

**LA FALTA DE TRANSPARENCIA EN LA SEGUNDA STS SOBRE
CLÁUSULA SUELO
(Comentario a la STS de 8 de septiembre de 2014 y a su voto
particular)¹**

M^a Carmen González Carrasco

Profesora Titular acreditada a CU Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: La STS 8.9.2014, dictada con ocasión de la interposición de ocho acciones individuales de nulidad acumuladas contra la cláusula suelo, ha venido a demostrar que la apreciación de falta de transparencia en las cláusulas objeto de enjuiciamiento en la STS 9.5.2013 sería directamente traspuesta a cualesquiera posteriores acciones individuales, abocando cualesquiera supuestos a una declaración automática de nulidad.

Palabras clave: cláusula suelo, nulidad por falta de transparencia, falta de transparencia sobre los criterios sobre transparencia, voto particular.

Title: Lack of transparency in the second Judgement of the Supreme Court about "bottom" clause

Abstract: The Judgement of the Supreme Court of 8th September 2014, issued on the decision about eight accumulated individual actions to declare the nullity of "bottom" clauses, demonstrates that the consideration of the lack of transparency issued by Judgement of the Supreme Court of 9th May 2013 could be directly assumed in any later individual action, obtaining in any case an automatically declaration of nullity.

Key words: "bottom" clause, nullity because of lack of transparency, lack of transparency on transparency standards, dissenting vote.

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER2011-28562, 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.

SUMARIO: 1. Las líneas generales de la fundamentación. 2. ¿Qué diferencias existen entre la nueva sentencia y la STS 9.5.2013? 3. ¿Por qué considera la sentencia que las cláusulas discutidas no son transparentes? 4. Consecuencias del fallo.

1. Las líneas generales de la fundamentación

La STS 8.9.2014 (recurso número 1217/2013, ponente Sr. Orduña Moreno), dictada con ocasión de la interposición de ocho acciones individuales de nulidad acumuladas contra la entidad Bankia, absuelta en apelación (SAP Segovia, -1ª-28.12.2012), ha venido a confirmar que la apreciación de falta de transparencia en las cláusulas objeto de enjuiciamiento en la STS 9.5.2013 sería directamente traspuesta a cualesquiera posteriores acciones individuales de nulidad. Según la resolución, contra la que se ha formulado voto particular (Sr. Sancho Gargallo), "no se observa que el predisponente incluyera los criterios precisos y comprensibles en orden a que los prestatarios pudieran evaluar, directamente, el alcance jurídico de la cláusula suelo respecto a la modulación de la oferta comercial que se realizaba", debido principalmente a "la ausencia de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés mínimo en el momento de la contratación".

La línea seguida en su fundamentación es la que auguraban la muchas de las sentencias dictadas en apelación² que, desde la publicación de la STS 9.5.2013, *no han realizado ningún esfuerzo por examinar las circunstancias de hecho de cada caso, precipitándose a una declaración automática de nulidad, revelando con ello la inexistencia de un espacio propio para el examen de la transparencia*³.

² La SAP Cáceres (Sección 1ª), sentencias núm. 257/2013 de 2 octubre y 61/2013 de 18 junio declara "patente" la falta de información. Al igual que la SAP Córdoba (Sección 3ª) núm. 180/2013 de 31 octubre, dicha resolución entiende que la posterior renegociación de suelo ante la reclamación extrajudicial del prestatario suponga negociación individual. Aplica de forma igualmente automática los criterios de falta de transparencia de la STS 9.5.2013 el auto de la AP Burgos (Sección 2ª), 15/2014 de 28 enero. La SAP Madrid, secc. 28ª, de 26 julio 2013, FD 4ª, da por supuesto que han concurrido en todos los casos las contingencias de no-transparencia, como mecanismo alternativo para declarar en abstracto la nulidad de las cláusulas suelo examinadas en la acción colectiva. En igual sentido, Auto AP Córdoba (Sección 1ª), núm. 59/2014 de 17 febrero. Lo mismo ocurre cuando se da curso al control de transparencia en la fase de oposición al juicio ejecutivo ordinario o hipotecario, como ocurre en la SJPI Huelva 1, 31 julio 2013 y el AJPI 7 de Collado Villalba (Madrid) de 5 de septiembre de 2013, (comentado por GONZÁLEZ CARRASCO, C. en este mismo Centro de Estudios de Consumo) y en el Auto AP Córdoba (Sección 1ª), núm. 185/2014 de 30 abril.

³ Una síntesis de la variedad de criterios utilizados para reinterpretar, obviar, matizar o por el contrario, resignarse a la doctrina resultante de la STS 9.5.2013 por parte de las Audiencias Provinciales puede encontrarse en el artículo de CARRASCO PERERA, A. "La cláusula suelo de nuevo... cit. Coincidimos plenamente con el autor cuando afirma que "la situación anárquica ha llegado a su punto máximo de desarrollo posible, desde el momento en que las secciones especializadas de la AP Madrid (sección 28ª, SAP 23 julio 2013) y de la AP Barcelona (sección 15ª, SAP 16 septiembre 2013) sostienen ya interpretaciones distintas sobre cómo debe entenderse el contenido del § 293 de la sentencia del TS y que en la sala de Barcelona uno de los tres magistrados haya formulado voto particular, lo que hace sospechar que la regla sancionada puede no ser estable".

En primer lugar, la nueva sentencia acoge íntegramente la teoría del doble control de abusividad (equilibrio y transparencia) y su diferenciación del control de incorporación de las condiciones generales de la contratación. En segundo lugar, al igual que ya hiciera la STS 9.5.2013, pero en esta ocasión casi de soslayo, considera que la realización de un control de transparencia está incluido en el de abusividad pretendido por los demandantes sin atentar al deber de congruencia y sin que ello genere indefensión a la entidad demandada, por obra y gracia de la "moderación del rigorismo procedimental aplicable a esta materia". Y en tercer lugar, ante la imposibilidad de seguir el camino de la abusividad por falta de reciprocidad cerrado por la STS 9.5.2013, acaba identificando el propio concepto de cláusula suelo con un tipo de abusividad (no solicitado) basado en la falta de transparencia real, a pesar de que en la mayoría de los contratos enjuiciados, la limitación al tipo de interés aparece incluido en la cláusula de interés variable, resaltado en negrita o mayúscula, formando además parte de las ofertas vinculantes.

El primero es un punto en el que pocas sorpresas cabía esperar, pues, además de contar con el precedente de la STS 9.5.2013, el Magistrado ponente de esta segunda resolución se había mostrado partidario de tal posibilidad en publicaciones recientes inmediatamente anteriores al fallo⁴. Únicamente nos detendremos en este momento a recordar que la alusión a la categoría de las cláusulas sorprendentes fue expresamente rechazada en la tramitación parlamentaria de la LCGC⁵. Y por otra parte, la falta de trasposición en nuestro ordenamiento del art. 4.2 de la Directiva 93/13, en la que el TS sustenta el control de transparencia como parte del control de contenido (según el cual el control de contenido no puede referirse "a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible"), se debe a la circunstancia de que los requisitos de incorporación de la LCGC (arts. 5 y 7) y el TRLCU (arts. 80 y 83) ya son exigibles a la determinación del precio y el objeto. Si un Estado, como es el caso de España, no transpone el art. 4.2 de la Directiva, la solución correcta no es entender que se permite un control de contenido ampliatorio de la protección del consumidor (solución en la que el TSJUE no puede concluir, ya que no puede decidir cuál es el concreto régimen de control de los elementos contractuales esenciales en un Estado miembro), sino enjuiciar la adecuación de la normativa interna previa una interpretación acorde a la Directiva⁶. Interpretación que no pasa por considerar

⁴ "Control de transparencia y cláusulas suelo". Actualidad Jurídica Aranzadi num.871/2013 parte (Comentario). Aranzadi, Pamplona, 2013.

⁵ En el Proyecto de Ley la recogía la letra C) del art. 5, afirmando que no quedar incorporadas al contrato las condiciones generales que "de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia (BOCG Congreso, VI Leg. Serie A, Proyectos de Ley, 5-9-1997, núm. 78-1). Resulta relevante y premonitorio constatar que el Grupo Parlamentario Catalán, autor de la enmienda de supresión, consideró que el supuesto introducía gran inseguridad jurídica (BOCG, Congreso, VI Leg. Serie A, Proyectos de Ley, 23-10-1997, núm. 78-6, enmienda 81, pág. 41).

⁶ Como afirma CÁMARA LAPUENTE, S., a quien seguimos en esta reflexión, en su trabajo "No puede calificarse como cláusula abusiva la que define 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 núm. 6 (2013)).

necesariamente que el art. 4.2 introduce una categoría nueva y distinta de abusividad por falta de transparencia, sino por entender que dichos requisitos se cumplen a través de los requisitos de incorporación de arts. 5 y 7 LCGC y 80 y 83 TRLCU.

En lo que respecta a la fundamentación técnica de la nulidad (falta de transparencia no alegada por las partes), respecto de la cual se había esgrimido el segundo motivo del recurso, no vamos a profundizar en esta ocasión. Los problemas de incongruencia e indefensión que originan han sido objeto de un extenso comentario⁷ y serán resueltos una vez se dicte sentencia en el recurso de amparo que pende sobre la STS 9.5.2013. Baste por lo tanto recordar que la doctrina comunitaria a que se refiere la Sentencia no permite amparar una actuación de oficio en la aplicación directa de la norma, sino que en una interpretación correcta, invita al juzgador a que de oficio abra un incidente (o lo invente, si la norma nacional no lo habilita) para que se puedan determinar de manera contradictoria los hechos, o los nuevos hechos, relevantes para la decisión y entonces sí, por segunda vez, el juez actúe de oficio en la aplicación de la norma "tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello"(STJUE *Banif*, n. 23). Lo contrario incurre en incongruencia y genera indefensión a las demandadas porque ninguna de las partes ha tenido ni la posibilidad ni la ocurrencia de alegar y probar lo que a su derecho importare sobre si las cláusulas suelo discutidas, que son lícitas en cuanto a su contenido, han incurrido o no en alguna de las contingencias listadas en el Fundamento decimotercero de la STS 9.5.2013, que además, según el Auto "aclaratorio" de 3.6.2013, no es exhaustiva. Por ello, esta nueva sentencia insiste en justificar la aplicación del control de transparencia en virtud del principio *iura novit curia*, sobre la base de que "la falta de conocimiento real del alcance de dicho clausulado, germen del principio de transparencia real, ha constituido uno de los ejes sustanciales del objeto del presente proceso"⁸. Y es que resulta evidente que en el seno del Tribunal Supremo existe conciencia (y divergencias) sobre este defecto procesal. La STS 13.10.2014 (M.P. Sr. Sancho Gargallo, posterior a la que comentamos, cuyo objeto se limitaba a resolver sobre la legitimación de AUSBANC para interponer acción colectiva contra la

<http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/issue/view/55> (*Práctica administrativa y análisis de los últimos avances del derecho de consumo*) "...El interpretar cuál es el Derecho interno vigente en un Estado miembro concreto está fuera de las competencias del TJUE, como se infiere del art. 267 TFUE. No corresponde al Tribunal de Luxemburgo decir cuál es el significado de una laguna legislativa en un Derecho nacional, sino sólo interpretar la Directiva y, en el caso que nos ocupa, señalar si una norma comunitaria puede o no ser alterada por los Estados Miembros al acometer su implementación. Más aún: la solución genuina del Derecho de la Unión Europea ante la falta de transposición de las reglas contenidas en una Directiva es la interpretación del Derecho nacional de conformidad con dicha Directiva...".

⁷ CARRASCO PERERA, A. GONZÁLEZ CARRASCO, M.C. "La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva". Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº. 7, 2013 (Ejemplar dedicado a: Bienes y servicios defectuosos. Crédito hipotecario. Resolución extrajudicial de conflictos de consumo), págs. 126-163.

⁸ Sobre el particular, véase mi trabajo publicado en este mismo centro el 21.11.2014: "Cláusula suelo: la falta de transparencia es causa de nulidad distinta de la abusividad alegada y su eventual apreciación de oficio exige una vista que garantice la contradicción de las partes (STS 13.10.2014, MP Sr. Sancho Gargallo)". (<http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/jurisprudencia/112.pdf>).

cláusula suelo dentro de otro de los procesos inconclusos sobre la misma cuestión, contiene esta sorprendente advertencia: "Adviértase que en primera instancia tan sólo fue objeto de controversia la nulidad de la cláusula suelo por el carácter abusivo de su contenido, pero no su eventual nulidad por falta de transparencia. Si el tribunal de instancia entendiera que esta última podría ser objeto de una apreciación de oficio, previamente debería dar vista a las partes para que pudieran formular las alegaciones que estimaran oportuno, y permitir de este modo que pueda haber contradicción, de acuerdo con la doctrina expuesta por la STJUE de 21 de febrero de 2013 (Banif Plus Bank Ztr)".

Respecto de la tercera cuestión apuntada, esto es, el alcance y requisitos de la "transparencia real, distinta de la gramatical", el resultado del pleito era imprevisible: ¿aclararía ahora el TS unos criterios seguros que guiaran en lo sucesivo la actuación de las entidades y permitieran a los consumidores afectados demandar la nulidad de sus cláusulas sin perder su tiempo y su dinero? No ha sido así. La nueva resolución del Tribunal Supremo no ha contribuido a aclarar el confuso panorama creado por su precedente, pero ha venido sin embargo a endurecer el fondo de la línea doctrinal iniciada con la STS 9.5.2013, al dar por bueno que toda cláusula suelo, por el hecho de serlo, es sospechosa de falta de transparencia, salvo prueba en contrario.

2. ¿Qué diferencias existen entre la nueva sentencia y la STS 9.5.2013?

a) En primer lugar la nueva sentencia tiene su origen en la acumulación de ocho acciones individuales. Esta diferencia trae consigo la certeza del limitado alcance de los efectos del fallo de la STS 9.5.2013. Pero sobre todo, esta circunstancia habría podido paliar las más graves críticas a la doctrina sentada por la STS 9.5.2013. Habría podido demostrar que el control de transparencia exigía efectivamente el análisis pormenorizado de la comprensibilidad de la cláusula en relación con su concreto destinatario, lo cual, por definición, habría sido imposible de realizar en el proceso que dio lugar a la sentencia 9.5.2013, dictada en el seno de una acción colectiva. Llama sin embargo la atención el hecho de que la Sentencia 8.9.2014 afirme que no basta el cumplimiento de los estándares formales de transparencia, pero tampoco acaba de explicar por qué, a pesar de estar resaltado en negrita el interés mínimo y existir ofertas vinculantes que lo contemplaban, no se ha probado la comprensibilidad real. Comprensibilidad real que, una vez expresada y resaltada la cláusula, sólo podría discutirse de dos formas: o con la exigencia de un previo test de idoneidad o conveniencia del producto que la normativa vigente no exige en el caso de la suscripción de hipotecas, o con una prueba *de la comprensibilidad del adherente medio no entendido en Derecho* que exige toda declaración de falta de transparencia⁹ que ni se solicitó por la parte a quien competía hacerlo, ni se pudo solicitar *ad cautelam* por la demandada, porque en ningún momento tuvo que defenderse de esa objeción de "incomprensibilidad real" a lo largo del proceso.

⁹ Prueba que se exige incluso en aquellos ordenamientos, como el alemán (& 307 BGB), en que la transparencia se erige expresamente en requisito de contenido (PETER ULMER, ERICH BRANDNER, HORST-DIETHER HENSEN), AGB Kommentar, &307, Rd 51 (11ª ed.), ed. Otto Schmidt, Colonia, 2011.

- b) En segundo lugar, la sentencia de 8.9.2014 ha sido dictada cuando la cláusula de suelo del interés variable ya había sido consagrada, o al menos aceptada por una normativa bancaria dotada de rango de ley. La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, ha venido a reconocer la licitud de la cláusula suelo cuando la misma se ajusta a las obligaciones de información y transparencia de la normativa sectorial reguladora de los préstamos hipotecarios. Y la propia Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, que en su art. 5.2 b) presupone su validez. Por lo tanto, ya no debía ser suficiente argumentar con base en la insuficiencia de rango de la normativa bancaria para negar que el cumplimiento de la misma fuese capaz de satisfacer las exigencias de transparencia de la cláusula discutida. La valoración de la cláusula y el análisis de las circunstancias en que la misma se incluyó en los contratos objeto del proceso debe partir de su validez intrínseca, lo que impide la inversión de la carga de la prueba de la comprensibilidad real que carga sobre la entidad demandada.
- c) En efecto, la tercera diferencia entre ambas sentencias es que la segunda de ellas da un paso muy discutible al invertir expresamente la carga de la prueba más allá de lo que el TRLCU y la LEC permiten, afirmando que no se ha probado suficientemente que el consumidor tuviera un conocimiento del alcance de la cláusula. Esta exigencia constituye una prueba de imposible cumplimiento que se compadece mal con el carácter excepcional con que parecía enunciarse la nulidad de la cláusula suelo en la STS 9.5.2013 [*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 (FD 15º, § 256)*]. Y en todo caso, correspondía al juzgador paliar la falta de prueba sobre ese extremo a través de las oportunas diligencias de prueba, una vez abierto el melón de la falta de transparencia no alegada por los demandantes. Porque... ¿cómo podía probar la demandada un elemento subjetivo cual es la percepción real por parte de los actores del mecanismo limitativo del tipo de interés en el conjunto del contrato sino demostrando haber resaltado con negrita o mayúsculas la limitación en un apartado de la cláusula de interés variable, y haber realizado las ofertas vinculantes previas con el mismo contenido de las escrituras posteriores?
- d) La cuarta gran diferencia entre ambas sentencias es el colofón de todo lo anteriormente dicho, esto es, la existencia de un voto particular emitido por el Excmo. Sr. Sancho Gargallo que, partiendo de la aceptación del control de transparencia y su inclusión en el más amplio de abusividad, viene a preguntarse de dónde resulta la certeza de la incomprensibilidad real de la cláusula en la mayoría de los contratos objeto del proceso: "... para un consumidor, en mayo de 2007 y en mayo de 2008, después de varios años en que era común y conocida la inclusión de un interés mínimo en préstamos hipotecarios de interés variable, habiendo mediado, además, una oferta vinculante en la que se resaltaba de forma muy clara y sencilla, junto al tipo de interés aplicable (Euribor más un margen diferencial), la existencia de un tipo mínimo (en un caso 3,45% y en otro 2,85%), las cláusulas que

incorporaban este tipo mínimo en los contratos de préstamo hipotecario pasaban el control de transparencia, en la medida en que no resultaba algo extraño o sorpresivo y su simple lectura permitía comprender al consumidor "las consecuencias económicas derivadas a su cargo"... "La consecuencia de todo lo anterior es que, según mi parecer, las cláusulas suelo correspondientes a los dos contratos de préstamo hipotecarios reseñados, aplicando la doctrina de la Sala sobre el control de transparencia, no debían ser declaradas abusivas".

3. ¿Por qué considera la sentencia que las cláusulas discutidas no son transparentes?

La Sentencia (FD 2) reconoce que: ..."en las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria y posterior novación de D. JGV-documentos nº 14 y 15 de la demanda -se establece un tipo mínimo del 3.45% y únicamente aparece resaltado el concreto tipo en **letra negrita**. Se acompaña oferta vinculante - documento nº 16 de la demanda- en el recuadro 3 bis de esta oferta, referido al tipo de interés variable, se hace una genérica alusión al tipo mínimo 3,450% anual. En la escritura de préstamo hipotecario (segunda hipoteca) de Dª MTMH-documento nº 17 de la demanda- se establece un tipo mínimo del 3% y el concreto tipo aparece destacado en **letra negrita**. En la escritura de novación y ampliación del préstamo hipotecario de D. RGP, - documento nº 20 de la demanda-, se establece un tipo mínimo del 3,25%, e igualmente se destaca **en negrita** el tipo concreto. En la escritura de préstamo hipotecario de D. MAZA - documento nº 21 de la demanda- se establece un tipo mínimo del 3,25 y el tipo concreto aparece redactado en LETRA MAYÚSCULA. En las ofertas vinculantes de los préstamos de Dª BIC, se refleja en el recuadro 3 bis referido al tipo de interés variable como una parte más del mismo un tipo mínimo del 2,85% anual (documentos nº 23 y 24 de la demanda). En la escritura de préstamo hipotecario de Dª NBA -documento nº 25 de la demanda- se establece un tipo mínimo del 3 % y el tipo concreto se destaca en **letra negrita**. En las escrituras de préstamo hipotecario de D. JSG Y Dª MMBA-documentos nº 26 y 27 de la demanda- se establece respectivamente un tipo mínimo del 2.75% y otro del 3,45%, destacando los concretos tipos en **letra negrita**.

Y reconoce asimismo que en los préstamos objeto de análisis, a excepción de los casos de D. RGP y de D. JSG y Dª MMBA, donde por su cuantía no eran exigible, se realizaron ofertas vinculantes.

Por otra parte, la Sentencia no niega que el Notario actuante cumpliera con el importante cometido que le imponía en la época en que los contratos fueron elevados a público el art 7.3º de la OM 5.5.1994 (advertencia sobre la existencia de límites a la variación del tipo de interés y de la desigualdad de las limitaciones al alza y a la baja). Pero se limita a considerar que la importante función preventiva notarial no garantiza el conocimiento real por parte del prestatario.

Pese a todo lo anterior, la Sentencia achaca a las cláusulas descritas haber sido incluidas en todos los contratos litigiosos, *sin resaltar su singularidad o especificidad, dentro de una cláusula más amplia y extensa que regula el interés variable* -cláusula 3 bis de los contratos de préstamo constituyendo esta

estipulación su apartado cuarto, *...en un contexto caracterizado por la abundancia de datos y formulaciones bancarias, ausente, por otra parte, de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés mínimo en el momento de la contratación.*

La primera de las afirmaciones es manifiestamente contraria a lo afirmado anteriormente salvo en dos de los contratos, como lo demuestra la utilización de negritas o mayúsculas para resaltar la existencia del interés mínimo.

Respecto de la segunda circunstancia, esto es, "incluirse dentro de una cláusula más amplia", cual es la del interés variable, es precisamente esta inclusión la que impide el carácter sorpresivo de la limitación al interés mínimo a aplicar. Es por ello que la normativa reguladora de la transparencia en préstamos hipotecarios exigía entonces¹⁰ y exige en la actualidad esta ubicación¹¹, como también exige que se exponga junto a una eventual cláusula de interés máximo o cláusula techo. Porque sólo de esta forma es posible que el consumidor pueda hacerse una composición global de las consecuencias económicas de la misma y de su incidencia en el conjunto de los intereses a satisfacer. Por lo tanto, pese a basarse en ella, esta circunstancia reveladora de "falta de transparencia" contradice el fundamento último de la STJUE de 30 de abril de 2014 (TJCE 2014, 105) (C-26/13), En el caso al que se refería la STJUE (TJCE 2014, 105), en que la cláusula discutida contenía un mecanismo de conversión de la divisa extranjera, el TJUE considera que "la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible gramaticalmente se ha de entender como un obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el *funcionamiento concreto* del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo" (apdo. 73).

Esto mismo considera el voto particular formulado contra la STS 8.9.2014, que entiende que la exigencia de transparencia real, más allá de la puramente gramatical, exige que el consumidor "pudiera ser consciente de que el interés del préstamo era variable pero con un límite por debajo, de tal forma que nunca sería inferior a uno determinado". Y según el Magistrado disidente, en ello influye 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. Preguntarse por todas esas circunstancias añadidas lleva al voto particular a considerar que la información obtenida en fase precontractual, añadida a la utilización de caracteres que resaltaban la existencia del interés mínimo y a la utilización generalizada de la cláusula durante mucho tiempo en la contratación bancaria impidieron la sorpresividad de la limitación del tipo de interés y alteración subrepticia del precio del crédito.

¹⁰ Apdo. 3, cláusula 3ª bis anexo II (Orden 5.5.1994).

¹¹ Art. 21, secc.3; art. 22, sec. 2 y3 de la Orden EHA 2899/2011

Resta, pues, preguntarnos por la posibilidad, contemplada por el voto particular formulado contra la STS 8.9.2014, de que una cláusula de limitación del riesgo de la variabilidad del tipo de interés sea transparente a pesar de la "ausencia de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés mínimo en el momento de la contratación", criterio éste utilizado como determinante tanto en la SSTS 9.5.2013 y 8.9.2014, y exigido para los contratos posteriores a su entrada en vigor, por la Orden EHA 2899/2011¹². El argumento nos lo proporciona la propia indefinición de la STS 9.5.2013, oscurecida aún más si cabe por el poco transparente Auto de aclaración de 3.6.2013. En efecto, el Auto de 3 de junio de 2013, endureció las condiciones del fallo (al considerar suficiente una sola de las seis circunstancias descritas en el FJ decimotercero, § 225, para calificar como abusiva por falta de transparencia la cláusula en cuestión) y advirtió, con clara referencia a las normas de transparencia vigentes, que la utilización de "determinadas fórmulas", "formalismos a menudo carentes de eficacia real", no será suficiente para impedir la falta de transparencia, esto es, para permitir al consumidor *identificar la cláusula como definidora del objeto (sic) del contrato y/o conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos...* pero también determinó "que la presencia aislada de alguna, o algunas no determina necesariamente que la cláusula sea abusiva por falta de transparencia".

En consecuencia, seguimos sin saber cómo se puede satisfacer en el futuro el test de transparencia, porque (a) la concurrencia de uno de los criterios de no-transparencia (por ejemplo, la "inexistencia de simulaciones de escenarios diversos", no hace sin más nula la cláusula, ya que el defecto podría ser compensado por otras cláusulas o por la "impresión de conjunto" de la cláusula suelo, tal y como expresa el voto particular a la STS 8.9.2014; (b) ni tan siquiera la concurrencia de todos los factores negativos determina de suyo y siempre la nulidad porque, según el Auto, el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios¹³; y, más importante, (c) puede resultar que una cláusula suelo llegue a ser no-transparente a pesar de no haber incurrido en ninguno de los factores de no-transparencia listados en § 225, por estar afectada de alguna otra patología oculta que no se predefinió en la STS 9.5.2013 ni en su Auto de "aclaración". d) No se sabe qué otra información adicional podría ser suficiente para compensar la falta de transparencia declarada por la Sentencia.

4. Consecuencias del fallo

El resultado de la nueva sentencia es de nuevo una inseguridad jurídica ahora acentuada. Porque al invertir la carga de la prueba del defecto de transparencia, y ponerlo en el mismo nivel que la prueba del carácter negociado de la cláusula,

¹² Arts. 22,25,29.

¹³ Por ejemplo, ¿valdrá el cumplimiento mero y simple del requisito casi rutinario exigido por la Ley 1/2013, de que el consumidor haga constar de forma manuscrita que conoce la naturaleza y efectos de la cláusula? Porque si como debe entenderse en virtud del principio de legalidad, con tal cosa queda satisfecha dicha exigencia, las sentencias habrán significado solamente mucho ruido para pocas nueces.

resulta de todo punto imposible acreditar una transparencia cuyos requisitos, esto es, el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes a la hora de configurar estos contratos que permitan que el consumidor comprenda realmente las consecuencias jurídicas y económicas del producto o servicio ofertado “que no se reduce a la necesidad de que las cláusulas sean simplemente claras desde el punto de vista gramatical”, siguen siendo desconocidos para los agentes implicados. No sólo para la Banca, sino también para los consumidores, que, en su calidad de tales, y por lo tanto, obligados por una eventual condena en costas, deberán pensárselo muy mucho a la hora de iniciar procesos individuales, ante el riesgo de que sus cláusulas sí parezcan lo suficientemente transparentes al órgano judicial.

Es cierto que la sentencia del TS ha optado por la no imposición de las costas de apelación, en virtud del art. 398 en relación con el 394.1 LECiv, al reconocer la existencia de dudas de derecho con relación al problema litigioso en el momento en que se dictó la sentencia recurrida, dudas que se evidenciaban por la existencia de una jurisprudencia no uniforme en la materia. Pero nótese que esta exención no podrá seguir manteniéndose en el futuro, si se considera que esta segunda sentencia ha venido a consolidar una línea jurisprudencial cuyo alcance concreto, sin embargo, no es fácil descifrar.