

1.3. Derechos reales

Cuestiones controvertidas en torno a las cláusulas abusivas insertas en los préstamos o créditos hipotecarios (I)*

*Controversial questions concerning
the improper clauses included in lendings
or mortgage loans (I)*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM.

RESUMEN: Resulta usual en el ámbito de la contratación de créditos o préstamos hipotecarios el establecimiento de cláusulas suelo/techo, de intereses de demora o remuneratorios y de vencimiento anticipado. En el ámbito de las cláusulas suelo la sustanciación del control de transparencia y abusividad de tales cláusulas y, asimismo, en los efectos derivados de su nulidad, esto es, la posibilidad o no de devolución de las cantidades indebidamente pagadas por los prestatarios ha generado un intenso debate doctrinal y jurisprudencial, especialmente el que ha tenido lugar en el seno de nuestro Tribunal Supremo y en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, ha determinado, asimismo, la adopción de importantes reformas legislativas en el ámbito procesal e hipotecario. Igualmente, tal debate se ha sustanciado en relación con la declaración de nulidad de los intereses de demora abusivos y su posible recálculo. En tal contexto, el presente estudio se va a centrar en el tratamiento de dicho control de transparencia y en los efectos restitutorios o no de las cláusulas suelo tras su nulidad y, asimismo, en la eventual declaración de nulidad de los intereses de demora abusivos y sus consecuencias.

ABSTRACT: *The establishment of clauses turns out to be usual in the area of the credit contracting or mortgage lendings soil/ceiling, of interests of delay or remunerator and of early maturity. In the area of the clauses I occur the sustatiation of the control of transparency of such clauses and, likewise, in the effects derived from his nullity, this is, the possibility or not of return of the quantities unduly paid for the borrowers it has generated an intense doctrinal and jurisprudential debate, especially the one that has taken place in the our Supreme Court and in the Court*

* El presente estudio se divide en dos partes. La primera se publica en el presente número y la segunda parte en el siguiente número de la Revista. Asimismo, este estudio forma parte de los resultados del Grupo de Investigación Consolidado Contratación-Empresa (GR-UCM: 9314929), perteneciente al Campus de Excelencia Internacional UCM-UPM, del que formo parte como miembro investigador.

of Justice of the European Union that, it has determinate, likewise, the adoption of important legislative reforms in the procedural and mortgage area. Equally such a discussion has been generated in the relation by declaration of nullity of the improper interests of delay and his possible recalculation. In such a context, the present study it goes away to head office in the treatment of the above mentioned control of transparency and in the effects that you deliver quantities or not of the clauses I occur after his nullity; and likewise in the eventual declaration of nullity of the improper interests of delay and his consequences.

PALABRAS CLAVE: Cláusulas abusivas. Control de transparencia. Nulidad. Cláusulas suelo. Efectos restitutorios. Intereses de demora. Recálculo, Consumidor. Préstamo hipotecario.

KEY WORDS: *Abusive clauses. Control of transparency. Nullity. Clauses of control of interest. Effects of returns. Interest of delay. Recalculation. Consumer. Mortgage lending*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA «MODERNA» CONFIGURACIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LA CLÁUSULA SUELO EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.—III. LOS EFECTOS DERIVADOS DE LA NULIDAD CONTRACTUAL.—IV. LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA SUELO DURANTE LA SUSTANCIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.—V. LOS INTERESES DE DEMORA. SU EVENTUAL NULIDAD Y EFECTOS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

De nuevo se han planteado cuestiones controvertidas en relación con las cláusulas insertas en contratos de crédito o préstamos hipotecarios, tales como las cláusulas suelo, en relación con el control de transparencia y, en especial, con los efectos restitutorios o no derivados de la declaración de nulidad por abusivas de las mismas. Lo que ha dado lugar tras las sentencias del Tribunal Supremo (Pleno), Sala Primera de 9 de mayo de 2013 y de 25 de marzo de 2015¹ a plantear por la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 4.^a, una cuestión prejudicial mediante Auto de fecha de 17 de julio de 2015 ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con el fin de que se pronuncie acerca de si puede limitarse la devolución de los intereses cobrados indebidamente por los bancos a los clientes en concepto de cláusula suelo; cláusula que ha sido declarada nula por abusiva. Asimismo, en esta línea, por un lado, la Audiencia Provincial de Alicante, sección octava (Tribunal de Marca Comunitaria) ha planteado sendas cuestiones prejudiciales también ante el citado Tribunal de Justicia de la Unión Europea mediante dos Autos de fecha 15 de junio de 2015; y, por otro, el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Granada de 1 de abril de 2015 (Asunto C-154/15) también ha planteado petición de decisión prejudicial ante ese mismo Tribunal. Y, en relación con los intereses de demora, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por un lado, en su Auto, Sala Sexta, de 11 de junio de 2015 (Asunto

C-602/13) responde a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia, número 2, de Santander de 19 de noviembre de 2013 en el que se señala que, los jueces no pueden recalcular el interés de demora de un préstamo cuando este se considere abusivo, y, por otro, mediante Auto de esa misma Sala, de 8 de julio de 2015 (Asunto C-90/14), tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia en Instrucción número 1 de Miranda de Ebro mediante Auto de 17 de febrero de 2014, recibido en el Tribunal de Justicia el 24 de febrero de 2014, donde además de indicar que los jueces nacionales deben tener en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios de los que son objeto del contrato antes de decidir si la cláusula es abusiva o no, así como considerar las circunstancias que concurrieron en el momento de la firma, señala que no se opone a las disposiciones nacionales que prevén una reducción de los intereses de demora estipulados en un contrato de préstamo hipotecario, siempre que esas disposiciones nacionales: 1. No prejuzguen la apreciación por parte del juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria referido a dicho contrato del carácter «abusivo» de la cláusula relativa los intereses de demora y, 2. No impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión cuando aprecie que, es abusiva en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE².

En este contexto, son, precisamente, las entidades financieras —los acreedores hipotecarios— los que imponen o fijan las condiciones del préstamo garantizado, añadiendo al contrato una serie de cláusulas generales y comunes a la mayoría de ellos que un particular —deudor hipotecario— no tiene más remedio que aceptar, si quiere obtener la financiación solicitada. Se puede considerar hoy en día que, el préstamo o crédito hipotecario se asemeja en muchos aspectos a un contrato de adhesión o contrato en masa, donde el adherente —deudor hipotecario— tiene frente al predisponente —entidad de crédito— un escaso poder de negociación respecto de la mayoría del clausulado del contrato, pues, aquel solo puede aceptar o rechazar lo que en el mismo se establece —libertad de contratar o de celebrar o no el contrato—, pero carece de libertad contractual —de decidir sobre el contenido del contrato—, lo que puede ocasionar un cierto desequilibrio importante entre las partes. De ahí que, la intervención de la voluntad de quien se adhiere al contrato se limite, pues, únicamente a la adhesión a la reglamentación contractual establecida por el empresario o profesional respecto del que no se está en condiciones ni de influir ni de negociar. Estamos entonces ante un consentimiento puramente formal del clausulado contractual. Por lo que, en la contratación en masa, salvo en lo que se refiere a las prestaciones esenciales objeto del contrato —consentimiento, objeto (precio) y causa— respecto de las que puede existir cierta negociación, el otro contratante —consumidor— se limita a aceptar las condiciones previamente establecidas³.

Ahora bien, las cláusulas prerrredactadas que se aplican a todos los contratos del mismo tipo —generalización— son condiciones generales de la contratación. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013 —relativa a cláusulas suelo— confirma que, las cláusulas de un préstamo hipotecario pueden considerarse como condiciones generales de la contratación al reunir las mismas, los elementos esenciales de estas. De ahí que, les resulte aplicable toda la normativa de protección de consumidores. Así por un lado, la Ley 7/1998, de 13 de diciembre de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC); y, por otro, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y otras leyes complementarias (en

adelante, TRLGDCU) —arts. 80 a 91— que establece un régimen de protección más específico e intenso, cuando el adherente es consumidor y no gira en torno al concepto legal de condición general, sino que se refiere a la idea más amplia de cláusulas no negociadas individualmente.

De forma que, las condiciones generales de la contratación como cláusulas predispuestas destinadas a regir en una pluralidad de contratos, son un tipo concreto de cláusulas no negociadas individualmente (art. 82.1), es decir predispuestas e impuestas⁴. El artículo 1.1 de la LCGC dispone precisamente que, son condiciones generales de la contratación: «*las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*». Por lo que, constituyen requisitos comunes a las condiciones generales y a las cláusulas no negociadas individualmente: 1. La contractualidad: Se trata de «cláusulas contractuales» y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que, imponga su inclusión; 2. La predisposición: la cláusula ha de estar prerrredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su caracterización el no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos; y, 3. La imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes. En todo caso, este carácter impuesto de una cláusula o condición general prerrredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base a cláusulas predispuestas sin posibilidad real alguna de negociación por parte del consumidor medio; y, tratándose de condiciones generales, se añade además el hecho que, se trata de cláusulas predispuestas destinadas a regir en una pluralidad de contratos o destinadas a tal fin, pues, como afirma la doctrina, se trata de declaraciones negociales cuya finalidad es disciplinar de manera uniforme los contratos, que se van a convenir —generalidad—. Por otro lado, hay que señalar que, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, resulta irrelevante: a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y, b) Que el adherente sea un profesional o consumidor. Asimismo, en nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal, y de hecho para el empresario muy probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales, se halla precisamente en la definición de este. Otra cosa 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.

De este modo, el régimen de la LCGC, por un lado, es más amplio que el del TRLGDCU, puesto que, se aplica no solo a los contratos con consumidores, sino también a los celebrados entre profesionales; mientras que este último se aplica únicamente al adherente-consumidor. Por otra parte, el régimen de la LCGC es más limitado que el del TRLGDCU, pues, solo afecta a las cláusulas no negociadas individualmente destinadas a una pluralidad de contratos, mientras que el TRLGDCU, incluye, además de estos, los contratos particulares que, hayan sido redactados, en todo o en parte, por uno de los contratantes, esto es, cuyas cláusulas no hayan sido negociadas individualmente.

En este contexto, el artículo 82 del TRLGDCU introduce dos previsiones relativas concretamente a la calificación de una cláusula no negociada individualmente: 1. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula

aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato (número 2); y, 2. La carga de la prueba acerca de si una cláusula ha sido o no negociada individualmente incumbe al profesional que afirme que, ha sido negociada (art. 82.2 párrafo segundo).

En cuanto a la incorporación de las condiciones generales a la reglamentación contractual, se reconduce a tres reglas: 1. Las reglas de control de inclusión o incorporación que —incluye el control de transparencia— establecen los requisitos previos que, deben reunir las condiciones generales para formar parte del contenido de un contrato, esto es, el conjunto de exigencias legales para que una cláusula pueda considerarse válidamente incluida en un contrato (arts. 5 y 7 a 10 de la LCGC y el artículo 80.1 del TRLGCU). En relación con la transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 30 de abril de 2014 (Asunto C-26/13. Caso Kásler y Kárlerné Rábai) viene a conformar el control de transparencia de las cláusulas predispuestas al destacar que «*una cláusula contractual debe redactarse de una manera clara y comprensible, lo que se ha de entender como una obligación no solo que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de divisa extranjera a la que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescripto 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*»; 2. Las reglas de interpretación de las condiciones generales contienen criterios de interpretación favorables al adherente (arts. 6 de la LCGC y 80.2 del TRLGDCU); y, 3. Por último, las reglas de control de contenido se dirigen a censurar las condiciones cuyo contenido sea abusivo, o las contrarias a la Ley. Nuestro Derecho establece solo normas de control de contenido referidas específicamente a las cláusulas predispuestas en contratos con consumidores (art. 80 y 82 del TRLDCU). De forma que, no hay un sistema de control de contenidos específicos para las condiciones generales de los contratos —fuera de los derivados genéricamente en los artículos 6.3 y 1255 del Código Civil—, sino solo para aquellas condiciones generales en las que el adherente es consumidor.

De no cumplirse los requisitos de inclusión, si la cláusula merece el calificativo de condición general, no se incorpora al contrato por aplicación del artículo 7 de la LCGC; y si no merece tal calificativo es nula de pleno derecho (art. 6.3 del Código Civil). Por su parte, el control de contenido de cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores, exige que el contenido de las mismas responda a los principios de «buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas» (art. 80.1 c) del TRLGDCU). Además, el artículo 82.1 establece que: «*se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*»; y, por último, se consideran abusivas en todo caso, las cláusulas contenidas en los artículos 85 a 90 del Texto Refundido. Por su parte, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 16 de enero de 2014 (asunto C-226/2012, Caso Constructora Principado) ha

destacado el ámbito objetivo que el juicio de abusividad se limita al examen del contenido de la cláusula en el momento de contratar al declarar que «*para apreciar la posible existencia de desequilibrio importante, se ha de tener en cuenta la naturaleza del bien o del servicio que sea objeto del contrato, considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de celebración de ese contrato, así como todas las demás cláusulas de este*». De calificarse una cláusula de abusiva conlleva la nulidad parcial con integración del contrato, (art. 1258 del Código Civil) o la nulidad total de este. En todo caso, conforme al artículo 82.4 del TRLGDCU son abusivas las cláusulas que: a) Vinculen el contrato a la voluntad del empresario; b) Limiten los derechos del consumidor y usuarios; c) Determinen la falta de reciprocidad en el contrato; d) Impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba; e) Resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato; o, f) Contravengan las reglas de la competencia y derecho aplicable (CABALLO FIDALGO, 2013, 96)⁵.

Lo cierto es que, la cartera de préstamos hipotecarios a tipo variable de las entidades bancarias españolas, un tercio aproximadamente cuentan con cláusula suelo que, limitan el interés a aplicar a partir de un determinado umbral; lo que impide a los prestatarios beneficiarse enteramente de la bajada del índice de referencia más habitual, el Euribor a 12 meses que, se sitúa en septiembre del 2015 en el 0,158%, pues, a partir de un determinado umbral las bajadas del tipo de interés no afectan a su cálculo, al tener que seguir satisfaciendo el prestatario los intereses correspondientes de acuerdo a esta cláusula suelo. Es frecuente que, se acompañe con cláusula techo que, limitan el tipo de interés máximo aplicable. Tras la mencionada sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, Pleno, de 9 de mayo de 2013 las entidades de crédito han ido retirando de los nuevos contratos de préstamo hipotecario a tipo variable las cláusulas suelo —máxime si además tenemos en cuenta el nuevo apartado IV letra b) punto 1 del Anexo del Real Decreto 6/2012, de 9 de marzo introducido por la Ley 25/2015, de 28 de julio de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, que procede a dejar sin efecto definitivamente las cláusulas suelo de aquellos deudores situados en el control de exclusión que las tuviera incluidas en sus contratos⁶—, probablemente incrementando con ello los diferenciales pactados con los clientes —que en la práctica actúan como cláusulas suelo— o valiéndose de otras fórmulas como la utilización de otros índices de referencia (IRPH) o la aplicación de otras modalidades poco utilizadas hasta el momentos, como la concesión de préstamos a tipo mixto en sustitución, precisamente, del mecanismo de fijación del precio de la cláusula suelo. E, igualmente, han reducido la cuantía de los intereses de demora ante la nueva tendencia jurisprudencial que, los considera abusivos cuando son desproporcionadamente altos y alteran el justo equilibrio de las prestaciones. De forma que, el debate sobre las cláusulas suelo ya no se plantea con los nuevos contratos, sino con los antiguos —suscritos en la época del *boom* inmobiliario— que, incorporan junto a las cláusulas techo, cláusulas suelo. Y, lo mismo sucede con los intereses de demora, lo que además se ha visto reforzado por la nueva normativa de protección al deudor hipotecario que, los cifra en una cantidad no superior a tres veces el interés legal del dinero (art. 114.3 de la LH). Sobre tales bases normativas y jurisprudenciales y por razones de espacio, el presente estudio se va a centrar en el análisis de las cláusulas suelo incluidas en contratos de préstamo o créditos hipotecarios con el objeto de determinar o no su abusividad y las consecuencias de su eventual nulidad, esto es, los efectos restitutorios o no de las cantidades

indebidamente cobradas por el prestatario; y, asimismo, en las cláusulas de intereses de demora con el objeto de intentar concretar los criterios para determinar su eventual abusividad o no y las consecuencias de su nulidad.

No obstante, antes de proceder al desarrollo de la materia, nos parece oportuno indicar, en relación con la cláusula suelo se ha aprobado en el ámbito europeo la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial que, debe ser traspuesta al ordenamiento jurídico español antes de marzo de 2016. En esta Directiva se introduce a nivel europeo en línea con la normativa del crédito al consumo, el deber de facilitar información precontractual al prestatario, expresamente menciona la cláusula suelo como posible elemento de los contratos de préstamo hipotecario. En la sección 3.^a de la «Ficha Europea de Información normalizada» (FEIN) «se explicará si el tipo de deuda es fija o variable y en su caso, los períodos durante los cuales será fijo, así como la periodicidad de las revisiones posteriores y la existencia de límites a la variabilidad del tipo de interés ya sean máximos o mínimos». Al respecto considera la Comisión que es necesario elevar el grado de protección de los consumidores en la contratación de créditos para la adquisición de bienes inmuebles, garantizándose con ello que los consumidores que celebran tales contratos de crédito, lo hacen en la confianza que, las entidades de crédito actúan de una manera profesional y responsable y para ello se considera necesario establecer un marco jurídico, que esté adecuadamente armonizado a escala de la Unión en una serie de ámbitos, eso sí, teniendo presente las diferencias que existen en los contratos de crédito que se derivan de las lógicas diferencias existentes en los mercados nacionales y regionales de bienes inmuebles. Se podría señalar que, el objetivo de la Directiva consiste en garantizar una necesaria protección de los consumidores de contratos de crédito para bienes inmuebles. Precisamente, en esa protección habría que destacar la labor de transparencia, la necesaria educación financiera a la que alude el artículo 6 de la Directiva, y, asimismo, se establece el deber de los prestamistas de actuar de forma honesta, imparcial, transparente y profesional en la concesión del crédito (art. 7). Por otra parte, teniendo en cuenta los derechos e intereses de los consumidores en la concesión, intermediación o prestación de servicios de asesoramiento sobre el crédito, las actividades se basarán en la información sobre las circunstancias del consumidor, y en cualquier requisito específico que haya dado a conocer el consumidor, así como en la hipótesis razonable sobre los riesgos para la situación del consumidor durante la vigencia del contrato de crédito. Antes de la prestación de servicios de asesoramiento, o, si ha lugar, antes de la celebración del contrato para la prestación de servicios de asesoramiento, el intermediario del crédito o el representante designado, habrán de facilitar al consumidor la información sobre el conjunto de productos que se toman en consideración, y los gastos que se habrán de facturar al consumidor (art. 22). En todo caso, habrá de prestarse la información de forma gratuita, como no podría ser de otro modo, en papel u otro soporte duradero.

II. LA «MODERNA» CONFIGURACIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LA CLÁUSULA SUELO EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

La sentencia del Tribunal Supremo, Pleno, de 9 de mayo de 2013, fija el *iter* del control de la cláusula suelo. Así, en primer lugar, procede realizar el análisis del control de inclusión, luego el de transparencia y finalmente, el de abu-

sividad. Por tanto, el control de inclusión en el ámbito de los contratos con condiciones generales consiste en «probar que el adherente no tuvo ocasión u oportunidad real de conocer dichas condiciones generales al tiempo de celebración, siendo *praxis* habitual enviarlas inmediatamente al consumidor» (PLAZA PENADES, 2015, 17)⁷. De forma que, basta con que la parte disponente acredite la puesta a disposición y la oportunidad real de conocer el contenido de dichas cláusulas y no el hecho de que realmente las haya conocido y entendido el consumidor para poder superar ese control. Obviamente la carga de la prueba corresponde a la parte predisponente. Superado el control de inclusión, se pasa al control de transparencia y en este sentido el fundamento jurídico duodécimo de la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 que se rubrica «El control de transparencia de condiciones incorporados a contratos con consumidores» y en él se desarrolla una versión «moderna» del control de transparencia. Se trata de un control propio, separado y diferente del control de inclusión. En relación con la cláusula suelo, la sentencia dictada por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 8 de septiembre 2014⁸ se vuelve a pronunciar sobre el control de transparencia de la misma y, considera que la doctrina de la anterior sentencia del Pleno de 9 de mayo de 2013 (CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, 2013, 1; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, 2013, 3453)⁹ concerniente a la condiciones generales de la contratación como práctica negocial referida precisamente a la valoración seriada de tal cláusula suelo, resulta plenamente aplicable al caso que se enjuicia en esta nueva resolución (GONZÁLEZ CARRASCO, 2014, 90-91)¹⁰. En concreto, se reproducen distintos apartados de la señalada sentencia de 9 de mayo de 2013 que, califican a la cláusula suelo como condición general de la contratación. En concreto en los Fundamentos de Derecho séptimo y octavo párrafos 131 a 165 en la que se realizan las siguientes consideraciones: «parágrafo 144 “a) *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 esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo,* b) *El conocimiento de una cláusula —sea o no condición general o condición particular— es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias —singularmente para el imponente— no obligaría a ninguna de las partes;* c) *No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial*” (DOMÍNGUEZ ROMERO, 2012, pp. 846-848)¹¹; y, el parágrafo 165 “a) *La prestación del consentimiento a una cláusula predisposta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que se adhiere y consiente en contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar;* b) *No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas del contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procesan del mismo empresario;* c) *Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menor teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios;* d) *La carga de la prueba de que una cláusula prerrredactada no está destinada a ser incluida en una pluralidad de ofertas de contratos dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario”».*

Mientras la acción ejercitada que dio lugar a la sentencia de 9 de mayo de 2013 fue una acción colectiva que, culmino el *iter procesal* que se inició con la

sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla de 30 de septiembre de 2010 y continúa con la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.^a, de 7 de octubre de 2011, en la que por primera vez el Alto Tribunal se pronuncia sobre la nulidad de la denominada cláusula suelo por falta de transparencia incorporadas en contratos de préstamo con garantía hipotecaria a interés variable concretada por entidades bancarias con consumidores y usuarios, la sentencia del 8 de septiembre de 2014 se inicia por una demanda en la que se acumularon ocho acciones de nulidad individual de la cláusula suelo inserta en préstamos con garantía hipotecaria formalizadas por la antigua entidad Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Segovia. En la demanda se alega que las entidades bancarias conocían la evolución de los tipos de interés y también preveían la evolución cíclica del Euribor, índice de referencia más frecuente en los préstamos con interés variable. La pretensión de nulidad descansa en el carácter abusivo de la cláusula con fundamento legal en la normativa de condiciones generales de la contratación y de la ley de consumidores. La cláusula cuya validez se cuestiona tiene una similar redacción en los contratos sujetos a examen «*no obstante, en todo caso, se pacta un tipo de interés mínimo aplicable al préstamo en los “periodos de interés” siguientes al inicial del % anual, de forma que, si del procedimiento de revisión descrito en los apartado anteriores para un “periodo de interés determinado” resultara un tipo de interés nominal inferior al mínimo pactado anteriormente, se aplicará en su lugar este tipo mínimo durante dicho periodo de interés».*

Asimismo, la mencionada sentencia de 8 de septiembre de 2014, a diferencia de la anterior de 9 de mayo de 2013, no se refiere al doble filtro de transparencia, sino que únicamente aplica el control de transparencia real —segundo filtro de transparencia según la citada sentencia de 9 de mayo—, implícita en el marco general del control de abusividad; por tanto, el ulterior control de contenido —juicio de abusividad— derivado de la falta de transparencia de la cláusula desaparece. Ciertamente de los dos conceptos de «orden público económico» que atribuye amplios poderes a los jueces —parágrafo 111— y el «orden público económico» como argumento para que la sentencia carezca de eficacia retroactiva —parágrafo 293—, se opta por el primero (SÁNCHEZ MARTÍN, 2015, 15)¹². Con ello se continúa la doctrina de esta Sala iniciada con la sentencia de 18 de junio de 2012¹³, y mantenida por las sentencias de 17 y 18 enero de 2013, 13 de noviembre de 2013 y 30 de junio de 2014 que, declara que, la cláusula que regula el interés remuneratorio, en tanto afecte al objeto principal del contrato de préstamo, no podrá ser declarada abusiva, aunque sí debió superar el control de transparencia en orden a una adecuada comprensibilidad de la cláusula.

La sentencia de 9 de mayo de 2013 sostiene al respecto que, cabe un doble control de transparencia: el control de inclusión que, supone la observancia de las exigencias contenidas en los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, de manera que, las cláusulas generales han de ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez que, el adherente ha tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de celebración del contrato y que no sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incompresibles, y, asimismo, la observancia de las formalidades establecidas en la Orden de 5 de mayo de 1994 vigente al tiempo de los hechos y hoy sustituida, como recordamos, por la Orden EHA/2899/2011; y, una vez incorporadas las condiciones al contrato han de superar el control de transparencia —esto es, del propio contenido de las condiciones incorporadas en el contrato, por lo que se identifica como un control de contenido—; de forma que, la cláusula no solo ha de ser clara y comprensible gramaticalmente para el contratante consumidor, sino

también que resulte transparente tanto en la comprensión de la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que debe realizar a cambio de la prestación que quiere o espera obtener, como de la comprensión clara y sencilla de la carga jurídica del contrato, es decir, de la posición jurídica que asume en los aspectos básicos que definen el contrato celebrado, como en la respectiva asignación o distribución de los principales riesgos del contrato celebrado¹⁴. Este último control, en realidad, constituye un control de abusividad abstracto de validez de la cláusula predispuesta, distinto del error propio o error vicio del consentimiento que, supondría un control sobre el caso concreto y que 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 realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismos, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, con la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo» (parágrafo 210 de la sentencia). Se trata, en consecuencia, de constatar que la información suministrada, permite al consumidor determinar si se trata de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato que, incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y le permite tener un conocimiento real y razonable completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato (parágrafo 212). Por lo que no se supera el control de transparencia si estas cláusulas están «enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro». En todo caso, este control de transparencia que se identifica con un control de contenido exige, en los términos indicados que, el consumidor pueda conocer la carga económica real del contrato para poder valorar correctamente si lo quiere celebrar, y para poder comparar de manera adecuada las diferentes ofertas de productos dentro del mismo sector (MARTÍNEZ ESCRIBANO, 2014, 336)¹⁵,y, asimismo que el consumidor adherente sea específica y suficientemente informado respecto del significado y alcance que tiene la cláusula suelo como elemento definitorio del objeto principal del contrato, pues, dichas cláusulas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, se transforman en la *praxis* en un préstamo hipotecario con tipo de interés fijo por la inclusión no informada de tal cláusula (MORENO GARCÍA, 2015, 133; CÁMARA LAPUENTE, 2013, 105)¹⁶. En consecuencia, la oferta de interés variable, no completada con una información adecuada, se revela engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. Al respecto los criterios que enumera el Tribunal Supremo en tal sentencia de 9 de mayo de 2013 para valorar la falta de transparencia, y que según el auto de aclaración no constituyen lista cerrada son: a) Falta de 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 escenario diversos relacionado 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 del cliente no se le ofertan las mismas; y, 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. Este control de transparencia según indica la sentencia de 9 de mayo, revela únicamente si una cláusula es clara y comprensible. En caso afirmativo, no cabe realizar el control de contenido, es decir, no puede examinarse si la cláusula es abusiva. Pero si no se supera el control de transparencia, habrá que analizar este extremo, porque no necesariamente la cláusula oscura e incomprensible —falta de transparencia— es abusiva. Este control de contenido consiste en valorar, si en contra de las exigencias de la buena fe, la cláusula causa en el consumidor el desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes. Así se deriva del artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE y del artículo 82.1 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios. Es por ello, que el Tribunal Supremo consideran nulas por abusivas las cláusulas suelo de los contratos sometidos a enjuiciamiento porque, al beneficiar exclusivamente a la entidad de crédito, provocan un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes que resultan contrario a la buena fe porque no se informa de manera clara y comprensible sobre este extremo y el consumidor suscribe el contrato pues, cree que la carga económica del mismo es otra, más beneficiosa para él que la que realmente está contratando¹⁷. Si el consumidor hubiera aceptado de forma libre, voluntaria y consciente estas cláusulas, comprendiendo su verdadero alcance, aun cuando comportasen un desequilibrio, no podrían entenderse abusivas porque el control de transparencia legitimaría su validez.

Ahora bien, en la sentencia de 8 de septiembre de 2014 se actúa únicamente sobre el control de transparencia real, y, asimismo, en la línea con la doctrina jurisprudencial de esta Sala (sentencia de 18 junio 2012, 15 enero 2013, 17 y 18 de enero de 2013, 18 de noviembre de 2013 y 30 de junio de 2014) se destaca que con ello «se opera conforme al acervo y el peso de la formación del derecho contractual europeo que, a tenor de sus principales textos de armonización, se advierte la profundidad de este proceso, a raíz de su conexión con el desenvolvimiento mismo de las Directrices del orden público económico, como principios jurídicos generales que, deben informar el desarrollo de nuestro Derecho contractual. En síntesis, este proceso en el ámbito concreto de las condiciones generales tiende a superar la concepción meramente «formal» de los valores de libertad e igualdad, referidos únicamente a la estructura negocial del contrato y por extensión, al literalismo interpretativo (*pacta sunt servanda*), en aras a una aplicación material de los principios de buena fe y comutatividad en el curso de validez, control y eficacia del fenómeno de las condiciones generales de la contratación». Lo cierto es que en relación al presupuesto de comprensibilidad de la reglamentación predisuesta se ha profundizado en el control de transparencia como un *plus* u obligación que tiene el contratante predisponente.

Por lo que, en atención al contexto descrito, conviene resaltar desde la perspectiva conceptual y metodológica de la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Civil de nuestro Alto Tribunal, se tiende en primer lugar, a superar la concepción liberal del contrato por negociación regulado por el Código Civil basado en el principio del *pacta sunt servanda*, en aras como establece la propia resolución, a una aplicación material de los principios de buena fe, en este caso no como fenómeno integrador de la voluntad (art. 1258 del Código Civil), y de comutatividad en el seno del fenómeno de las condiciones generales de la contratación y en los distintos planos de control y eficacia de este fenómeno. En segundo lugar, se destaca la realidad de la catalogación de la contratación bajo condiciones generales de la contratación como un modo de contratar claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado en nuestro Código Civil. De

ahí que, en el plano conceptual, este fenómeno representa un ámbito contractual propio que, incide en un importante y novedoso sector del tráfico económico, delimitador de multitud de relaciones económicas de intercambio de bienes y servicios. Por lo que la contratación en masa conceptualmente diferente del contrato por negociación tiene, a su vez, un presupuesto causal propio y específico. De forma que, su fundamento no es tanto garantizar la validez del consentimiento del adherente desde el plano del error vicio, como la del cumplimiento por parte del predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual que, en contraposición a la asimetría inicial y evidente en la posición inicial de las partes, cumpla con un necesario equilibrio contractual y una necesaria comprensibilidad real y no meramente gramatical o literal de la reglamentación predisposta en sí misma considerada (sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012, 10 de marzo de 2014, 11 de marzo de 2014 y 7 de abril de 2014).

De acuerdo con la anterior caracterización debe señalarse que en el ámbito del derecho de la contratación, particularmente en la contratación bajo condiciones generales, el control de transparencia viene a responder a un previo y especial deber contractual de transparencia que, impone al predisponente el deber de configuración contractual plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales. De lo que se pueden extraer diversas consecuencias relevantes en orden al juicio de valoración propio de este mecanismo de control: 1. Tal control, como hemos señalado, es ajeno al error vicio y en consecuencia a la validez del consentimiento otorgado. Por lo que el control de transparencia se proyecta de modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende de esta forma que el control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, como opera fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no va a tener por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, sino que va a descansar en la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predisposta (sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero de 2013 [C-427/11] y 14 de marzo de 2013 [C-415/11], y, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2014); 2. El control de transparencia como parte integrante del control general de abusividad no puede quedar re conducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predisposta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada; 3. El enjuiciamiento de la materia es de carácter exclusivamente jurisdiccional, lo que no pueda ser suplido por el cumplimiento de la norma sectorial bancaria en orden a la licitud y transparencia meramente formal de la cláusula en la contratación seriada; y, 4. Por último, sin perjuicio de la función prevalente que tienen los notarios sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación, la comprensibilidad real propia de este control debe inferirse, en una labor propiamente jurisdiccional, del propio desarrollo interpretativo de la reglamentación predisposta, de forma que, la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, «no suplen,

por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia» (PERTINEZ VILCHEZ, 2013, 13-14)¹⁸.

En esta línea, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 24 de marzo de 2015¹⁹ al señalar en su *Fundamento de Derecho Tercero* en relación con el fundamento jurídico del control de transparencia que: «(...) *El control abstracto de validez de las condiciones generales de la contratación opera tomando en consideración lo que puede entenderse como un consumidor medio* (apartado 148, 152 y 153 de la sentencia número 241/2013) *y las características de las pautas estandarizadas de la contratación en masa* (apartados 148 y 157 de dicha sentencia). *Negar la posibilidad de un control abstracto y obligar a cada consumidor a litigar para que se declare la nulidad de la condición general abusiva supondría un obstáculo difícilmente salvable para la protección de sus legítimos intereses económicos mediante procedimientos eficaces, como les garantiza la normativa comunitaria y la interna, incluida la Constitución* (art. 51.1). *La posibilidad de tal control abstracto se justifica por la existencia de condiciones generales de la contratación, empleadas en una pluralidad de contratos y en la utilización por la predisponente de pautas estandarizadas en la contratación de estos préstamos, propias de la contratación en masa.* (...). *La falta de transparencia en el caso de las cláusulas suelo provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondría obtener el préstamo con «cláusula suelo» en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado.* (...) *Por otra parte, no puede olvidarse que la sentencia núm. 241/2013 consideró que «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».* Por tanto, la sentencia no niega la licitud, en abstracto, de la cláusula suelo, sino que afirma su carácter abusivo cuando, pese a superar el control de inclusión, no es transparente en el sentido que se ha explicado».

Sobre tales bases, hay que señalar que, este control de transparencia como ha sido delimitado en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha recibido confirmación en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13) al destacarse en la misma que en el ámbito del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 respecto de aquellas cláusulas que por referirse al objeto principal del contrato no pueden someterse a un control de contenido —juicio de abusividad— no predetermina la necesidad de que sean claras y comprensibles, y, que esta comprensibilidad no puede reducirse a un plano formal y gramatical, sino que, en clave de carga económica, se ha de examinar que el consumidor podía no solo conocer la existencia de la diferencia entre el tipo de cambio de venta y el de compra de una divisa extranjera, sino también a la hora de evaluar las consecuencias de la aplicación del tipo de cambio de venta para el cálculo de las cuotas de devolución y para el coste total del préstamo —comprensibilidad real de la carga económica y jurídica—.

También en esta línea recientemente la sentencia de este mismo Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Novena, de 26 de febrero de 2015 (Asunto C-143/13) que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Specializat Cluj (Rumanía), mediante resolución de 26 de noviembre de 2012, recibida en el Tribunal de Justicia el 20 de marzo de 2013, en el procedimiento entre Bogdan Matei, Iona Ofelia Matei y SC Volksbank Romania, SA, en el que se preguntaba sobre el carácter abusivo de unas cláusulas incorporadas

en un contrato de préstamo que, conlleva una «comisión de riesgo» percibida por el prestatario y que autorizan a este, bajo determinadas condiciones a modificar unilateralmente el tipo de interés. Cuestión que finalmente deriva al tribunal nacional para que analice si conforme a los parámetros de los fundamentos 72 a 75 de dichas cláusulas superan el control de transparencia. Así en el Fundamento número 72, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señala que: «en todo caso, tales cláusulas deberán ser objeto de una apreciación de su posible carácter abusivo si se comprueba que no están redactadas de forma clara y comprensible, circunstancias que también corresponde verificar al tribunal remitente». Con ello se aprecia un control de transparencia clásico basado en el tenor literal de la Directiva 93/13/CEE y que limita el control de transparencia a que estuviese redactada de «de forma clara y comprensible». A continuación el Fundamento número 73 añade que «a este respecto, debe recordarse que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida en los artículos 4 apartado 2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE —los cuales tienen, por lo demás, un alcance idéntico— no puede reducirse solo al carácter comprensible de aquellas en un plano formal y gramatical (véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslemné Rábai EU:C: 2014:282, apartados 69 y 71)». En este sentido, se consagra un moderno control de transparencia que, ya no se limita a si la cláusula es clara y comprensible, sino que, además, se exige que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas de aquellas cláusulas que, de acuerdo con el producto o servicio ofrecido, afecten a las prestaciones o elementos básicos del contrato, en orden a la comprensibilidad real tanto de la carga económica que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que, realmente asume el consumidor en los aspectos básicos que se deriven del objeto y ejecución del mismo (PLAZA PENADÉS, 2015, 18)²⁰. Es, por ello, que los Fundamentos Jurídicos números 74 y 75 disponen «de los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13/CEE y de los puntos 1 letras j) y l), letras b) y d), del anexo de la misma Directiva resulta en particular, que para satisfacer la exigencia de transparencia reviste una importancia capital la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo de interés, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado puede prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan (véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslemné Rábai EU:C: 2014:282, apartado 73)». Y añade «tal cuestión debe ser examinada por el tribunal remitente a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre ellos que se encuentran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo y teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslemné Rábai EU:C: 2014:282, apartado 74)»²¹.

Por su parte, el control de contenido de operar, debe ajustarse a los principios y normas de nuestro sistema jurídico en orden, primordialmente, a comprobar si la regla contractual predisposta, es conforme a los principios básicos de regulación contractual aplicable de acuerdo a los parámetros de la buena fe y equilibrio contractual²².

Finalmente, en este contexto, conviene recordar, por una parte, que la contratación en masa o bajo condiciones generales de la contratación constituye un auténtico modo de contratar diferente al contrato por negociación, como así se

ha apuntado en la jurisprudencia más actual de la Sala Primera del Tribunal Supremo²³. Y que, tal modo de contratar en masa o bajo condiciones generales de la contratación determina el nacimiento de dos importantes mecanismos de control: uno tendente a lograr la necesaria comprensibilidad real de sus cláusulas o carga económica y jurídica del contrato —control de transparencia—; y, otro, destinado a lograr el necesario equilibrio prestacional —juicio de abusividad—.

NOTAS

¹ *RJ* 2013, 3088; y *RJ* 2015, 735.

² Con anterioridad, este mismo Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 21 de enero de 2015 tenía por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 2 de Marchena (Sevilla) mediante resolución de 12 de agosto de 2013, recibidas por el Tribunal de Justicia el 10 de septiembre de 2013 (Asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13), en el que no se declara contraria a la Directiva la Disposición Transitoria segunda de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y por ende, el artículo 114 de la Ley Hipotecaria en cuanto que obliga a recalcular las cantidades debidas, siempre que la disposición nacional no impida al juez nacional dejar de aplicar la cláusula en caso de que se aprecie que es abusiva en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva. De forma que, si se declara abusiva una cláusula, al mismo tiempo no se puede recalcular al triple del interés legal, pues, de acordar la abusividad, hay que dejar de aplicar tal cláusula. En todo caso, no debemos olvidar que, la normativa mencionada no solo se aplica a los contratos con consumidores. En esencia, esta Disposición Transitoria que, impone al juez una facultad moderadora en forma de recálculo es compatible con la Directiva 93/13/CEE al no coincidir el ámbito de aplicación.

³ Resulta importante señalar que, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ampliado la interpretación de la protección del consumidor, aclarando el concepto de consumidor definido en el artículo 2 letra b) de la Directiva 93/13/CEE. Así en la sentencia de la Sala Cuarta, de 3 de septiembre de 2015 (asunto C-110/14) que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de Primera Instancia de Oradea (Rumanía) mediante resolución de 25 de febrero de 2014 recibida en el Tribunal de Justicia el 7 de marzo de 2014 ante la demanda formulada por un abogado solicitando, por una parte la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual relativa a una comisión de riesgo y, por otra parte, la anulación de dicha cláusula y la devolución de la citada comisión. El órgano jurisdiccional remitente plantea si debe interpretarse en el sentido que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se especifique el destino de crédito, puede considerarse «consumidor», en el sentido de dicha disposición. Además, el referido órgano jurisdiccional pregunta al Tribunal de Justicia sobre la incidencia al respecto del hecho que el crédito nacido del citado contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por ese persona en su condición de representante de su bufete de abogados, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de dicha persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete. Lo cierto es que, conforme el artículo 2 letras b) y c) de la Directiva 93/13/CEE es «consumidor» toda persona física que, en los contratos regulados por la citada Directiva, actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional. Por su parte, es «profesional» toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la Directiva 93/13/CEE, actúa dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada. Por tanto, la citada Directiva define los contratos a los que se aplica por referencia a la condición de contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional. Tal criterio responde a la idea que sustenta el sistema de protección establecido por dicha Directiva, a saber que, el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de estas. Habida cuenta de tal situación de inferioridad, el artículo

6 apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE establece que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Al respecto el Abogado General ha señalado en los puntos 28 a 33 de sus conclusiones, el concepto de «consumidor» en el sentido del artículo 2 letra b) de la Directiva 93/13 tiene un carácter objetivo y es independiente de los conocimientos concretos que pueda tener la persona de que se trata, o de la información que dicha persona realmente disponga. Es por ello que, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara que: *«El artículo 2 letra b) de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse “consumidor” con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Carece de pertinencia al respecto el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogados, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete».* Por lo que muchos autónomos pueden ser considerados consumidores cuando avalan con el patrimonio de su empresa un préstamo personal, que puede incluir cláusulas abusivas. Y cualquier profesional puede ser considerado consumidor con independencia de sus conocimientos.

⁴ Sobre la distinción entre cláusulas abusivas y condiciones generales de la contratación, *vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 14.^a, 11 de febrero de 2015 (AC 2015/534).

⁵ CARBALLO FIDALGO M. (2013). *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, Barcelona: Bosch, p. 96.

⁶ Con anterioridad la Ley 1/2013, de 14 de mayo de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social exige que, en los contratos de préstamos hipotecarios junto a la escritura se incluya una expresión manuscrita por el consumidor que ha sido adecuadamente advertido de los riesgos del contrato, en concreto, de las limitaciones a la variabilidad del tipo de interés (art. 6.2 a]). Por su parte, la Ley 10/2014, de 26 de junio de Ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito en su artículo 5 que dedica a la protección del cliente de entidades de crédito, contiene la habilitación al Ministerio de Economía y Competitividad para disponer sobre cuestiones relativas a la información precontractual que debe facilitarse a los clientes, la información y contenido de los contratos y las comunicaciones posteriores que, permitan el seguimiento de las mismas; de modo que, refleje de forma explícita y con la máxima claridad los derechos y obligación es de las partes, los riesgos derivados del servicio o producto para el cliente (art. 5.1 a]); y las demás circunstancias necesarias para garantizar la transparencia de las condiciones básicas de comercialización o contratación de los servicios o productos bancarios que ofrecen las entidades de crédito y, en su caso, el deber y la forma en que deben comunicar tales condiciones a la clientela o al Banco de España (art. 5.1 b)].

⁷ PLAZA PENADÉS, J. (2015). «Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la «irretroactividad» de las cláusulas suelo», *La Ley*, año XXXVI, número 8547, 26 de mayo de 2015, p. 17.

⁸ RJ 2014, 4660.

⁹ Para CARRASCO PERERA Á., y GONZÁLEZ CARRASCO C. (2013). «La sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo sobre las «cláusulas suelo» es inconstitucional», *La Ley*, año XXXIV, núm. 8159, de 30 de septiembre, p. 1, sostienen que «la sentencia incurre en inconstitucionalidad: 1) Por pervertir el sistema de fuentes del Derecho; 2) Porque sitúa a las entidades financieras ante la tesitura de un «cumplimiento perverso» de la normativa sectorial; 3) Porque impide a las entidades condenadas y al resto de las entidades orientar su conducta futura de cumplimiento en el sentido de la exigencia impuesta por la sentencia; 4) Porque incurre en manifiesta incongruencia *extra petita*; 5) Porque contiene argumentos contradictorios, relativos a lo que promete hacer y lo que efectivamente hace para respetar la prohibición de indefensión; y, 6) Porque no ha permitido a las partes ni realizado por su cuenta ninguna actividad probatoria relativa a los nuevos hechos «incriminatorios» introducidos en el proceso»; y de los mismos autores (2013). «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*, número 7, p. 153. Por su parte, CARRAS-

CO PERERA, A., y CORDERO LOBATO, E. (2013). El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, número 7, pp. 173 y 178 señalan que «nos encontramos frente a una sentencia singular. No porque haya terciado en la polémica judicial sobre la cláusula suelo (precisamente para declarar su validez con carácter general), sino por el hecho de haber formulado y aplicado un criterio de validez de las condiciones generales de la contratación, el llamado “control de transparencia” que es autónomo con respecto al control de inclusión de los artículos 5 de la LCGC y artículo 80.1 b) TRLCU y al control de abusividad (arts. 82 y sigs. 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 artículo 1266 del Código Civil». Y, además, «la sentencia es totalmente opaca al explicar cuáles son las consecuencias de la falta de transparencia “sustancial” de la cláusula incorporada».

En esta línea GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2013). Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 739, septiembre-octubre, p. 3453, quien concluye que «la sentencia tanto por sus planteamientos como por sus efectos debería haber sido más concluyente, y es difícil que cumpla con las expectativas que ha generado de poner fin a las cláusulas suelo; pues aunque se esté en los casos iguales a los afectados por la sentencia, bastará una nueva y previa información al consumidor para poder seguir incluyendo dicha cláusula, que ya no será abusiva».

¹⁰ GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C. (2014). La falta de transparencia en la segunda sentencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas suelo (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014 y a su voto particular), *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, número 12, pp. 90-91 señala que «el resultado de la nueva sentencia es de nuevo una inseguridad jurídica ahora acentuado porque la 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, 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, permitan que el consumidor comprenda realmente las consecuencias jurídicas y económicas del producto o servicios afectado “que no se reduce a la necesidad de que las cláusulas sean simplemente claras desde el punto de vista gramatical”, pues, siguen siendo desconocidas para los agentes implicados».

¹¹ DOMÍNGUEZ ROMERO, J. (2012). “El control del suelo hipotecario. Crónica jurisprudencial a propósito de la cláusula de limitación mínima de tipo de interés”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 29, julio-diciembre, pp. 846-848 se refiere a las distintas posiciones existente en relación sobre si la cláusula suelo recae sobre un elemento esencial. Por una parte, se refiere a «la que sostiene que no cabe reputar tal cláusula elemento esencial en cuanto que parte del precio, sino meramente accesorio al mismo por entender que solo afecta a la remuneración del préstamo de manera eventual, pues, dicha cláusula únicamente opera cuando se dé el mínimo que la misma contempla, que puede no darse nunca o darse, y no darse sucesivamente durante la vigencia del préstamo; desde esta posición la cláusula suelo es accesoria de otra cláusula, sin que quepa equiparar ambas, dado que la primera lo que viene es a delimitar los efectos de la evolución aleatoria del tipo de interés variable pactado en la segunda (sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla de 30 de septiembre de 2010; del Juzgado de lo Mercantil de Cáceres de 18 de octubre de 2011; y, del Juzgado de lo Mercantil de Cádiz de 21 de diciembre de 2011). Por su parte, otra posición es la que mantienen que las acotaciones a los tipos de interés variable no pueden ser calificadas de esenciales, sobre la base de que no fueron percibidas así, ni contempladas por el consumidor medio como parte integrante del precio. Esta postura es la que se puede denominar *subjetiva contextualizadora*, por lo que la accesoriedad de dichas acotaciones es de cómo se percibieron por los consumidores en el momento en que se estipularon (sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Palma de Mallorca de 2 de febrero de 2012; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 24 de abril de 2012). Por último, la que mantiene que las acotaciones a la variación del tipo de interés presentes en tales cláusulas constituyen una parte más del precio del préstamo. Según esta postura, si el interés remuneratorio es un elemento esencial del préstamo, son también esenciales los criterios que conducen a su

determinación, entendiendo por tales tanto la cláusula que contuvieran el índice más diferencial como cláusula de acotación (sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 7 de octubre de 2011, y de la Audiencia Provincial de Burgos, de 2 de febrero de 2012)». En base a ello el autor concluye «que la discusión sobre la cláusula suelo, relativa a si la acotación que la misma contiene fija o simplemente perfila el precio, si lo afecta de manera endeble o eventual, si es esencial o contingente, no es algo que deba centrar *a priori* la atención del juzgado para descartar *per se* su imposición ni para dejar de considerarla condición general. Por lo que la cuestión no es el grado de influencia que aquella pudiera tener sobre el precio, sino simple y llanamente si incide o no sobre el precio».

¹² SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2015). «El verdadero control de transparencia de las cláusulas predispuestas». Su definitiva plasmación y su fundamentación técnica (Comentario de la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014 sobre cláusula suelo), *La Ley*, año XXXVI, número 8491, 2 de marzo, p. 15.

¹³ En esta sentencia se trata de resolver el carácter abusivo de un préstamo que se contrató a un interés muy superior al habitual, si bien, ese mayor interés se justificaba por las circunstancias singulares de refinanciación de dicha operación y por los riesgos que asumía el prestamista, a lo que se unía el hecho probado de que el prestatario conocía perfectamente y asumía esa circunstancia excepcional que implicaba un tipo de interés más elevado del normal por el riesgo, que entrañaba su refinanciación. Al respecto, en primer término, se refiere la sentencia a la relación entre los criterios interpretativos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el marco general de interpretación del Código Civil. Así se señala que, «cabe establecer en el plano de la interpretación contractual que se da una clara compatibilidad entre el específico control establecido para la contratación bajo condiciones generales, acuerdos y el marco general de interpretación del Código Civil. La razón primaria de esta compatibilidad radica en la propia y necesaria abstracción del proceso interpretativo que alcanza, ineludiblemente, a todo orden o tipo de control sobre el contenido y aplicación de las normas, de suerte que los propios controles de inclusión, transparencia y de contenido que, prevé la regulación de las condiciones generales de la contratación se sirven, previamente, de estos medios interpretativos en su conjunto. De esta forma, los mismos requisitos de incorporación que contempla esta legislación (art. 5.5. LCGC) presuponen que el ajuste a los criterios de «transparencia, claridad, concreción y sencillez» se ha realizado desde una previa labor interpretativa. En todo caso, la razón de compatibilidad viene establecida expresamente en las reglas de interpretación de la citada ley, artículo 6.3 en donde se remite supletoriamente a las disposiciones sobre interpretación de los contratos recogidos en el Código Civil. De forma implícita, idéntica protección la encontramos en el régimen aplicable a la declaración judicial de su no incorporación o nulidad de la cláusula, en donde la sentencia estimatoria debe «acliar», esto es, interpretar, el alcance de la eficacia contractual resultante o, en su caso, la justificación de la nulidad operada (art. 9.2 de la Ley). Todo ello sin perjuicio del alcance interpretativo del artículo 1288 del Código Civil y su incidencia en la llamada «*interpretatio contra stipulationem*» o del alcance el principio de buena fe como elemento de interpretación integradora del artículo 1258 del Código Civil». Y, en segundo término —aunque bien como *obiter dictum*—, se delimita el control de transparencia como control separado y distinto del control de contenido. Se indica que, «el control de inclusión y el control de transparencia puede proyectarse, a diferencia del control de contenido o control de abusividad, sobre elementos esenciales del contrato (art. 4.2 de la Directiva del 93)». De forma que, «no estaríamos en un supuesto de control de interpretación de esta normativa sino, en su caso, de elementos esenciales del contrato que, tiene por objeto que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en su conjunto el contrato supone para él y, a su vez, la prestación económica que va a tener para la otra parte».

¹⁴ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.^a, de 26 de mayo de 2014 (*RJ* 2014, 3880); y, de 3 de noviembre de 2014 (*RJ* 2014, 5274); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 3.^a, 18 de junio de 2013 (*AC* 2013, 1880); de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.^a, 18 de junio de 2013 (*JUR* 2013, 247830); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 1.^a, 11 de julio de 2013 (*JUR* 2013, 283374); de la Audiencia Provincial de Cuenca, sección 1.^a, 30 de julio de 2013 (*JUR* 2013, 300401);

de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.^a, 25 de septiembre de 2013 (*JUR* 2013, 313191); de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1.^a, 27 de enero de 2015 (*AC* 2015, 421); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.^a, 4 de febrero de 2015 (*JUR* 2015, 126568); Auto de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 2.^a, 4 de febrero de 2015 (*JUR* 2015, 141367); sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 3.^a, 21 de marzo de 2015 (*AC* 2014, 648); sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.^a, 20 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 126360); de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 3.^a, 25 de marzo de 2015 (*AC* 2015, 665); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 2.^a, 25 de marzo de 2015 (*AC* 2015, 730); y, de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 8.^a, 30 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 143896); Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 12.^a, 31 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 154118); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 19.^a, 8 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 154045); sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1.^a, 24 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 141450); sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1.^a, 30 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 141966); de la Audiencia Provincial de Palencia, sección 1.^a, 30 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 16524); y, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Cuenca, 4 de junio de 2015 (*AC* 2015, 678). Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 2.^a, 27 de junio de 2013 (*AC* 2013, 1521) señala que, no concurre la falta de transparencia, pues, es una cláusula que, como tal, aparece redactada en la escritura de novación modificativa, no es oscura y la información que se proporciona es suficiente y comprensible. La cláusula suelo se introduce en un momento posterior a solicitud del actor. Y era conocido por el actor. También en esta línea, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 1.^a, 29 de septiembre de 2014 (*JUR* 2014, 277837); y de 2 de diciembre de 2014 (*JUR* 2015, 32342); y, de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.^a, 25 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 2632) tuvo conocimiento de la cláusula. No se encuentra enmascarado en la documentación previa a la suscripción del contrato. Las cláusulas están redactadas de forma clara y concisa; y la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Elche (Alicante), número 3, 7 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 142651).

¹⁵ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2014). El control de transparencia y la validez de la cláusula suelo, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 133, enero-marzo, p. 336.

¹⁶ *Vid.*, en relación con el doble control de transparencia, MORENO GARCÍA, L. (2015) *Cláusula suelo y control de transparencia. Tratamiento sustantivo y procesal*, Madrid: Marcial Pons, p. 133; CÁMARA LAPUENTE, S. (2013) El control de las cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE de 3 de junio de 2010 (Caja Madrid) a la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusula suelo, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, número 6, p. 105.

¹⁷ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.^a, 22 de mayo de 2013 (*AC* 2013, 1479); y, de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 3.^a, de 21 de marzo de 2014 (*AC* 2014, 648); y el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1.^a, de 30 de abril de 2014 (*AC* 2014, 1000), falta de información suficiente, y ausencia de simulaciones de escenarios diversos; en consecuencia, falta de transparencia.

¹⁸ Al respecto, PERTINEZ VILCHEZ, F. (2013). «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *Indret*, julio, pp. 13 y 14, manifiesta en relación con la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 que «está asumiendo que la obligación de transparencia en las condiciones generales tiene un contenido dinámico que no se agota con el mero cumplimiento de los requisitos de incorporación o en la redacción de una cláusula sin ambigüedades (art. 6.2 de la LCGC), sino que exige, además, en relación a los elementos esenciales un *plus* de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión con pleno conocimiento de causa, lo que proscribe una defraudación de la carga económica del contrato tal y como se había percibido, mediante la inclusión de una condición general, que, aun superando los registros de incorporación, pasó inadvertida al consumidor». Por tanto, «la falta de transparencia se identifica con la sorpresa o con el engaño que supone para el cliente la inclusión de una cláusula suelo, de la que no se informó en la fase precontractual, y a la que se le dio un tratamiento impropiamente secundario, por más que pudo haber sido decisiva en la decisión de contratar o no contratar». Como correlato de lo anterior «si se hubiera informado suficientemente sobre la cláusula suelo al consumidor antes de la celebración del contrato, de

tal manera que este hubiera sabido su existencia y de las consecuencias que pudiera tener ante una bajada previsible del tipo de referencia, la cláusula sería lícita».

¹⁹ *RJ* 2015, 845.

²⁰ PLAZA PENADÉS, J. (2015). Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la «irretroactividad» de las cláusulas suelo, *op. cit.*, p. 18.

²¹ Además, el Tribunal de Justicia continúa diciendo en los apartados 76 a 78: «76. Ahora bien, por lo que respecta a las cláusulas contractuales controvertidas en el litigio principal y, en primer lugar, a las que permiten al prestamista modificar unilateralmente el tipo de interés, cabe preguntarse sobre la previsibilidad para el consumidor de los incrementos de dicho tipo que puede efectuar el prestamista en función del criterio —poco transparente a primera vista— basado en “que se produzcan variaciones significativas en el mercado financiero”, aun cuando esta última formulación sea, en sí misma, gramaticalmente clara y comprensible. 77. En segundo lugar, en lo relativo a las cláusulas que prevén la “comisión de riesgo”, se plantea la cuestión de si el contrato de préstamo de que se trata expone de manera transparente los motivos que justifican la retribución correspondiente a dicha comisión, toda vez que se rebate que el prestamista esté obligado a proporcionar una contrapartida real para percibir dicha comisión, al margen de asumir el riesgo de la falta de reembolso, el cual —según se alega— ya está cubierto con una hipoteca. La falta de transparencia de la mención en los contratos de que se trata en el litigio principal, de los motivos que justifican tales cláusulas parece confirmarse aún más por el hecho, recordado en el apartado 29 de la presente sentencia, de que en el caso de autos el prestamista propuso a los prestatarios sustituir la denominación de dichas cláusulas por “comisión de administración el crédito”, sin modificar no obstante el contenido de estas. 78. Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que le artículo 4 apartado 2 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las del litigio principal, los términos “objeto principal del contrato” y “adecuación entre el precio y la retribución, por una parte y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra” no cubren, en principio, tipos de cláusulas que figuran en contratos de créditos celebrados entre un profesional y consumidores tales como las controvertidas en el litigio principal, que, por una parte, permiten al prestamista bajo determinadas condiciones, modificar unilateralmente el tipo de interés y, por otra parte, prevén una “comisión de riesgo” percibida por este. Sin embargo, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar la calificación de tales cláusulas contractuales atendiendo a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones de los contratos de que se trata así como al contexto jurídico y de hecho en que estas se inscriben».

²² *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de abril de 2014 (*RJ* 2014, 3122), donde se destaca que el control de abusividad de estas cláusulas predispuestas en contratos con consumidores combina la aplicación de una cláusula general (el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que deriven del contrato, en perjuicio del consumidor y en contra de las exigencias de la buena fe) con un listado ejemplificativo de cláusulas enunciadas en la disposición adicional primera de la ley (actualmente, artículos 85 a 90 del Texto Refundido) son abusivas «en todo caso». Este mayor rigor en el control de las cláusulas abusivas es conforme a la Directiva por su carácter de norma de mínimos, como se desprende del artículo 8 de la misma, y ha sido afirmado por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2010 (asunto C-484/08). Como consecuencia de lo expuesto, para decidir si una cláusula no negociada individualmente, inserta en un contrato concertado con consumidores, puede considerarse o no abusiva, es metodológicamente más eficiente analizar en primer lugar, si puede encuadrarse en alguno de los supuestos ejemplificativos que la ley considera abusivos «en todo caso», de modo que en caso afirmativo se declare su abusividad, y consiguientemente, su nulidad de pleno derecho, y solo en caso de no ser así se pasará a valorar su abusividad con base en la cláusula general.

El voto particular que se formula en relación con esta sentencia varios Magistrados, se centra en destacar que la apreciación del desequilibrio importante, atendidas las normas aplicables en Derecho nacional, como las circunstancias del caso concreto, atendibles cuando se aplica la cláusula general de abusividad (art. 82.3) deben valorarse conforme

a la reglamentación contractual predispuesta en el momento de celebración del contrato. Asimismo, *vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3.^a, 26 de febrero de 2013 (*AC* 2013, 714); de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.^a, 9 de julio de 2013 (*AC* 2013, 1538); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 8.^a, 23 de julio de 2013 (*AC* 2013, 1561); y, de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.^a, 27 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 212857); el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6.^a, 10 de febrero de 2014 (*AC* 2014, 487); y, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Granada, número 1, de 28 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 177038).

²³ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 18 de junio de 2012 (*RJ* 2012, 8857) que, reconoció por primera vez que, la normativa de consumo, particularmente la contratación bajo condiciones generales cumple una función de configurar el ámbito contractual y con ello incidir en el tráfico patrimonial, comportando un modo de contratar diferente a la contratación por negociación; de 10 de marzo de 2014 (*RJ* 2014, 1467); y, de 7 de abril de 2014 (*RJ* 2014, 2184) ambas referidas al ámbito de un contrato por negociación.