

¿Y ahora qué?

Jesús Alfaro Águila-Real

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Preliminar

Dadas las numerosas ocasiones que me he ocupado de esta cuestión, no veo necesario tener que hacer ninguna [introducción](#). Iré al grano. El Supremo debería aprovechar el próximo pleito que llegue a casación sobre las cláusulas-suelo para decir expresamente que se aparta de la doctrina sentada en la [sentencia de 9 de mayo de 2013](#) (*overruling*). Pero no sólo en el punto relativo a la retroactividad de la nulidad, sino también y sobre todo en la doctrina sobre la posibilidad de declarar nula una cláusula predispuesta referida a los elementos esenciales del contrato por “intransparente” en el marco de una acción colectiva – control abstracto –. Además, debería aclarar que, aunque se trate de una sentencia del Tribunal Supremo dictada en relación con un pleito individual entre un banco y un prestatario concreto, la declaración de intransparencia vale solo para ese caso, no para cualquier caso en el que se discuta la transparencia o intransparencia de la misma cláusula. Incluso aunque la cláusula tenga un tenor literal idéntico. Por último, el Supremo debería revocar su sentencia de 9 de mayo de 2013 también en lo que se refiere a los criterios para determinar si la cláusula-suelo ha sido introducida de forma transparente o no. En las líneas que siguen trataré de argumentar esas tres conclusiones.

El origen del problema

El problema lo ha generado, no sólo la doctrina sentada en esa sentencia, sino el chapucero legislador. En efecto, nuestra ley de consumidores no ha recogido expresamente la regla de la Directiva relativa al control de las cláusulas predispuestas referidas a los elementos esenciales del contrato.

Dice el [artículo 4.2 de la Directiva](#)

2. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

La Ley de Consumidores, sin embargo, no ha recogido en su articulado este precepto de la Directiva “gracias a” un error jurídico de nuestros parlamentarios que consideraron, por el contrario, que podía someterse a un control de validez los precios y las prestaciones de un contrato. Lo peor no fue el error del legislador, sin embargo. Lo peor fue que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea [no declaró esta “laguna” o “error” del legislador español contrario a la Directiva](#). Las [conclusiones de la Abogada General](#) fueron seguidas por el Tribunal de Justicia. Aunque no puedo ocuparme ahora de la cuestión, creo que debo rectificar mis críticas a la sentencia y a las conclusiones de la Abogada General en el sentido de que ambos consideraron, probablemente con acierto, que la cuestión del alcance del control del contenido de las cláusulas contractuales es un asunto del Derecho nacional y que la Directiva, efectivamente, no establece límites a lo que puede decidir el el Derecho español al respecto.

Afortunadamente (lo contrario sería inconstitucional), los jueces españoles incorporaron el art. 4.2 de la Directiva al Derecho español y afirmaron que [tampoco en España se podían controlar los precios y las prestaciones de un contrato ni, por tanto, su equilibrio económico](#). Que los consumidores reciban *value for money* corresponde garantizarlo [al mercado y a la competencia](#). Pero para que la competencia funcione, es necesario que los consumidores puedan conocer razonablemente el producto que se les ofrece y el precio que se les demanda. Sólo así puede la competencia desplegar sus efectos beneficiosos sobre la asignación de los recursos. En el caso de los préstamos bancarios, que puedan conocer razonablemente el tipo de interés que pagarán. De manera que si el préstamo es un préstamo “a interés variable”, el banco tiene la obligación de llamar la atención del consumidor de forma expresa acerca de que el interés no es “tan” variable porque el contrato incluye una cláusula-suelo que no hace más que limitar la variabilidad del tipo de interés. Si es probable que los tipos de interés de referencia toquen el “suelo”, con mayor motivo. De ahí que sea irrelevante que las cláusulas suelo incluyeran un “techo” situado muy por encima de los tipos que se han visto en el mercado en décadas.

Por lo demás, la frontera entre una cláusula predispuesta referida a los elementos esenciales transparentemente introducida en el contrato y una cláusula negociada individualmente es tan tenue que nos llevó a decir, [hace veinticinco años](#) que no se trata de un problema específico del Derecho de las condiciones generales, sino del [Derecho general de contratos](#)). En efecto, si se ha llamado la atención del consumidor sobre la existencia y alcance de la cláusula, bien puede decirse que si el consumidor la acepta, no se trata ya de una cláusula “predispuesta” sino, más bien, de una cláusula negociada individualmente en el sentido del art. 3.1 de la Directiva y 82.1 de la Ley de Consumidores. Naturalmente, [en el caso de que el prestatario sea un empresario](#), ni siquiera existe tal obligación de “llamar la atención” de la contraparte sobre el sentido, significado y alcance de la cláusula.

De manera que, [cuando los jueces se ocupan de la transparencia](#) de una cláusula referida a los elementos esenciales del contrato – como es la cláusula-suelo – deben examinar si, efectivamente, el banco llamó la atención del consumidor sobre la cláusula y si lo hizo de forma que éste pudo razonablemente tomar conciencia de su existencia, de su alcance y de su significado (v., el voto particular en esta [sentencia](#) que puede suscribirse en su integridad). Se sigue de ello que el escrutinio de si una cláusula referida a los elementos esenciales del contrato que ha sido predispuesta y no negociada individualmente ha sido introducida en el contrato de forma transparente o no, no puede hacerse sin tener en cuenta las circunstancias concretas del contrato concreto en que se incorporó la cláusula. Así, el art. 82.3 de la Ley de Consumidores, reproduciendo lo dispuesto en el art. 4.1 de la Directiva, establece que

El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

En general, cuando estamos en presencia de cláusulas accesorias, es decir, no referidas a los elementos esenciales del contrato, puede prescindirse del análisis de las “circunstancias concurrentes en el momento de” la celebración del contrato. Sencillamente porque no habrá circunstancias particulares en la celebración del contrato que afecten a la interpretación de la cláusula ni, por tanto, que nos ayuden a decidir si la cláusula es contraria a la buena fe porque causa “en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato” (art. 3.1 de la Directiva y art. 82.1 LCU). Por ejemplo, una cláusula que permite resolver el contrato al predisponente ante un incumplimiento nimio de alguna de sus obligaciones por parte del consumidor puede considerarse abusiva (deroga, en perjuicio del consumidor, la regla supletoria del art. 1124 CC tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia desde hace cien años y que exige que el incumplimiento sea grave para que tenga alcance resolutorio, esto es, para que constituya una justa causa de resolución del contrato). Las circunstancias concretas que rodearon la celebración del contrato concreto en el que tal cláusula predispuesta se ha incluido no son relevantes porque no se vé cómo podrían influir en el análisis de la validez de la cláusula. Aunque el predisponente hubiera llamado la atención del consumidor sobre la cláusula, la ratio de la norma obligaría a seguir considerándola abusiva y, por tanto, nula. Porque de lo que se trata, con la legislación sobre cláusulas abusivas es que desaparezcan del tráfico las cláusulas predispuestas que derogan el derecho supletorio (el aplicable a falta de pacto) en detrimento del consumidor, esto es, debilitando su posición en el contrato en términos de derechos y obligaciones.

Pero las circunstancias concretas que concurren en el momento de la celebración del contrato son decisivas para apreciar la transparencia de una cláusula predispuesta referida a los elementos esenciales del contrato. Porque estas cláusulas se refieren al precio o al producto objeto del contrato, de manera que su “justicia” depende de que hayan sido consentidas por el consumidor, consentidas en sentido estricto, es decir, que podamos decir que fueron tenidas en cuenta por el consumidor en el momento de contratar y, por tanto, de elegir celebrar el contrato y adquirir el producto de ese oferente en lugar de dirigirse a sus competidores en búsqueda de un mejor producto o un mejor precio.

En definitiva, la dogmática de las cláusulas predispuestas referidas a los elementos esenciales del contrato es sustancialmente diferente de la dogmática de las cláusulas abusivas. De hecho, [sólo el requisito de la transparencia enlaza ambas](#) y es un error trasladar las reglas de la Directiva y de la Ley de consumidores desde las cláusulas abusivas (que no pueden modificar el reparto de derechos y obligaciones que resulta del Derecho dispositivo) a las cláusulas predispuestas referidas a los elementos esenciales del contrato (equilibrio de las prestaciones). En particular, la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas tiene una función disuasoria que no tiene la nulidad de las cláusulas predispuestas referidas a los elementos esenciales que se incorporan al contrato de forma no transparente. Tiene razón, por tanto, [el Tribunal Supremo cuando, en la sentencia de 25 de marzo de 2015](#) trató de enmendar la de 9 de mayo de 2013 y pretendió justificar la limitada retroactividad de la declaración de nulidad sobre la base de que el predisponente que incluye en sus condiciones generales - en sus cláusulas predispuestas - una cláusula

que regula un elementos esencial del contrato - el tipo de interés - puede ser considerado "de buena fe" en el sentido de que su conducta es reprochable no por incluir tal contenido - la cláusula suelo - en sus cláusulas predispuestas, sino por no hacerlo, en cada caso concreto de aplicación, de forma transparente, esto es, advirtiendo a la contraparte de su existencia, alcance y significado.

En todo caso, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, el Supremo [cometió tres errores](#).

El primero, el de decir que la nulidad de pleno derecho no tiene efectos retroactivos si se pone en peligro la estabilidad económica. Ese es el error que ha de corregir para el futuro a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia.

El segundo, y más relevante a nuestro juicio para solucionar de una vez por todas el monumental lío que han causado las cláusulas-suelo, es el de considerar que puede declararse intransparente una cláusula predispuesta *urbi et orbe* y para todos los casos en los que una cláusula con idéntico tenor literal a la discutida en el pleito ante el Supremo se haya incluido en un contrato. Normalmente, el Supremo no revisa los hechos y ha de tener por probados los que se reflejen en las sentencias de instancia. Podrá corregir la interpretación de los hechos, es decir, la subsunción de los hechos en la norma realizada por los tribunales de instancia en casos excepcionales (cuando haya infracción de la ley o cuando la interpretación sea disparatada). Pero si el juez de instancia no ha examinado, al calificar la cláusula como intransparente, las circunstancias del caso a pesar de que el banco - que es el que tiene la carga de la prueba y la argumentación - ha aducido algunas que permiten concluir que la cláusula se introdujo en el contrato de forma transparente, el Supremo deberá casar la sentencia de instancia y sustituirla por su propio análisis de tales circunstancias y su propia valoración acerca de la transparencia de la cláusula. Si el banco no ha aducido argumentos relacionados con la forma en que se introdujo la cláusula en el caso concreto, el juez tendrá que formarse su propio juicio, con el material probatorio disponible, para decidir sobre la transparencia de la cláusula y, en casación, el Supremo podrá revisar la sentencia y casarla si el juez hubiera errado en la valoración de la prueba, repetimos, respetando los límites generales de tal revisión.

De manera que el Supremo se equivocó al declarar, en el marco de una acción colectiva, que la cláusula-suelo era intransparente (nunca dijo que fuera abusiva, esto es, perjudicial para el consumidor con menoscabo de sus derechos) y se equivocó al declarar la nulidad de la cláusula en los contratos celebrados por los bancos demandados. Sencillamente porque el Supremo no tenía a la vista información sobre las circunstancias concretas que rodearon la celebración de los contratos concretos en los que se había incluido la cláusula-suelo. Y no la tenía porque, equivocadamente, los demandantes no habían pedido la declaración de intransparencia de la cláusula-suelo, sino la declaración de su carácter abusivo, sin darse cuenta de que la cláusula-suelo es una cláusula que regula los elementos esenciales del contrato y, por tanto, no está sometida a un control jurídico de validez. Ahora muchos se ponen medallas pero, la mayoría de ellos no las merecen.

El tercer error lo cometió la sentencia de 9 de mayo de 2013 al establecer unos criterios demasiado rígidos y desproporcionados para decidir sobre la transparencia o falta de transparencia de la cláusula-suelo. Aquello de las “simulaciones” estaba fuera de lugar. El Supremo debería revocar también la sentencia en este particular limitándose a indicar que lo decisivo es que el consumidor pudiera tomar conciencia, razonablemente, del significado y alcance de la cláusula-suelo, de forma que debe bastar con que esté claramente redactada y se incluya en el contrato junto con y con la misma relevancia que la cláusula que determina el tipo de interés.

Si la Sala 1ª revoca expresamente la doctrina sentada en la sentencia de 9 de mayo de 2013 en los dos aspectos expuestos, enviaría un mensaje claro y prudente a las Audiencias y a los Juzgados para que procedan a enjuiciar las cláusulas-suelo como **lo han venido haciendo muchos de ellos** hasta ahora: examinando las circunstancias que rodearon la celebración del contrato concreto para decidir si la cláusula se incorporó de forma transparente al contrato o, por el contrario, el banco se la coló “de rondón” al consumidor. Tengo decenas de conocidos que tienen cláusula-suelo en sus préstamos hipotecarios y que saben que la tienen y sabían que la tenían en el momento de celebrar el contrato y, no obstante, decidieron no dirigirse a otro banco que no incluyera suelo en sus préstamos. Y tengo conocidos a los que les colaron de rondón la cláusula, normalmente, porque se subrogaron en el préstamo hipotecario suscrito por el promotor de la vivienda que financiaron, de manera que no participaron en la negociación del contrato y no se molestaron en comprobar si existía la cláusula porque, lógicamente, no la “esperaban” ya que los bancos y cajas que la utilizaron se guardaron mucho de hacer publicidad de un término contractual que **hacía que su oferta fuera menos atractiva** que la de sus competidores.

Por esa razón, es necesario decidir caso por caso si procede o no declarar la nulidad de la cláusula-suelo por intransparente. Y, si se decide que en un caso concreto es intransparente, proceder a la restitución de las prestaciones correspondiente, esto es, a la devolución de los intereses pagados en su virtud desde el momento en que tales intereses se hayan devengado.

El Gobierno ha intervenido promulgando el RD Ley 1/2017 que fuerza a los bancos a examinar caso por caso y decidir si prefieren ir a pleito o devolver los intereses cobrados en exceso. La imposición de costas que se contiene en la norma debe ser suficiente para generar los incentivos adecuados en los bancos y evitarán el colapso de nuestros juzgados. Porque los consumidores deberán examinar, también, si “se la metieron doblada” o su pretensión de restitución de los intereses no es más que una conducta oportunista jaleada por los abogados que han resucitado al olor de la sardina.