

LA APARENTE CORRECCIÓN PARCIAL DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA A PROPÓSITO DE LA STJUE DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016

THE APPARENT PARTIAL CORRECTION OF THE TRANSPARENCY CONTROL REGARDING THE CJEU JUDGEMENT OF 21ST DECEMBER 2016

M^a ISABEL DOMÍNGUEZ YAMASAKI

Prof.^a Asociada de Derecho Civil

Universidad Pública de Navarra

Doctoranda en Derecho Privado

Universidad Pública de Navarra y Universidad de Salamanca

Recibido: 15.01.2017 / Aceptado: 23.01.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3630>

Resumen: Con la STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, se pone al descubierto la defectuosa interpretación llevada a cabo en la creación jurisprudencial del control de transparencia. A nuestro juicio, los errores manifiestos que afectan a este nuevo control tienen su origen en una interpretación de la norma motivada por la intención de favorecer al consumidor con la creación *ex professo* del referido control, a la vez que se intentan dulcificar las consecuencias derivadas de la sanción de nulidad que las entidades de crédito han de soportar. Producida la primera llamada de atención, sería una grave equivocación obviar la necesidad de revisar nuestra doctrina jurisprudencial, que se ha visto desbordada al procurar la complacencia de las partes implicadas.

Palabras clave: control de transparencia, protección de consumidores, inseguridad jurídica, nulidad, restitución, cuestión prejudicial.

Abstract: The faulty interpretation carried out in the recent case-law relative to control of transparency has been brought to light with the CJEU's ruling of 21st December 2016, *Gutiérrez Naranjo and others*, C-154/15, C-307/15 and C-308/15. It is our belief that the errors revealed that affect this new control have their origin in an interpretation of the regulation motivated by, on the one hand, the intention to benefit the consumer with the deliberate creation of said control and, on the other hand, the attempt to soften the consequences from the nullity sanction that lending entities must endure. After a first warning, it would be a grave mistake to ignore the need to review our case-law doctrine, which is overwhelmed by seeking to satisfy all parties involved.

Keywords: transparency control, consumer protection, legal uncertainty, nullity, restitution, preliminary ruling.

Sumario: I. A vueltas con el deber de transparencia. 1. Introducción: el concepto de «control de transparencia» 2. Principales problemas relativos a la configuración jurisprudencial del control de transparencia. A) Inseguridad jurídica. B) La forzada distinción teórica y práctica entre transparencia *formal y material*. II. Injustificada irretroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo. 1. Pretendida protección del orden público económico. 2. Normas jurídico positivas

alegadas para la limitación de los efectos retroactivos del art. 1303 CC. 3. La desafortunada ausencia de referencia directa a la equidad. 4. El efecto restitutorio en los contratos de larga duración. III. El control de transparencia a la luz de lo previsto por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 1. Aproximación a la STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15. 2. Relación entre falta de transparencia y la declaración de abusividad. 3. Noción de comprensibilidad real. 4. Carácter abierto del art. 6.1 de la Directiva 93/13 y la competencia del legislador nacional. IV. Conclusiones

I. A vueltas con el deber de transparencia

1. Introducción: el concepto de «control de transparencia»

1. Hasta la STS de 9 de mayo de 2013 (*RJ* 3088/2013) la protección sustantiva dispensada al adherente en el ámbito de la contratación por adhesión se proyectaba, por un lado, en el control de incorporación o inclusión –*ex* arts. 5 y 7 de la *Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación* («LCGC» en adelante), y el art. 80 del *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 Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (en lo sucesivo «TRLGDCU»)- y, por otro, en el control de contenido –conforme al art. 8 LCGC y los arts. 82 y ss. TRLGDCU-. Sin embargo, a partir de entonces se ha introducido en nuestro ordenamiento el denominado «control de transparencia», que se define en la mencionada sentencia como «*parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, (...), cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo*»¹.

2. La novedad introducida por la citada sentencia radica en la declaración de nulidad de las cláusulas controvertidas por un defecto de transparencia. Antes de la STS de 9 de mayo de 2013, el examen sobre la transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas se incardinaba en el control de incorporación. En el caso que nos ocupa, entiende el Tribunal Supremo que las entidades predisponentes cumplieron los requisitos necesarios para la incorporación de las cláusulas limitativas a la variación del tipo de interés, por lo que éstas se consideraron válidamente incorporadas a los contratos de préstamo hipotecario. Es en este punto en el que se introduce la relación entre control de incorporación y la noción de transparencia *formal* o *documental*. En lo que respecta al control de contenido, *ex* arts. 8 LCGC y 82 TRLGDCU, también se concluye que las cláusulas controvertidas son lícitas, sin que provoquen desequilibrio alguno de acuerdo con los parámetros establecidos para el examen de su contenido.

3. Así, aunque el deber de transparencia en la redacción del clausulado se había venido exigiendo en el ámbito del control de incorporación², la denominada transparencia *material* se traslada al ámbito de un nuevo control: el de transparencia, independiente del de incorporación³. El control de transpa-

¹ Definición del control de transparencia reiterado por la jurisprudencia en sus SSTS de 26 de mayo de 2014 (*RJ* 3880/2014), de 3 de noviembre de 2014 (*RJ* 2014/5274/2014), de 24 de marzo de 2015 (*RJ* 845/2015) y de 29 de abril de 2015 (*RJ* 2042/2015), entre otras.

² *Vid.* la STS de 18 de junio de 2012 (*RJ* 8857/2012).

³ Acerca del control de transparencia, como un control con entidad propia e independiente del resto de mecanismos de protección al adherente, Á. CARRASCO PERERA / E. CORDERO LOBATO, “El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7/2013, p. 173, señalan, además, su independencia del control de contenido y del error como vicio del consentimiento, recogido en el art. 1266 CC. Sobre el error vicio, E. CORDERO LOBATO, “Sentencia de 9 de octubre de 2013. El control de transparencia de las cláusulas suelo”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 94, 2014, p. 580, y E. RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, “Cláusulas suelo: ¿de la transparencia al error?”, *Revista*

rencia incide sobre la validez y eficacia de la cláusula predispuesta –que es lo que la jurisprudencia ha denominado *parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta*–, en aras de procurar el *justo equilibrio prestacional* y, a su vez, una *material comprensibilidad de las condiciones generales*⁴. En este sentido, conforme a las SSTs de 25 de marzo de 2015 (RJ 735/2015) y de 29 de abril del mismo año, una condición general o cláusula predispuesta podrá ser declarada abusiva «*si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación*»⁵. Postura que también se ha mantenido en sentencias más recientes como en la de 3 de junio de 2016 (RJ 2306/2016), en la que se relaciona la *falta de transparencia* con un *desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor*-. Nos hallamos ante un adherente desinformado que, debido a ello, no ha podido valorar adecuadamente los aspectos esenciales del contrato a celebrar⁶. No obstante, esta relación entre desequilibrio subjetivo y abusividad no ha sido aceptada por una parte de la doctrina⁷ que, siguiendo el texto de la norma, entiende que para considerar una cláusula como abusiva ésta tendría que provocar un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, que atente contra el principio de buena fe y lleve aparejado un perjuicio para el adherente –*ex art. 82 TRLGDCU*–.

4. Hay dos cuestiones en particular que plantean cierta confusión en relación al propio significado del control de transparencia. Por un lado, la relativa a si el control de transparencia se refiere a la «*plasmación del principio de transparencia real en el marco general del control de abusividad*» –según la STS de 8 de septiembre de 2014 (RJ 4660/2014) o en el Voto Particular emitido en la STS de 25 de marzo de 2015– o si bien sería reconducible al ámbito del control de incorporación. Por otro, no queda del todo claro cuál ha de ser su ámbito de actuación, dada su consideración como control de *legalidad* o de *idoneidad* respecto de las condiciones generales y cláusulas predispuestas, planteándose si se trata de un control que va más allá del examen de la cláusula controvertida. Siendo, entonces, necesario valorar cuestiones tales como la publicidad o el desarrollo de los tratos preliminares.

5. En cuanto a la identidad propia del control de transparencia, hemos hecho referencia a que éste es un control autónomo e independiente de los controles expresamente recogidos en nuestras normas. No obstante, de acuerdo con la evolución de los pronunciamientos jurisprudenciales, tal vez, cabría su recon-

Aranzadi Doctrinal, núm. 6/2015, p. 5, este último poniendo de manifiesto la posibilidad de salvar la limitación de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad recurriendo a la figura del error, dada la aplicación sin límite alguno del art. 1303 CC, conforme a la consolidada jurisprudencia relativa a contratos de permuta financiera y adquisición de participaciones preferentes.

⁴ F. J. ORDUÑA MORENO, *Control de transparencia y contratación bancaria. Régimen de aplicación y doctrina jurisprudencial aplicable*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 45y ss.

⁵ Valoración que acoge la tesis propuesta por F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 142, en cuanto a que el defecto de transparencia sobre las cláusulas definidoras del objeto principal del contrato puede conllevar el «desequilibrio de la paridad subjetiva de las prestaciones pactadas por las partes». Señalando el mismo autor en páginas anteriores que «lo que el intérprete debe evaluar no es si el precio es objetivamente justo o equilibrado en relación al objeto, sino si la falta de transparencia es instrumental a una alteración subrepticia de la posición de paridad de las prestaciones pactadas por las partes en ese contrato concreto», p. 136. El mismo autor y en los mismos términos, en “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, julio 2013, p. 5.

⁶ Dice, en concreto, la citada sentencia: «*la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una y otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados*».

⁷ Á. CARRASCO PERERA/ E. CORDERO LOBATO, “El espurio control...”, p. 180; L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, “La progresiva degradación de nuestro ordenamiento en materia de cláusulas contractuales abusivas”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2014, Cizur Menor, p. 7, señalando el peligro de «las interpretaciones *a sensu contrario*», dada la interpretación del art. 4.2 Directiva 93/13 realizada por el Tribunal Supremo en el sentido de que «una redacción clara impide juzgar el carácter abusivo de una cláusula relativa al objeto principal y una redacción oscura lo permite (el control de abusividad), como si la oscuridad y la lesividad fueran lo mismo»; I. BARRAL VIÑALS, “¿Abusivas por falta de transparencia (bancaria)?: El control de incorporación y las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios”, *Revista de Derecho Privado*, Reus, Marzo-Abril, 2015, pp. 38 y 39; C. C. CASTILLO MARTÍNEZ, *Negociación contractual, desequilibrio importante y protección del consumidor en la contratación bancaria. Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 212 y 213.

ducción al control de incorporación. En el Voto Particular formulado en la STS de 3 de junio de 2016, se afirma que el control de transparencia «*representa una vertiente diferenciada en el control de abusividad y, por tanto, distinta del juicio de abusividad por falta de contenido o desequilibrio patrimonial, ...*», en consecuencia, y en base a sentencias anteriores –en concreto, las SSTS de 18 de junio de 2012 y de 8 de septiembre de 2014⁸–, «*se observa que doctrinalmente no se descarta que el control de transparencia así entendido, es decir, como una vertiente del juicio general de abusividad, pueda configurarse también como un control de incorporación que en última instancia interese la declaración de abusividad de la cláusula como un efecto necesario para su expulsión del tráfico patrimonial*». Sin embargo, no queda claro que se refiera a la reconducción del control de transparencia hacia el control de incorporación o si, por el contrario, lo que hace es mantener la autonomía de este control, admitiendo únicamente su relación con el de incorporación. Desde luego, se entiende esta postura con respecto a esta cuestión si partimos de que en la STS de 18 de junio de 2012 se sostiene que «*el control de inclusión, particularmente referido al criterio de transparencia respecto de los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para él y, a su vez, la prestación económica que va a obtener de la otra parte*». Esta es la definición jurisprudencial del control de incorporación o de inclusión antes de la STS de 9 de mayo de 2013⁹.

6. Sea como fuere, el hecho de admitir la posibilidad de volver a encauzar el control de transparencia hacia el de incorporación evidencia la confusión generada al interpretar los arts. 5.5 y 7.b) LCGC y el art. 80.1.a) TRLGDCU, en el sentido de que únicamente vienen a procurar la transparencia documental de las cláusulas contenidas en un contrato por adhesión. En el Voto Particular emitido en la STS de 3 de junio de 2016, se afirma que «*los criterios establecidos en la normativa aplicable acerca de la «claridad, sencillez y concreción» de las cláusulas predisuestas (art. 4.2 de la Directiva, art. 5.4 LCGC y art. 80.1^a. TRLGDCU), no pueden quedar reconducidos al marco de un mero control formal referenciado en el ámbito de la interpretación del contrato bajo la preferencia de la interpretación literal e inteligibilidad del clausulado*». Pues bien, en este sentido, nos preguntamos a partir de qué momento los requisitos a los que venimos haciendo alusión fueron reconducidos al *mero control formal* y quién realizó dicha reconducción¹⁰, sobre todo, en consonancia con lo establecido por la STS de 18 de junio de 2012 acerca de la definición del control de incorporación antes transcrita.

7. Lo que sí es cierto es que, en lo concerniente a la comprensibilidad de las cláusulas, el art. 7.b) LCGC prevé, en el hipotético caso de que nos hallásemos ante condiciones generales incomprensibles, que estas quedarán incorporadas al contrato siempre que hubiesen sido expresamente aceptadas por el adherente y que, a su vez, cumplan con los niveles de transparencia exigidos por la normativa sectorial que regule el contrato en cuestión.

8. Efectivamente, en determinadas parcelas de la contratación nos encontramos ante situaciones en las que no es posible omitir un lenguaje «técnico o matemático» -al igual que sucede con respecto de los tecnicismos jurídicos-, de tal manera que no siempre será posible evitar cierto grado de *incomprensibilidad* para el adherente medio, sobre todo habida cuenta del objeto del contrato. Cuestión distinta es el modo en que las predisponentes hayan aprovechado dicha excepción al deber de comprensibilidad

⁸ En la STS de 8 de septiembre de 2014 se sostiene que «*el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13, artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TR-LGDCU) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, ...*».

⁹ Por tanto, la primera definición del control de transparencia, como tal, se halla en la STS de 9 de mayo de 2013 y no en la de 18 de junio de 2012.

¹⁰ De manera esclarecedora se expresa la STS de 13 de marzo de 1999 (RJ 1999/1999), en cuanto a que los requisitos de «transparencia, claridad concreción y sencillez» -ex art. 5.5 LCGC-, implican que las condiciones generales han de ser legibles, *físicamente*, lo cual entraría en el terreno de lo que el Tribunal Supremo ha denominado *comprensibilidad formal*, y comprensibles, *intelectualmente*, que se referiría esa *comprensibilidad real* propia del control de transparencia.

del art. 7.b) LCGC¹¹. Puesto que éste podría ser uno de los resquicios por el cual se podrían haber introducido cláusulas que, a todas luces, habrían de ser calificadas como no transparentes y, por tanto, no incorporadas al contrato. En este sentido, conviene recordar que la referida excepción se halla contenida en el art. 7.b) LCGC, que es aplicable también cuando el adherente ostente la condición de empresario¹². En cambio, conforme a lo establecido por el art. 80.1.a) TRLGDCU, los requisitos de «concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa», no se encuentran limitados por excepción alguna. Así, cuando el adherente fuere un consumidor, y en base al principio de especialidad, prevalecerá lo dispuesto por el TRLGDCU si nos acogemos al elemento subjetivo, sin que opere la excepción del art. 7.b) LCGC, y requiriendo que, en todo caso, el contenido contractual predispuerto sea comprensible para el consumidor.

9. La otra cuestión a la que nos referimos, y que se constata como una manifiesta fuente de incertidumbre, es aquella acerca del propio ámbito de actuación del control de transparencia. Como es sabido, en las controversias surgidas en torno a las cláusulas de limitación a la variación del tipo de interés, una de las normas aplicables es la *Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios*. Pues bien, de acuerdo con su art. 7.3.2º.c), el Notario deberá advertir de manera expresa el establecimiento de los referidos límites y, particularmente, «cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes». En la STS de 9 de mayo de 2013, acerca de este deber, así como del resto de exigencias contenidos en la Orden citada, se considera que su cumplimiento lo que viene a suponer es la superación del control de incorporación –limitado a la *mera transparencia formal o documental*–.

10. De acuerdo con el texto de la norma, es difícil entender cómo es posible considerar que los deberes a cargo del Notario se refieren en exclusiva a la transparencia documental. En este sentido, de acuerdo con la Resolución DGRN de 27 de octubre de 1994 (RJ 10729/1994), y en relación a la Orden de 1994, «no puede olvidarse que conforme al artículo 147 del Reglamento Notarial, el Notario es el autor del documento; por ello, en aras del deber de información y de asistencia al otorgante necesitado de ella y para facilitar a éste la adecuada comprensión del contrato, en la redacción de la escritura pública deberá incluir (o hacer la oportuna advertencia sobre ello cuando se redacte conforme a minuta) las cláusulas financieras a las que se refiere el artículo 6 de la Orden, con las adaptaciones que, en su caso, vengan impuestas por la especialidad del contrato de crédito». Por tanto, la actividad del Notario se dirige a la comprensibilidad del contenido contractual. Es más, en atención a la Resolución DGRN de 12 de marzo de 2015 (RJ 1586/2015), el Notario, aparte de efectuar un control de carácter precontractual sobre la incorporación y la transparencia de las condiciones generales en la autorización de las escrituras, habrá de realizar «un control en el mismo acto de otorgamiento de la comprensión y voluntad libremente informadas del prestatario sobre todo el contenido documental»¹³.

¹¹ F. PERTIÑEZ VÍLCHEZ, *Tratado de Derecho de Contratos*, Tomo II, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), N. MORALEJO IMBERNÓN / S. QUICIOS MOLINA (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1613.

¹² De acuerdo con un sector doctrinal, el legislador fue demasiado lejos al dispensar al empresario, cuando tuviere la condición de adherente, la misma protección que al consumidor, proporcionándole una excesiva protección en el ámbito del control de incorporación e ignorando, por lo menos en apariencia, la necesidad de fluidez del tráfico. Así, J. K. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica del empresario en la contratación con condiciones generales. Una perspectiva española y europea*, Civitas, Cizur Menor, 2009, pp. 117 y ss., duda de que «el legislador haya pensado que un control de incorporación reduzca el control de contenido. Me parece un sofisma pensar que a mayor control de incorporación menor control de contenido». En esta misma línea, S. DURANY PICH, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ / L. DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (Dir.), J. ALFARO ÁGUILA-REAL (Coord.), Civitas, Madrid, 2002, pp. 263 y ss.; F. J. PASTOR VITA, «Las condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos celebrados con empresarios», *Diario La Ley*, núm. 6367, Sección Doctrina, 2005, p. 8.

¹³ Al respecto, en cuanto al control de legalidad llevado a cabo por el Notario, A. CAVALLÉ CRUZ, *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo III, Vol. II, J. F. DELGADO DE MIGUEL (Coord. General), V. L. SIMÓ SANTOJA (Coord.), Civitas, Madrid, 2005, p. 138, sostiene que «el Notario, como funcionario y autoridad, tiene la obligación de exigir el cumplimiento de ciertos requisitos necesarios para autorizar el instrumento, pero, al tiempo, como profesional del derecho asesora a las partes del contrato sobre el modo o forma de cumplirlos».

11. Así, lo anterior ha de enlazarse con la valoración de la actuación notarial por parte de la jurisprudencia, en el sentido de que *«sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, 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»* (STS de 8 de septiembre de 2014). En consecuencia, nuestra jurisprudencia parece considerar que el control de transparencia debe referirse, en exclusiva, al examen de la *comprensibilidad real* del clausulado previamente predispuesto y no a otras posibles actuaciones que se hubieren podido llevar a cabo con el mismo fin.

12. El control de transparencia ha sido entendido, a su vez, como un control en el que ha de tomarse en consideración *«todo el curso negocial de la contratación seriada, es decir, desde la publicidad de la oferta del producto o servicio hasta la reglamentación predispuesta, propiamente dicha; todo ello como un fenómeno unitario sujeto a valoración de este control»*¹⁴. Por tanto, cuesta entender cómo es posible que la actuación notarial no influya en la valoración de la comprensibilidad de la cláusula controvertida, pero, en cambio, sí que pueda influir en dicha valoración aspectos que, en sentido estricto, son ajenos al clausulado en sí mismo considerado.

2. Principales problemas relativos a la configuración jurisprudencial del control de transparencia

A) Inseguridad jurídica

13. Como bien es sabido, según se explica en el Fundamento de Derecho Decimotercero de la STS de 9 de mayo de 2013, las cláusulas controvertidas no superan el control de transparencia por los siguientes motivos: *«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 escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar. d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad –caso de existir– o advertencia de que al concreto perfil de cliente no le ofertan las mismas. e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor»*. Ha de añadirse que, en el fallo de la sentencia, la declaración de nulidad de las cláusulas suelo se fundamenta en una circunstancia más, aparte de las enumeradas en relación a la ausencia de transparencia: *«la creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero»*.

14. Así, debido a que de la sentencia citada se derivan distintas interrogantes acerca de la configuración del control de transparencia, las entidades condenadas solicitaron la aclaración de una serie de cuestiones que son contestadas por el Pleno de la Sala de lo Civil en su Auto aclaratorio de 3 de junio de 2013 (RJ 3617/2013). Solicitan, entre otras cosas, la aclaración acerca de si el examen de transparencia ha de realizarse *«caso por caso»*, lo que suponemos que se planteó ya que en el supuesto de la STS de 9 de mayo de 2013 nos hallábamos ante una acción colectiva de cesación de condiciones generales de

¹⁴ F. J. ORDUÑA MORENO, *El control de...*, pp. 62 y 63. De este modo, según el autor citado, que a su vez es el Magistrado Ponente de la STS de 8 de septiembre de 2014, habremos de estar, no solo a lo dispuesto en el documento contractual, sino que también habrá de valorarse la oferta contractual, los tratos preliminares y el propio contexto de la reglamentación predispuesta. Esta apreciación coincide con la sostenida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 30 de abril de 2014, C-26/13, en cuanto a que los tribunales nacionales deberán *«determinar si, a la vista de todos los aspectos de hecho pertinentes, entre ellos la publicidad y la información ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo»*, el consumidor medio pudo comprender las cargas económicas que asumía al celebrar dicho contrato.

la contratación en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios. A esta cuestión, en concreto, no se hace referencia expresa, aunque entendemos que el ejercicio de una acción colectiva parece ser perfectamente válido, incluso para la pretensión de un juicio de transparencia, en atención a los criterios seguidos por el Tribunal Supremo. Sin embargo, este criterio puede ser discutible dado el elemento subjetivo inherente al juicio de transparencia¹⁵.

15. Se plantea, también, si para determinar la falta de transparencia es necesario que se cumplan todos los motivos enumerados en la sentencia o, si bien, sería posible que una cláusula adoleciese de un defecto de transparencia si solo se diesen uno o varios de los referidos motivos. Al respecto, del Auto de aclaración se desprende que la falta de transparencia podrá determinarse si se da por completo la relación de motivos contenidos en la STS de 9 de mayo de 2013, si tan solo se dan uno o varios de ellos e, incluso, la falta de transparencia podría motivarse por causas ajenas a las expuestas¹⁶. Esto se deduce del siguiente párrafo, en el que el Tribunal sostiene que, *«a la vista de lo razonado en la sentencia y de los términos del fallo queda claro que las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo»*.

16. El párrafo antes transcrito da respuesta a otra de las cuestiones que se formulan, que es la concerniente a la concreción de *«los mecanismos por medio de los cuales puede considerarse suficientemente informado»*. La respuesta de la Sala de lo Civil no viene a concretar nada ya que si, por un lado, los motivos por los cuales se declararon abusivas las cláusulas suelo por un defecto de transparencia no son una relación exhaustiva, se añade que *«no existen medios tasados para obtener el resultado: un consumidor perfectamente informado»* y que, a fin de que el consumidor pueda decidir debidamente acerca de la idoneidad de la celebración de un determinado contrato, dicha finalidad podrá alcanzarse por medio de multitud de medidas. De tal manera que, en lo que respecta a la superación del control de transparencia, asegura el Tribunal Supremo que, *«para el futuro, no puede anudarse de forma automática al cumplimiento de determinadas fórmulas, tantas veces convertidas en formalismos carentes de eficacia real»*.

17. Los *formalismos* a los que alude el tribunal son, precisamente, los recogidos en las distintas normas sectoriales aplicables –como las relativas a los contratos de crédito hipotecario–¹⁷. Es realmente

¹⁵ Al respecto, como bien ponen de manifiesto, Á. CARRASCO PERERA / E. CORDERO LOBATO, “El espurio control...”, pp. 182 y 183, aparte de la cuestión relativa del principio de congruencia, se plantea la legitimidad de la asociación demandante –«AUS-BANC»– si hubiese optado por solicitar la revisión de la transparencia material de tales cláusulas cuando, por medio de la acción de cesación, no es posible realizar el control de incorporación, pues se deben tener en cuenta todas aquellas circunstancias que hubieren podido afectar a la «comprensibilidad real» del consumidor. Si bien, en sentido contrario, J. PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, p. 580, distinguiendo entre el requisito de entrega o facilitación de las condiciones generales y el requisito de comprensibilidad, y P. PORTELLANO DÍEZ, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ / L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (Dir.), J. ALFARO ÁGUILA-REAL (Coord.), Civitas, Madrid, 2002, pp. 587 y 588, en relación a la labor del juzgador ante el ejercicio de una acción de cesación, el cual, después de cerciorarse de que la cláusula controvertida se trata de una condición general, «habrá de comprobar que las condiciones generales impugnadas o no han satisfecho los requisitos de incorporación (arts. 5 y 7 LCGC) o bien son nulas (art. 8 LCGC)». Recoge este mismo planteamiento F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Tratado de Derecho...*, p. 1672, distinguiendo entre los requisitos de entrega y firma, en los que no cabría el control abstracto, y los deberes de redacción recogidos en el art. 5.5 LCGC, en los que sí sería posible el referido control, del mismo modo en que así consideró J. PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y...*, p. 580.

¹⁶ Contribuye a la indeterminación a la que se viene haciendo referencia que, de acuerdo con el Pleno, *«tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo»*.

¹⁷ Cabe plantearse, entonces, la necesidad de trasladar la doctrina jurisprudencial al ámbito normativo. De acuerdo con la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, en su Norma Tercera, se prevé la obligación de las entidades de publicar «los tipos de interés y las comisiones habitualmente aplicadas a los servicios bancarios prestados con mayor frecuencia a su clientela», si bien se trata de una obligación de información general al público, por lo que no entraría

grave que en la STS de 9 de mayo de 2013 se considerase que las entidades predisponentes cumplieron lo dispuesto por la *Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios*, y, no obstante, las cláusulas suelo se declarasen abusivas por falta de transparencia. De tal modo que la falta de transparencia, en parte, se sustenta en el incumplimiento de unos requisitos que se encuentran recogidos en una norma que no podía ser de aplicación al supuesto enjuiciado: la *Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*, que vino a derogar la Orden de 5 de mayo de 1994 –siendo esta última la norma aplicable al caso-. Produciéndose, de este modo, un claro incumplimiento de lo dispuesto en el art. 2.3 CC, según el cual «las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario», cuando este principio, el de la irretroactividad de las normas deriva del principio de seguridad jurídica –art- 9.3 CE-¹⁸. No en vano, tampoco el cumplimiento de estos deberes –los de la Orden EHA/2899/2011- garantizaría la superación del control de transparencia, según hemos señalado, conforme a lo que el Tribunal Supremo sostuvo en su Auto de aclaración.

18. En conclusión, tal y como han puesto de manifiesto acertadamente CARRASCO y GONZÁLEZ CARRASCO, «se impone a los recurridos (y al conjunto de entidades financieras) un horizonte perverso de irracionalidad: el cumplimiento escrupuloso de los estándares de información transparente exigidos por la norma sectorial no garantiza que la cláusula suelo en cuestión no sea de nuevo anulada como no transparente», lo que puede ponerse en relación con una posible vulneración del derecho de tutela judicial efectiva –art. 24 de la *Constitución Española*-¹⁹. Pero, sin entrar en la hipotética inconstitucionalidad de la aplicación de este control de transparencia, de lo que no cabe duda es de la falta de concreción del mismo por los motivos señalados²⁰. Cuestión que se agrava al entender que el control de transparencia lo que pretende es que el predisponente se asegure de que el adherente haya comprendido las consecuencias jurídicas y económicas que se derivarían de la celebración del contrato con condiciones generales o cláusulas predisuestas²¹. Una cosa es asegurarse de la comprensibilidad de las cláusulas y otra es asegurarse de que el adherente las ha comprendido efectivamente –que plantea, además, una gran dificultad a efectos probatorios–.

dentro de la valoración de abusividad de las cláusulas suelo. De otra parte, en su Norma Octava, se establece que «la entrega y contenido de los contratos relativos a la prestación de servicios bancarios de crédito y préstamo hipotecario» habrán de ajustarse a lo dispuesto por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en cuyo art. 26, acerca de los tipos de interés variable, se exige que habrá de realizarse «una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el cliente en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés». Sin embargo, sucede que en el supuesto enjuiciado la norma aplicable era la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, en la que no se había previsto requisito semejante al de la simulación de distintos escenarios.

¹⁸ Según M. COCA PAYERAS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, M. ALBALADEJO / S. DÍAZ ALABART, Tomo I, Vol. I, Edersa, Madrid, 1992, p. 498, este principio «se ha entendido que es una consecuencia de la necesidad de conocer las leyes para poderlas cumplir y de esta forma evitar la arbitrariedad del legislador y o de la inexigibilidad a los sujetos de que acomoden su actuación a unas pautas legales inexistentes en el momento en que se producen».

¹⁹ Á. CARRASCO PERERA / M. C., GONZÁLEZ CARRASCO, «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*, núm. 7/2013, p. 134. En cuanto a la inconstitucionalidad de la STS de 9 de mayo de 2013, «porque “con total evidencia se omite la consideración de la ley aplicable” (STC 132/2007) y “se pretieren las fuentes del derecho” (SSTC 17/1981, 23/1988, 194/2006)» p. 132. Si bien coincidimos con los autores en lo que respecta a esta cuestión que es, a su vez, la de mayor importancia en relación a esta sentencia de 2013, considerando el objeto del presente trabajo, profundizar en la misma implicaría una desviación del intento de corrección llevada a cabo por el TJUE, acerca de la aplicación del art. 1303 CC.

²⁰ En este sentido, entre otros, Á. CARRASCO PERERA / M. C., GONZÁLEZ CARRASCO, «La doctrina casacional...», pp. 131 y ss.; Á. CARRASCO PERERA / E. CORDERO LOBATO, «El espurio control...», pp. 177 y ss.; I. BARRAL VIÑALS, «¿Abusivas por falta...», pp. 56 y ss.; A. CAÑIZARES LASO, «Control de incorporación...», pp. 91 y ss. Destaca, asimismo, F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «Falta de transparencia...», pp. 23 y 24, acerca de la STS de 9 de mayo de 2013, echando en falta «una correcta argumentación que conecte la falta de transparencia de la cláusula suelo con el reproche de abusividad». De este modo, el citado autor considera que el Tribunal Supremo desaprovechó, con esta sentencia, la oportunidad para establecer tal relación, habida cuenta de que estima que «el art. 82 TR-LGGDCU es una cláusula general» en la que «pueden tener cabida una múltiple fenomenología de hipótesis o de enunciados normativos que se deben ir decantando con la jurisprudencia». Una observación que, decimos que destaca, debido a que precisamente parece ser que el Tribunal Supremo se inspiró en la tesis defendida en su obra ya citada: *Las cláusulas abusivas...*

²¹ F. J. ORDUÑA MORENO, *Control de transparencia...*, p. 24.

B) La forzada distinción teórica y práctica entre transparencia *formal* y *material*

19. En principio, la delimitación entre el control de incorporación y el de transparencia parece más o menos sencilla desde una perspectiva teórica, basándose en la reiterada dicotomía entre transparencia *formal* y transparencia *material* –es decir, entre la transparencia documental y el examen de comprensibilidad *real*-. Pero, en realidad, ni tan siquiera desde el plano teórico es posible trazar una frontera clara entre ambas clases de transparencia.

20. Del texto de la norma, es decir, de los arts. 5.5 y 7.b) LCGC y el art. 80.1.a) TRLGDCU, se ha venido distinguiendo entre dos modalidades de transparencia que, ya de origen, implica la propia confusión del sentido de la misma. A raíz de la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, con fecha de 9 de mayo de 2013, en nuestra jurisprudencia, y también en nuestra doctrina, se ha generalizado el empleo de expresiones tales como «comprensibilidad real» o «transparencia material» como señal de ruptura de los cánones anteriores que, parece ser, se caracterizaban por su permisividad respecto de las prácticas abusivas llevadas a cabo por las empresas, en detrimento de los intereses de los consumidores. De esta forma, cuando se crea el control de transparencia, se insiste en que el control de incorporación recogido en tales artículos lo que viene a asegurar es una *mera* transparencia *formal* o *documental* que no garantizaría la *comprensibilidad real* de una cláusula determinada –como si existiese una *comprensibilidad menos real*, una cláusula se comprende o no se comprende-. Sin embargo, esa evidencia o falta de ambigüedad propia de lo que se considera transparente, solo es posible entenderla en el sentido de la transparencia *material*, puesto que los requisitos formales de redacción se dirigen a la legibilidad de la condición general o cláusula predispuesta. Por tanto, tales exigencias no merecen la calificación de transparencia *formal*, ya que se trata de una cuestión de carácter físico –lo que es perceptible por el sentido de la vista, como sentido corporal que nos capacita para percibir, en este caso, el clausulado de un contrato- y que contribuye a que el clausulado pueda ser conocido, lo cognoscible. En cambio, los requisitos establecidos por los arts. 5.5 y 7.b) LCGC y el art. 80.1.a) TRLGDCU se dirigen, además, al ejercicio de las facultades intelectuales del adherente, es decir, procuran su comprensibilidad –lo que puede ser comprendido-.

21. Al respecto, de acuerdo con PERTIÑEZ, la observancia de los requisitos de claridad y comprensibilidad no eximen de que una cláusula pueda resultar sorpresiva para el consumidor, ya que la no superación del control de transparencia se deriva «de la defraudación de la expectativa legítima que el mismo se había representado sobre el precio, a partir de la información proporcionada por el empresario»²². Nos encontramos, por tanto, ante una clara relación entre el control de transparencia y la doctrina alemana sobre las cláusulas sorprendentes²³, la cual no fue recogida de manera expresa por nuestro legislador en las normas relativas a la contratación por adhesión –cosa que tampoco se hizo en la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*²⁴ (en lo sucesivo, «Directiva 93/13»)-. Sin embargo, se puede interpretar que de forma indirecta sí se encuentran reguladas en nuestro ordenamiento, de acuerdo con aquella postura que considera que las cláusulas sorprendentes son un tipo de cláusulas abusivas por no haber superado el control de contenido²⁵. La regla relativa a las cláusulas sorprendentes no está exenta de cierta imprecisión, en el sentido

²² F. PERTIÑEZ VÍLCHEZ, por ejemplo, en “Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecarios, *El Contrato Bancario. Tiempos revueltos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 242, y en “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, julio 2013, pp. 10, 13 y 17. En este mismo sentido, A. CAÑIZARES LASO, “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. II, núm. 3, julio-septiembre 2015, p. 76.

²³ F. PERTIÑEZ VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas...*, pp. 193 y ss.; y, de acuerdo con M. CLEMENTE MEORO, *Contratación y consumo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 305 y 306, cuando una cláusula suponga una grave discrepancia entre su contenido y las legítimas expectativas del adherente, se tratará de una cláusula sorprendente.

²⁴ Conforme a J. PAGADOR LÓPEZ, *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, p. 56, la regla sobre las cláusulas sorprendentes fue, en un principio, asimilada en la *Propuesta* de la Directiva 93/13, aunque finalmente no se incluyó en el texto definitivo.

²⁵ J. PAGADOR LÓPEZ, *La Directiva comunitaria...*, pp. 57 y 58, exponiendo la postura defendida por SCHMIDT-SALZER.

de que «plantea problemas de delimitación» con respecto a las normas relativas a la incorporación de las condiciones generales o cláusulas predispuestas, las concernientes a la interpretación de las mismas y las normas sobre el control de contenido²⁶. A nuestro juicio, partiendo de que la transparencia exigida en el control de incorporación abarca –o debe abarcar– su perspectiva material –*comprensibilidad*–, una cláusula que hubiese superado el control de incorporación difícilmente podría sorprender al adherente. Pero es que, además, si la cláusula válidamente incorporada provocare un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, según los términos descritos por el art. 82 TRLGDC, dicha cláusula no superaría el control de contenido y sería declarada abusiva. En este sentido, no debe olvidarse que en nuestro ordenamiento contamos con normas como la Orden de 5 de mayo de 1994 en la que se exige la intervención notarial para evitar, precisamente, que el adherente preste su consentimiento a un contrato en el que se contiene una cláusula sorpresiva, lo cual, en nuestra opinión, es un medio realmente apropiado para evitar este tipo de situaciones, esto es, la defraudación de la expectativa legítima del adherente²⁷.

22. La transparencia en la redacción de las cláusulas únicamente puede entenderse en cuanto a la posibilidad de ser debidamente comprendidas por el adherente, lo cual se exige en los artículos a los que venimos haciendo referencia, dentro del control de incorporación²⁸. Parece, a la vista de las sucesivas sentencias en las que se repite una apreciación errónea del control de incorporación, que nuestro juzgador hubiese estado interpretando las normas relativas al control de incorporación contenidas en el *Bürgerliches Gesetzbuch* –«BGB» en lo sucesivo–²⁹, en el que la incorporación de las condiciones generales se hace depender únicamente de la accesibilidad y «la posibilidad razonable de tener conocimiento de su contenido» –*ex* § 305.2–, a diferencia de lo que ocurre en nuestra legislación³⁰. En la normativa alemana se ha previsto la ubicación del examen de transparencia material dentro del ámbito del control de abusividad–§ 307.1 BGB– y, por tanto, fuera del control de incorporación. Así, en el citado precepto, sobre el control de contenido, se prevé la ineficacia de aquellas condiciones generales que, contrarias a la buena fe, perjudiquen de forma indebida al adherente. A lo cual se añade que «un perjuicio indebido puede resultar también cuando la cláusula esté redactada de forma no clara e incomprensible»³¹.

23. Esa falta de coherencia en la labor interpretativa de la norma aplicable se proyecta también sobre la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia bancaria. En la STS de 9 de mayo de 2013 se entiende que la citada Orden «*garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor*». Ahora bien, si conforme a su Preámbulo lo que tales exigencias procuran es «*garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipo-*

²⁶ S. DURANY PICH, *Comentarios a la...*, p. 322.

²⁷ V. MÚRTULA LAFUENTE, *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Reus, Madrid, 2012, pp. 221 y 222, en relación a las cláusulas suelo, considera que «no estamos estrictamente ante un problema de transparencia (como ocurría con las cláusulas de redondeo al alza de los préstamos hipotecarios) ni ante una cláusula sorpresiva para el prestatario –en la mayoría de los casos–, porque éste ha tenido la oportunidad de conocer su existencia antes y durante la celebración del contrato de préstamo». Así, de acuerdo con la citada autora, lo ideal sería examinar este tipo de cláusulas caso por caso y, a su vez, tener presente la posibilidad de la aplicación de la cláusula «*rebus sic stantibus*».

²⁸ Á. CARRASCO PERERA / E. CORDERO LOBATO, “El espurio control...”, p. 180; L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, “La progresiva degradación...”, p. 7; I. BARRAL VIÑALS, “¿Abusivas por falta...”, pp. 38 y 39.

²⁹ Sobre la relación entre la doctrina alemana sobre *Transparenzgebot* y la tendencia actual relativa al deber de transparencia, S. CÁMARA LAFUENTE, “Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo LV, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, pp. 562 y ss.

³⁰ Como bien señala M. Á. EGUSQUIZA BALMASEDA, “Unificación contractual y convergencia normativa en las operaciones de activo y pasivo”, *Operaciones bancarias de activo y pasivo en el contexto de crisis económica: hacia la unificación de la contratación privada*, M. Á. EGUSQUIZA BALMASEDA / R. LARA GONZÁLEZ (Coords.), Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 33, «el deber de transparencia se ha conceptualizado tradicionalmente como un elemento definidor del control de inclusión que permitía la integración de las cláusulas contractuales dentro del contrato, sin ulterior efecto en el control de contenido. Su entidad propia, como factor que faculta la valoración del control de “abusividad de las cláusulas”, se planteó doctrinalmente postulándose como un control separado al estilo de lo previsto en Alemania. El Tribunal Supremo le ha otorgado, significativamente, carta de naturaleza, no sin discusión y crítica, al resolver sobre la abusividad de algunas cláusulas insertas en contratos bancarios de préstamo».

³¹ Traducción de los preceptos del BGB consultados en M. L. VIVES MONTERO, “Traducción de la Reforma 2002 del BGB”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 55, núm. 3, 2002, pp. 1243 y ss.

tecarios» y que el cliente alcance «la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar», lo razonable es aducir que los requisitos recogidos en ella se dirigen a procurar la transparencia *material* del clausulado. De hecho, en el Anexo II de la OM de 5 de mayo de 1994, en su apartado 3^o *bis*, se establece que las cláusulas suelo y techo se deberán expresar «en términos absolutos, expresándose en forma de tipo de interés porcentual los citados límites máximo y mínimo», o bien «de cualquier modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a Derecho». Cuestión distinta sería considerar que en la Orden no se establecen los parámetros necesarios para entender cumplido dicho apartado 3^o *bis*, pero de lo que no cabe duda es que estas exigencias tienen por finalidad la comprensibilidad de las cláusulas suelo.

24. Abandonando la perspectiva teórica de la distinción entre transparencia material y formal, merece mención especial la STS de 8 de septiembre de 2014. Esta se revela, claramente, como prueba irrefutable de la dificultad que supone la creación de un control de transparencia autónomo de los mecanismos previstos legalmente en el marco de la contratación por adhesión, dado que nuestro legislador previó un riguroso control de incorporación, más allá de las exigencias previstas al efecto en la legislación alemana.

25. En relación al caso enjuiciado, en el momento en que se procede a la valoración acerca de si se cumplen los deberes de transparencia material, se concluye que las cláusulas suelo controvertidas no superan el control de transparencia, debido a que «*el alcance de las cláusulas suelo no formó parte de las negociaciones y tratos preliminares que se llevaron a cabo, ni tampoco resultó destacado y diferenciado, específicamente ni en el marco de la oferta comercial realizada, ni en el contexto de las escrituras públicas de los préstamos hipotecarios, objeto de estudio, en donde su referencia se realiza sin resalte o especificidad alguna, dentro de una cláusula más amplia y extensa rubricada, significativamente, en atención a la regulación del “interés variable” del préstamo*». En cambio, en lo que concierne al control de incorporación, esto es, al examen de la «*transparencia formal o documental*», después de haber realizado el juicio de transparencia material, se considera que la predisposición de estas cláusulas se ha realizado sin que se hayan observado las exigencias propias del control de incorporación, asegurando que «*el citado documento sigue el mismo esquema formal de las escrituras públicas analizadas en donde la cláusula suelo, referida a un “tipo mínimo anual”, queda encuadrada en el apartado correspondiente rubricado con referencia excluida al “tipo de interés variable” (condición 3 bis de la oferta), sin mayor precisión y comprensibilidad de su alcance o relevancia y en un contexto caracterizado por la abundancia de datos y formulaciones bancarias, ausente, por otra parte, de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonable previsible del tipo de interés mínimo en el momento de la contratación; criterios, todos ellos, tenidos en cuenta por esta Sala en el caso similar que dio lugar a la Sentencia de 9 de mayo de 2013*».

26. Es posible apreciar, en primer lugar, que uno de los criterios seguidos tanto en uno y otro control son semejantes: la ausencia de realce objetivo y diferenciable. En este sentido, la referencia al realce de las cláusulas se deduce, en el momento en que se procede al control de la transparencia formal, de la alusión relativa al «*contexto caracterizado por la abundancia de datos y formulaciones bancarias*», puesto que se da a entender que la cláusula suelo pasa desapercibida, circunstancia que se habría podido evitar realizando el citado realce. Pero es que, además, en el ámbito del control de incorporación se incluye el requisito de la necesidad de introducción de simulaciones en diversos escenarios que en la STS de 9 de mayo 2013 se encuadraba dentro del control de transparencia³².

27. En lo que respecta a la ausencia de realce, de acuerdo con el Voto Particular emitido en la STS de 8 de septiembre de 2014, en la oferta vinculante «*se resaltaba de forma muy clara y sencilla, junto al tipo de interés aplicable (Euribor más un margen diferencial), la existencia de un tipo mínimo (en un caso 3,45% y en otro 2,85%), las cláusulas que incorporaban este tipo mínimo en los contratos*

³² *Vid. Supra.*

de préstamo hipotecario pasaban el control de transparencia, en la medida en que no resultaba algo extraño o sorpresivo y su simple lectura permitía comprender al consumidor “las consecuencias económicas derivadas de su cargo”». En definitiva, en consonancia con las sentencias examinadas, y prestando especial atención a este Voto Particular emitido en la STS de 8 de septiembre de 2014, nos parece que lo que es realmente incomprensible es la interpretación que se hace del texto de la ley.

II. Injustificada irretroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo

1. Introducción: la pretendida protección del orden público económico

28. Tal y como se refleja en el Fundamento de Derecho Decimoséptimo de la STS de 9 de mayo de 2013, la limitación de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad tuvo por origen la petición expresa del Ministerio Fiscal. Según se transcribe en la citada sentencia, en caso de aplicar el art. 1303 CC sin ninguna restricción, «habría que reintegrar ingentes cantidades ya cobradas», lo que, según su criterio, iría contra «la voluntad de la LCGC por drástica en exceso». Ante este razonamiento, y acudiendo a lo dispuesto por la LCGC, en su art. 8.2 se dice que «serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor», una nulidad que, de acuerdo con el art. 8.1, es de pleno derecho. Si el legislador español hubiere considerado que los efectos de la nulidad son excesivamente drásticos o gravosos, no habría sancionado la abusividad de las cláusulas con la nulidad –un tipo de ineficacia perfectamente conocido por todos³³–.

29. Es llamativa la finalidad de la limitación de lo dispuesto por el art. 1303 CC, esto es, de acuerdo con la sentencia a la que nos venimos refiriendo, se considera que «es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo de que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas».

30. En primer lugar, procede preguntarnos qué significado otorga el juzgador al concepto de «orden público económico». En este sentido, acerca de la noción de orden público, por un lado, hallamos lo que DE CASTRO denominó el *sentido pseudo-técnico del orden público*³⁴. De acuerdo con dicho autor, en numerosas ocasiones, y de manera *innecesaria o abusiva*, se emplea el concepto de orden público «para dar énfasis a alguna consecuencia implícita del carácter imperativo de una norma», lo que no dejaría de ser algo redundante, «pues cada norma imperativa pudiera entonces ser calificada como de orden público», pero es que, además, «resulta perturbador, al olvidar el sentido técnico del término». Pero, ciñéndonos al significado técnico de la expresión, las normas con rango de orden público son «aquellas normas que alcanzan valor preferente respecto de otras, también imperativas del mismo ordenamiento», de manera que dicha preferencia se traduce en que, en caso de conflicto o *colisión*, sirva «para designar la limitación del precepto de los Códigos que otorga a los contratos valor de ley, la de las leyes que conceden eficacia interna a reglas extranjeras y también la de las normas que establecen la retroactividad de las leyes»³⁵.

³³ Acerca de la nulidad de los contratos, L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial*, Vol. I, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 577, «se suele definir el contrato nulo diciendo que es aquel que por causa de un defecto no es apto para producir ningún tipo de consecuencias jurídicas. Tal producción de consecuencias le es negada definitivamente y se considera el contrato, a este respecto, como no realizado (*nullum est negotium; nihil est actum*)», debiendo recordar, en su p. 579, que «lo que es nulo no produce ningún efecto (*quod nullum est nullum effectum producit*)».

³⁴ F. DE CASTRO Y BRAVO, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 35, núm. 4, 1982, p. 1032.

³⁵ F. DE CASTRO Y BRAVO, “Notas sobre las...”, pp. 1031 y 1032. En sentido parecido, A. REVERTE NAVARRO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, Vol. 1^o-A, M. ALBALADEJO / S. DÍAZ ALABART (Dir.), Edersa, Madrid, 1993, pp. 263 y 264; L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho...*, p. 53.

31. Una vez aclarados los posibles significados de «orden público», dando preferencia, por supuesto, a su sentido técnico, respecto del orden público económico, siguiendo, de nuevo, a DE CASTRO, éste «se exterioriza en mandatos legales imperativos, cuya ejecución y exigencia está encomendada a la Administración, la que actúa por delegación expresa o táctica, mediante el arbitrio de sus funcionarios, por reglamentos, órdenes e instrucciones»³⁶. No obstante, el orden público económico puede ser también entendido como una serie de *principios jurídicos generales* que tienen por finalidad organizar la vida económica, sirviendo, así, de criterio interpretativo de las normas jurídicas, de acuerdo con los intereses económicos del momento, los cuales, a su vez, se ven influidos por *factores sociales, políticos y culturales*³⁷. De este modo, conforme al contexto en el que se hace referencia al orden público económico, entendemos que el Tribunal Supremo se refiere al mismo en el sentido de principios jurídicos dirigidos a inspirar la labor interpretadora del juzgador.

32. Pero, a pesar de que la alusión al orden público económico parezca referirse a su vertiente como criterio interpretativo, esta idea nos lleva a la segunda cuestión a tratar en torno al recurso a este concepto. Por lo general, el orden público, y también el económico, se dirige a limitar el principio de autonomía privada³⁸ que, en nuestro caso, se desarrolla en el ámbito de la contratación con consumidores. Así, se ha defendido que el orden público económico, tomando como referencia el Derecho contractual europeo, ha ido evolucionando de tal forma que, en el marco de la contratación con condiciones generales, se «*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 conmutatividad en el curso de validez, control y eficacia del fenómeno de las condiciones generales de la contratación*» (STS de 8 de septiembre de 2014)³⁹. De esta forma, según ha venido declarando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas cumple una función disuasoria que en ningún caso debe ser limitada, a fin de evitar que a los profesionales les resulte más ventajoso continuar empleando cláusulas abusivas, en vez de cumplir las normas de protección al adherente -SSTJUE de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10 (ECLI:EU:C:2012:349), de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13 (ECLI:EU:C:2014:282, y de 21 de enero de 2015, *Unicaja y Caixabank*, asuntos acumulados, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13 (ECLI:EU:C:2015:21)-.

33. En consecuencia, si la interpretación de nuestro ordenamiento jurídico ha de realizarse conforme al orden público económico, es inadmisibles mitigar los efectos del art. 1303 CC en beneficio de la parte predisponente que ha incluido en el contrato una cláusula abusiva. Es más, precisamente, la limitación de los efectos derivados del referido artículo, en vez de procurar proteger el orden público económico, viene a contravenir el mismo, en vista de la postura seguida por el Tribunal Supremo⁴⁰.

³⁶ F. DE CASTRO Y BRAVO, “Notas sobre las...” p. 1049. De manera llamativa, el autor llega a calificar el orden público «hasta de “amoral”», ya que, si la Administración es la encargada de determinar el orden público económico, según lo que sea «más conveniente a su plan económico», a fin de alcanzar sus objetivos, dejaría a un lado «los dictados de la moral y de la justicia conmutativa», pp. 1049 y 1050. Asimismo, entiende el autor que, dado que el Juez no es, ni le corresponde ser, un experto en economía, «respecto al llamado orden público económico, el Juez habrá de limitarse a cumplir lo mandado expresamente por el legislador o por el funcionario en quien aquél delegue (interpretación estricta)», p. 1050. En relación a la noción de orden público económico como conjunto de «actividades del Estado dirigidas a conformar económicamente la sociedad», L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho...*, p. 53.

³⁷ L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho...*, pp. 54 y 55. También, acerca de la doble proyección del concepto de orden público, A. REVERTE NAVARRO, *Comentarios al Código...*, p. 273.

³⁸ F. DE CASTRO Y BRAVO, “Notas sobre las...” pp. 1037 y ss.; A. REVERTE NAVARRO, *Comentarios al Código...*, pp. 272 y 273; L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Op. Cit.*, p. 53; J. C. SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, *El objeto de social en la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 109 y 110.

³⁹ Sentencia cuyo ponente es el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno, y que reproduce en *Control de transparencia...*, p. 39, al tratar esta misma cuestión.

⁴⁰ Al respecto, en el Voto Particular emitido en la STS de 25 de marzo, oponiéndose a los efectos *ex nunc* de la restitución de las cantidades indebidamente percibidas, defendiendo, entonces, los efectos *ex tunc* de dicha restitución, señalando que «*nada obsta a que este alcance natural de la restitución opere con normalidad, pues en el contexto contractual en donde incide la acción ejercitada no se contemplan derechos de terceros que deban ser protegidos, ni otros planos de la relación contractual (liquidación del estado posesorio, indemnización de daños y perjuicios, etc.) que merezcan una aplicación diferenciada del*

2. Normas jurídico positivas alegadas para la limitación de los efectos retroactivos del art. 1303 CC

34. Con la finalidad de atender la petición realizada por el Ministerio Fiscal en cuanto a la limitación de la eficacia retroactiva propia de la obligación de restitución originada por la declaración de nulidad de una cláusula abusiva, el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013 justifica su decisión en base a lo establecido por una serie de normas que, de manera sorprendente, considera aplicables al supuesto enjuiciado.

35. En primer lugar, se alude al art. 106 de la *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* –en lo sucesivo, «LRJPAC»-. Este artículo se dedica a la limitación de las facultades de revisión en cuanto pudieran suponer un atentado contra la equidad, la buena fe, los derechos de los particulares o las propias leyes, y se refiere a supuestos en los que «se concreta la *iniquidad o ilegalidad de la acción anulatoria*»⁴¹. Nos encontramos ante una limitación de la revisión de los actos administrativos a los que se pretende dejar sin efecto⁴². La finalidad de esta medida no es otra que la de evitar unas consecuencias más gravosas de las que se tratarían de remediar –la revisión de los actos administrativos «*se sitúa en dos exigencias contrapuestas: el principio de legalidad, que postula la posibilidad de revocar actos cuando se constata su ilegalidad, y el principio de seguridad jurídica, que trata de garantizar que una determinada situación jurídica que se presenta consolidada no pueda ser alterada en el futuro*» -SSTS, Sala Tercera, de 17 de enero de 2006 (RJ 2741/2006), de 13 de febrero (RJ 3955/2012) y de 27 de marzo de 2012 (RJ 4571/2012), de 13 de mayo de 2015 (RJ 3100/2015), de 14 de julio de 2015 (RJ 4128/2015)-. Ahora bien, de lo que no cabe duda es de que «*la Jurisprudencia del Tribunal Supremo considera con carácter restrictivo la constatación de los límites a que se refiere el artículo 106, pues en caso contrario se convertiría en vía de escape a las consecuencias de la nulidad, pero también es cierto que el legislador ha previsto una solución contraria a la efectividad de la nulidad, y que debe ser aplicado en función de las circunstancias presentes en cada caso*» (STS, Sala Tercera, de 14 de julio de 2015).

36. Es posible comprobar que el supuesto de hecho al que se refiere el art. 106 LRJPAC poco o nada tiene que ver con el del art. 1303 CC, puesto que lo que se limita es la posibilidad de revisar un acto administrativo concreto⁴³. Pero, además de esta circunstancia, hay que tener en cuenta la aplicación de una norma administrativa en el marco de una relación jurídico privada a la que, en defecto de ley especial, es de aplicación lo previsto por nuestro Derecho común⁴⁴. Precisamente en el marco de los contratos administrativos, por ejemplo, es admitido por la jurisprudencia que el Derecho común, allí

meritado efecto restitutorio». Y en la STS de 29 de abril de 2015 sosteniendo que «*la sentencia de 25 de marzo de 2015, y ésta que la sigue, pese a firmarse el contrato en el año 2006, le confirman que aun con la condición de consumidora no le asiste el principio de buena fe, que precisamente fundamenta su protección, pues este queda enervado hasta la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013. Al parecer, durante este intervalo de tiempo la función tuitiva que dispensa la norma estuvo de “vacatio legis” (...)*».

⁴¹ R. PARADA, *Régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Estudios, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, p. 364.

⁴² J. GONZÁLEZ PÉREZ / F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Civitas, Cizur Menor, 2012, p. 1782.

⁴³ De este modo, aun entendiendo que nos hallamos ante una laguna jurídica –cosa que no sucede-, tampoco sería aplicable el art. 106 LRJPAC por vía de la aplicación analógica de las normas, dado que no se da la necesaria similitud entre el supuesto de hecho carente de regulación y el contemplado en la norma que se pretende aplicar, ni tampoco la «*identidad de razón*» que exige el art. 4.1 CC, que, de acuerdo con J. ATAZ LÓPEZ, *Comentarios al Código Civil*, Tomo I, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 128, «*apunta directamente a la llamada ratio legis: la finalidad que la norma pretende obtener al aplicarse a los supuestos para los que está prevista, se obtiene también si se la aplica analógicamente a otros supuestos*».

⁴⁴ Sin que se dé excepción alguna como en el ámbito del derecho tributario, puesto que, a pesar de lo establecido por la Disposición Adicional Quinta de la LRJPAC, en cuanto a que «*la revisión de actos en vía administrativa en materia tributaria se ajustará a lo dispuesto en los artículos 153 a 171 de la Ley General Tributaria y disposiciones dictadas en desarrollo y aplicación de la misma*», resulta que, tal y como se recoge en la STS, Sala Tercera, de 17 de enero de 2006, «*hay que entender que el art. 106 de la Ley 30/92 resulta aplicable en el ámbito tributario, pues el principio de seguridad jurídica reclama que se ponga un límite que sirve para dar eficacia y consagrar las situaciones existentes*».

donde nos encontremos ante una laguna, venga a completar el Derecho administrativo⁴⁵, pero no en sentido contrario.

37. Aparte, se citan los arts. 114.2 de la *Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes*, el art. 54.2 de la *Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas* y el art. 68 de la *Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial*. En ellos, y en los idénticos términos, se limitan los efectos retroactivos de la nulidad de una patente, una marca o bien, en su caso, un diseño industrial. Así, tal limitación se producirá, por un lado, en los supuestos de resoluciones sobre violación de la patente, marca o diseño industrial, con fuerza de cosa juzgada, siempre que se hubiesen ejecutado antes de la declaración de nulidad y, por otro lado, será procedente la referida limitación a los contratos concluidos y ejecutados antes de la declaración de nulidad; si bien, curiosamente, se dice que, en este último caso, por razones de equidad, y según las circunstancias del caso, se podría solicitar la restitución de lo pagado en virtud del contrato.

3. La desafortunada ausencia de referencia directa a la equidad

38. Según se dispone en el art. 3.2 CC, «la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita». Sorprende que en la STS de 9 de mayo de 2013, a la hora de limitar la retroactividad de la restitución de las cantidades percibidas gracias a las cláusulas suelo, no se hiciese referencia alguna a la equidad –salvo, de manera indirecta, citando el art. 106 LRJPAC–.

39. La equidad que, con carácter general, consiste en un criterio interpretativo, también puede operar como criterio decisorio exclusivo en caso de que así lo permita la ley de manera expresa⁴⁶. Pues bien, este sería el caso del art. 106 LRJPAC, dado que no se podrán ejercitar las facultades de revisión de los actos administrativos «cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, (...)». Pero, tal y como hemos señalado, el art. 106 LRJPAC no puede ser de aplicación, ya que el supuesto de hecho concreto se halla regulado por la normativa aplicable al caso, por lo que no se da el requisito de la laguna jurídica, y, de todos modos, no es posible hallar similitud alguna entre lo contemplado por la norma administrativa y el deber de restitución de las cantidades indebidamente recibidas con motivo de la declaración de abusividad de una condición general, situación a la cual es de aplicación el art. 1303 CC.

40. Ahora bien, la equidad constituye un criterio de carácter ordinario para la interpretación de las normas, necesario para dar solución a las situaciones en las que se produce una tensión entre los fines de carácter general que persigue la norma y el supuesto concreto en que se ha de aplicar⁴⁷, y es así como también lo entiende nuestra doctrina jurisprudencial⁴⁸. Dicho lo cual, nos preguntamos entonces si sería posible interpretar el art. 1303 CC en relación con el art. 3.2 CC. En principio, es cierto que el art. 1303 CC parece pensado, sobre todo, para la restitución de las cantidades percibidas con motivo de la

⁴⁵ J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, Tomo I, Vol. I, Reus, Madrid, 2005, pp. 146 y 147.

⁴⁶ En este sentido, la STS de 5 de mayo de 1993 (RJ 3442/1993) sostiene que la equidad es «un criterio general en que deberá ponderarse la aplicación de las normas, pero sin que, tal elemento de interpretación y dulcificación del derecho por la ética (Sentencias de 9 de mayo de 1983 y 3 de noviembre de 1987), pueda fundar por sí solo, una resolución judicial (Sentencias de 3 de febrero y 10 de octubre de 1986; 18 de mayo de 1987; 11 de octubre de 1988)». Al respecto, de acuerdo con CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, pp. 536 y 537, «no es la equidad una fuente directa, formal o autónoma del Derecho, pero sí una fuente en sentido material y, sobre todo, un importante procedimiento inspirador de soluciones; no sirve para formular normas nuevas, sino que es un método para la aplicación de las normas existentes a los casos de la vida».

⁴⁷ J. ATAZ LÓPEZ, *Comentarios al Código...*, pp. 122 y 123.

⁴⁸ Conforme a la STS de 11 de julio de 2012 (RJ 10117/2012), «el recurso a la equidad, en el contexto interpretativo de las normas, (...), se configura en un elemento tendiente a lograr una aplicación de las normas sensible a las particularidades de cada caso, especialmente cuando éstas no vienen contempladas por la generalidad de la norma». Pronunciándose en sentido parecido la STS de 6 de noviembre de 2013 (RJ 8333/2013), en cuanto a que «la equidad es la adecuación de la norma general a las particularidades del caso concreto al que ha de aplicarse».

nulidad de un contrato de compraventa⁴⁹. Así, el supuesto de hecho al que se refiere la regla general que se contiene en dicho artículo dista, y mucho, de los rasgos característicos de un contrato de préstamo hipotecario. Por tanto, dadas las singularidades del supuesto enjuiciado por la STS de 9 de mayo de 2013, por vía del art. 3.2 CC podría haberse intentado justificar la limitación de los efectos del art. 1303 CC.

41. Consideramos que habría sido una vía más idónea haber recurrido al art. 3.2 CC, en vez de al art. 106 LRJPAC, entendiendo que «la equidad implica, más que una justicia abstracta, una justicia individualizada, y más que una justicia estrictamente legal, una justicia de tipo natural y moral»⁵⁰. Pero, si tomamos como referencia la finalidad de la normativa de protección frente a las cláusulas abusivas, rebajar o mitigar los efectos derivados de la declaración de nulidad de las mismas no podría ser considerado ajustado a Derecho, ni tampoco respondería a los fines de una justicia *individualizada, natural y moral*. De hecho, en la misma sentencia que se viene comentando –STS de 9 de mayo de 2013–, acerca de la apreciación de oficio de la abusividad de las cláusulas se trae a colación la STS de 1 de julio de 2010 (RJ 6554/2010), puesto que en la misma se dice que «*es preciso articular mecanismos para que las empresas desistan del uso de cláusulas abusivas, lo que nada más puede conseguirse si, como sostiene la Abogado General, en sus conclusiones de 28 de febrero de 2013, Duarte Hueros, C-32/12, punto 46, a las empresas no les “trae cuenta” intentar utilizarlas, ya que “de lo contrario, al empresario le resultaría más atractivo usar cláusulas abusivas (...)”*». Igualmente, se hace alusión a la STJUE de 26 de octubre de 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05 (ECLI:EU:C:2006:675), en cuanto a la apreciación de oficio del carácter abusivo de una cláusula y a lo previsto por el art. 7 de la Directiva 93/13/CEE⁵¹, «*dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores (sentencias Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, antes citada, apartado 28, y de 21 de noviembre de 2002, Cofidis, C-473/00, Rec. P. I-10875, apartado 32)*».

42. En consecuencia, atendiendo a lo anteriormente dicho, en cuanto a los fines perseguidos por la Directiva 93/13, se puede concluir que interpretar el art. 1303 CC a la luz de lo previsto por el art. 3.2 CC, en beneficio de las entidades condenadas, conculcaría los fines propios de la normativa sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumo. El hecho de endulzar las consecuencias derivadas de una declaración de abusividad, difícilmente se ajustaría al deber de disuasión o de prevención del uso de este tipo de cláusulas. Por tanto, a pesar de que habría sido más apropiado recurrir a un criterio de interpretación recogido en nuestro Código civil, en lugar de trasladarse al ámbito del Derecho administrativo, la doctrina jurisprudencial propuesta por del Alto Tribunal habría seguido siendo susceptible de planteamiento de una cuestión prejudicial por su posible incompatibilidad con lo dispuesto por los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13.

4. El efecto restitutorio en los contratos de larga duración

43. A pesar del revuelo causado por la decisión del Tribunal Supremo acerca de la *posibilidad de limitar la retroactividad* de la nulidad de las cláusulas controvertidas, es de justicia poner de manifiesto que no sería la primera vez que se modera la eficacia *ex tunc* de la restitución de las cantidades percibidas de acuerdo con lo previsto por el art. 1303 CC. La STS de 9 de mayo de 2013 trae a colación la STS de 13 de marzo de 2012 (RJ 4527/2012), que advierte que «*la “restitutio” no opera con el automatismo que le atribuye la recurrente*», sino que el hecho de volver «*a la situación patrimonial al contrato, no*

⁴⁹ J. DELGADO ECHEVARRÍA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, Vol. II, M. ALBALADEJO (Dir.), Edersa, Madrid, 1981, p. 293; J. R. GARCÍA VICENTE, *Comentarios al Código Civil*, Tomo VII, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9267.; P. GRIMALT SERVERA, *Ensayo sobre la nulidad del contrato en el Código civil. Revisión crítica de la categoría de la anulabilidad*, Comares, Granada, 2008, p. 140.

⁵⁰ J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español...*, p. 536.

⁵¹ Establece el art. 7.1 de la Directiva 93/13, «los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores».

es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra». En los supuestos «de relaciones integradas por obligaciones recíprocas de ejecución continuada o sucesiva que han funcionado durante un tiempo sin desequilibrio económico para ninguna de las partes –sentencia 109/2009, de 26 de febrero-, tanto más si la prestación de una de ellas no puede ser restituida. Por lo tanto, pese a la constancia de que la atribución no tuvo causa, la condena a restituir dependerá de que se haya producido un enriquecimiento».

44. Sin embargo, en la STS de 13 de marzo de 2012 son declaradas nulas unas condiciones generales contenidas en un contrato de suministro de canales y servicios por satélite. Dichas condiciones generales se referían al arrendamiento de un descodificador y fueron declaradas abusivas debido a que imponían el *uso oneroso de un instrumento accesorio no solicitado por los clientes*. Pues bien, además de los razonamientos del Tribunal ya expuestos en la referida sentencia, se concluye que «*en el caso enjuiciado el Tribunal de apelación declaró probado (...) que las cantidades reclamadas por Unión de Consumidores de Pontevedra constituyeron la adecuada contraprestación por el continuado uso de los aparatos descodificadores de que disfrutaron los abonados de las demandadas –aprovechamiento que, además, no están en condiciones de devolver y cuyo valor sería compensable con el crédito cuya satisfacción reclaman: artículos 1307 y 1308 del Código Civil–*».

45. La previsión del art. 1303 CC en cuanto a que una vez que se hubiese declarado la nulidad de una obligación «los contratantes deben restituirse las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses», resulta una medida apropiada para los supuestos de nulidad en el marco de un contrato de compraventa⁵². Por este motivo, cuando nos encontramos ante un contrato de tracto sucesivo, ocurre que los efectos *ex tunc* de la restitución de las prestaciones recibidas no parece ser la solución apropiada⁵³, tal y como sucede con respecto a la resolución de los contratos conforme al art. 1124 CC⁵⁴ o bien respecto de los efectos *ex nunc* para los supuestos de obligaciones sometidas a condición resolutoria, en caso de producirse el evento del que pende la obligación. No obstante, no debemos olvidar que la nulidad de pleno derecho es un tipo de ineficacia «más propia de infracciones de normas de orden público o de interés colectivo»⁵⁵, de modo que, dada la gravedad inherente a la causa que la provoca, opera *ipso iure*, lo cual nos aleja bastante de la resolución de los contratos por incumplimiento e, inclusive, de la anulabilidad.

46. La eficacia *ex nunc* en los contratos de tracto sucesivo, a pesar de darse un caso de nulidad de pleno derecho, podrá tener lugar siempre y cuando se dé esa *compensación* entre las cantidades a devolver y el efectivo aprovechamiento de un determinado bien a la que alude, por ejemplo, la STS de 13 de marzo de 2012. Se da en este supuesto que la nulidad de la cláusula *no afecta a la equivalencia de las prestaciones*, sin que se pusiese en duda el precio del arrendamiento del bien efectivamente pagado respecto del valor que dicho arrendamiento tiene en el mercado⁵⁶. Pero, en el caso de los efectos restitutorios a consecuencia de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que afecta a un contrato de larga duración como es el de préstamo hipotecario, la cantidad a devolver por las entidades bancarias es la diferencia correspondiente entre los intereses cobrados con motivo de dicha cláusula y lo que se obtenga al recalcular el cuadro de amortización del préstamo sin la cláusula anulada, sin que tal devolución plantee un supuesto de enriquecimiento injusto a favor del cliente, sino que precisamente evitaría el enriquecimiento injustificado de la entidad condenada.

⁵² *Vid. Supra.*

⁵³ J. R. GARCÍA VICENTE, *Ídem*; S. QUICIOS MOLINA, *Tratado de Contratos*, Tomo I, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), N. MORALES IMBERNÓN / S. QUICIOS MOLINA (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1281, si bien limitándose a señalar la problemática relativa a dicha restitución en esta clase de contratos.

⁵⁴ Así lo recuerda, por ejemplo, la STS de 22 de abril de 2005 (RJ 3754/2005), citando las SSTS de 10 de julio de 1998 y de 21 de septiembre de 2001.

⁵⁵ J. DELGADO ECHEVARRÍA, *Comentarios al Código...*, p.236.

⁵⁶ Á. CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 711, quien sostiene, además, que «en los contratos de uso o servicios de tracto sucesivo, así como en los de suministro para reventa, la nulidad acabe limitándose a producir un efecto *ex nunc*, manteniéndose cumplidas y ejecutadas conforme al contrato las prestaciones que ya fueron hechas».

47. Desde luego, la cuestión que aquí se plantea está necesitada de mayor desarrollo. No en vano, sí que tenemos en cuenta que *«la declaración de nulidad no comporta en todo caso y al margen del origen o defecto que la motivó el régimen sancionatorio previsto en el art. 1303 CC, sino que la determinación de sus consecuencias debe realizarse atendiendo a la naturaleza de la relación jurídica que se anula y a la causa que provoca la nulidad, de modo que su castigo se adecúe a la tipología del negocio o de la estipulación anulada y las circunstancias que confluieron para decretar su nulidad»*-SAP Pontevedra, Sección Primera, de 22 de septiembre de 2015 (RJ 233713/2015)-. Aunque el problema es que las normas dirigidas a la protección del adherente, sobre todo cuando el adherente es un consumidor, además de la finalidad tuitiva de las mismas, se le une la de disuadir al predisponente de introducir cláusulas que pudieren resultar reputadas como abusivas. Por este motivo, resulta difícil acogerse a lo que se concluye en la citada sentencia, respecto de la finalidad en los supuestos de nulidad de una condición general o cláusula predispuesta, la cual vendría a limitarse a *«depurar o limpiar aquellos aspectos que incumplen las medidas o controles valorativos establecidos para garantizar la corrección de la cláusula y que su inserción en el contenido contractual se realiza de manera transparente y leal»*, sin que sea necesario *«restituir el estado de las cosas a la situación primitiva»*, bastando con *«expulsar la cláusula del contrato y tenerla por no puesta»*.

III. El control de transparencia a la luz de lo previsto por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

1. Aproximación a la STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15⁵⁷

48. El pronunciamiento del Pleno de la Sala de lo Civil en su sentencia de 9 de mayo de 2013 acerca de la limitación de los efectos restitutorios previsto en el art. 1303 CC, había generado posturas contradictorias tanto en nuestra doctrina como en la denominada jurisprudencia menor⁵⁸. Ante el volumen de sentencias que se apartaban de la doctrina jurisprudencial referida a este punto, el Pleno de la Sala de lo Civil confirma su postura al respecto en su sentencia de 25 de marzo de 2015. De este modo, se unifica la doctrina jurisprudencial relativa a la limitación de los efectos restitutorios del art. 1303 CC, ya sea cuando se hubiese ejercitado una acción colectiva de cesación o bien una acción individual dirigida a la declaración de abusividad por un defecto de transparencia.

49. Como hemos puesto de manifiesto, la referida limitación practicada a lo establecido por el art. 1303 CC vendría a vulnerar los fines de la normativa de protección al adherente y, en caso de ser así, también conculcaría lo dispuesto por la Directiva 93/13. Así, el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Granada –asunto C-154/15- y la Audiencia Provincial de Alicante –asuntos C-307/15 y C-308/15- plantean distintas cuestiones prejudiciales a fin de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncie acerca de la posible incompatibilidad entre nuestra jurisprudencia sobre la interpretación del art. 1303 CC y el art. 6.1 de la Directiva 93/13 –puesto en relación con el art. 3.1 de la misma Directiva-. Las tres cuestiones prejudiciales planteadas se acumulan en un solo procedimiento al tener la misma naturaleza y referirse al mismo objeto –art. 54 del *Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, de 25 de septiembre de 2012*⁵⁹-, puesto que en todos estos supuestos nos encontramos ante un defecto de transparencia que origina la declaración de abusividad de una cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo hipotecario y, a su vez, se procede a la limitación de los efectos restitutorios del art. 1303 CC en base al mismo argumento, esto es, la salvaguarda del orden público económico.

⁵⁷ ECLI:EU:C:2016:980.

⁵⁸ Entre otros, S. CÁMARA LAPUENTE, “Transparencias, desequilibrios e...”, p. 561.

⁵⁹ DO L 265, de 29 de septiembre de 2012, Reglamento modificado el 18 de junio de 2013 (DO L 173, de 26 de junio de 2013, p. 65).

50. Este tema concreto, a nuestro juicio, se debería centrar más bien en la interpretación del art. 1303 CC y su encaje dentro de nuestro ordenamiento jurídico, puesto que pertenece a la esfera de la teoría general de los contratos, independientemente de los pronunciamientos realizados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, en el supuesto que nos ocupa, se circunscribe a la contratación por adhesión en la que el adherente es un consumidor. No obstante, en vista del tratamiento que ha recibido la interpretación del art. 1303 CC por parte de nuestra jurisprudencia, ha sido necesaria la intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con su sentencia de 21 de diciembre de 2016, para iniciar un debate de mayor profundidad sobre el referido artículo.

51. El Abogado General en sus Conclusiones sobre las cuestiones prejudiciales planteadas y acumuladas⁶⁰, teniendo en cuenta las circunstancias especiales que concurren, entiende que uno de los motivos por los cuales nuestro Tribunal Supremo procede a la limitación de los efectos restitutorios es *«en atención al hecho de que consideraba haber aplicado ex novo un control reforzado de la transparencia de las cláusulas controvertidas, el Tribunal Supremo, a instancias del ministerio fiscal, limitó los efectos en el tiempo de su sentencia»*. Si bien es una apreciación del Abogado General que, en realidad, no fue alegada en la STS de 9 de mayo de 2013, se intuye que, efectivamente, pudo ser la motivación por la que el Alto Tribunal se decantó por la limitación de los efectos restitutorios.

52. En síntesis, el Abogado General estima que, respetando los principios equivalencia y de efectividad, el art. 6.1 de la Directiva ha de interpretarse en el sentido de que *«no se opone a la decisión de un órgano jurisdiccional supremo mediante la que éste declara el carácter abusivo de las cláusulas «suelo», ordena que cese su utilización y que se eliminen de los contratos existentes y declara su nulidad limitando, al mismo tiempo, en atención a circunstancias excepcionales, los efectos, restitutorios en particular, de esa nulidad a la fecha en que dictó su primera sentencia»*. De esta forma, según el Abogado General, nos hallamos ante una cuestión que ha de considerarse competencia de los tribunales nacionales.

53. En el caso de autos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 21 de diciembre de 2016 se dedica a dilucidar si el art. 6.1 de la Directiva 93/13 –puesto en relación con el art. 3.1 de la misma Directiva– es incompatible con la limitación realizada por Tribunal Supremo respecto de la restitución de lo percibido con motivo de las cláusulas declaradas abusivas⁶¹.

54. Estamos ante una resolución que, acerca de la cuestión principal, se aparta de las Conclusiones del Abogado General sobre dicho asunto, de manera que en la STJUE de 21 de diciembre de 2016 se aprecia justo lo contrario a lo sostenido por el Abogado General en sus Conclusiones, al entender que el art. 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que *«se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión»*.

55. Aunque el objeto de la reciente sentencia europea que nos ocupa se refiera a la restitución de las cantidades percibidas con motivo de una cláusula contractual declarada nula por abusiva, no es

⁶⁰ ECLI:EU:C:2016:552.

⁶¹ Exactamente, dice así el TJUE: *«los tribunales remitentes piden sustancialmente que se dilucide si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración judicial del carácter abusivo, con arreglo al artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula incluida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el mencionado carácter abusivo»*.

menos cierto que la misma viene a aclarar y a asentar su propia doctrina respecto de cuestiones de enorme relevancia en el ámbito de la contratación por adhesión, que sigue estando necesitado de desarrollo doctrinal y legislativo.

2. Relación entre la falta de transparencia y la declaración de abusividad

56. La interpretación del art. 4.2 de la Directiva 93/13 realizada por el Tribunal Supremo ha sido objeto de numerosas críticas⁶². Pero, según reiterada doctrina jurisprudencial, la falta de transparencia de alguna de las cláusulas que definan el objeto principal del contrato o las que se refieran a la adecuación entre precio y retribución o bien a los servicios o bienes a proporcionar como contraprestación, lleva implícita la declaración de abusividad.

57. No obstante, hasta ahora quedaba por aclarar si la falta de transparencia ha de desembocar en la abusividad de la cláusula de que se trate. En atención a las Conclusiones del Abogado General, con fecha de 13 de julio de 2016, dichas cláusulas únicamente podrán ser eximidas de ser sometidas al control de abusividad en el caso de que fueren redactadas de manera clara y comprensible, tras lo cual, en base a la STJUE de 9 de julio de 2015, *Bucura*, C-348/14 (ECLI:EU:C:2015:447), añade que, «*si el órgano jurisdiccional nacional estima que no es ese el caso, deberá declarar que esa cláusula es abusiva*». Aunque el valor de las Conclusiones del Abogado General no es equiparable al de una resolución judicial, lo que sí es cierto es que las mismas son empleadas de manera frecuente para la interpretación del Derecho de la Unión Europea⁶³ y, en este sentido, podría suceder que se generalizase la relación entre falta de transparencia y abusividad.

58. A pesar de que el art. 4.2 Directiva no se expresaba en los mismos términos que la normativa alemana, al relacionar de manera directa la falta de transparencia con la abusividad, finalmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea parece haberse decantado por dicha interpretación. Aunque ésta ha sido la tesis sostenida por algún sector de nuestra doctrina⁶⁴, en España nos encontramos con el *impedimento* de contar con un control de incorporación riguroso que, a efectos de interpretar el art. 4.2 de la Directiva 93/13, se supone que, en nuestro caso, ninguna de las cláusulas a las que se refiere el citado artículo de la norma europea, en el supuesto de no ser transparentes, podrían llegar a ese estadio en el que ha de juzgarse su posible abusividad, ya que de no ser transparentes no quedarían incorporadas al contrato. A mayor abundamiento, cuando la Directiva no establece cuál es la consecuencia derivada del incumplimiento de los deberes de claridad y comprensibilidad en la redacción de las cláusulas –*ex* art. 5 de la Directiva 93/13–.

59. En definitiva, a raíz del pronunciamiento del Abogado General, inspirado en la propia jurisprudencia europea, podría ser interesante plantear al Tribunal de Justicia si la falta de transparencia ha de

⁶² L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, “La progresiva degradación...”, p. 7; Á. CARRASCO PERERA / E. CORDERO LOBATO, “El espurio control...”, p. 175, señalan que si el art. 4.2 de la Directiva 93/13 establece semejante limitación es porque, cuando una cláusula define el objeto principal del contrato, el adherente ha prestado su consentimiento en este punto, de manera que no se *adhiera* simplemente; Á. CARRASCO PERERA / M. C. GONZÁLEZ CARRASCO, “La doctrina casacional...”, p. 148, en relación a la falta de transposición del art. 4.2 Directiva, sostiene que no se debe permitir una ampliación del control de contenido en beneficio del consumidor; F. PERTÍÑEZ VÍLchez, *Las cláusulas abusivas...*, p. 135, considera que «*siempre que* las cláusulas relativas al precio y al objeto se redacten de manera clara y comprensible, se excluye la declaración de abusividad de las mismas, lo que no equivale a decir, «a sensu contrario», que *siempre que* no se redacten de manera clara y comprensible serán declaradas, sin más, abusivas»; S. CÁMARA LAPUENTE, “Transparencias, desequilibrios e...”, pp. 563 y 564, pone de manifiesto que, hasta aquel momento, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no había establecido, por lo menos de manera clara, que la consecuencia de no superar el control de transparencia sea la declaración de abusividad, sino que, más bien, la falta de transparencia podría permitir la valoración de que una cláusula referida al objeto principal del contrato fuese abusiva o no.

⁶³ Acerca de la labor del Abogado General, I. SOCA TORRES, *La cuestión prejudicial europea. Planteamiento y competencia del Tribunal de Justicia*, Bosch, España, 2016, p. 403, «los Abogados Generales, solamente pueden influir en la resolución del procedimiento mediante el poder de convicción o persuasión de sus conclusiones motivadas, pues no participan en las deliberaciones ni en las votaciones de los Jueces».

⁶⁴ *Vid. Supra*.

desembocar necesariamente en una declaración de abusividad o si, por el contrario, esta es una cuestión a determinar por cada normativa nacional que, como en nuestro caso, derivaría –o debería derivar– en la no incorporación de la cláusula controvertida.

3. La noción de comprensibilidad real

60. Hemos manifestado anteriormente nuestro desacuerdo respecto de la interpretación de los requisitos de incorporación o inclusión que realiza el Tribunal Supremo. En este sentido, son bastante clarificadoras las Conclusiones del Abogado General que venimos comentando. En el apartado 46 de sus Conclusiones, se trae a colación la STJUE de 30 de abril de 2014, en la que el Tribunal declaró que el deber de redactar las cláusulas de manera clara y comprensible –*ex art. 5 Directiva de la 93/13*– ha de entenderse en el sentido de que habrá de serlo así, desde un punto de vista gramatical, pero, al mismo tiempo, ha de implicar que resulten comprensibles para el consumidor en el sentido de que cuente «*con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas del contrato*».

61. Así, en la STJUE de 30 de abril de 2014, se plantea que *el alcance exacto* de los requisitos de redacción es *incierto*. De este modo, indica que «*puede entenderse en el sentido de que toda cláusula contractual ha de ser comprensible desde un punto de vista lingüístico y gramatical. No obstante, también puede significar en un sentido más amplio que los motivos económicos que sustentan el empleo de una cláusula específica y su relación con las demás cláusulas contractuales deben ser claros y comprensibles*». Ciertamente, *puede* entenderse de ese modo; es decir, que responda a lo que nuestra jurisprudencia ha denominado *transparencia formal*. Sin embargo, tal posibilidad iría contra los propios fines de la Directiva 93/13⁶⁵. De este modo, de acuerdo con la citada sentencia, «*el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información*», por lo que el deber de transparencia ha de entenderse de manera extensiva, esto es, más allá de la *transparencia formal*–además, en atención a lo dispuesto en su vigésimo considerando, que al decir que «*los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles*», a continuación, se concreta que «*el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas*»–.

62. Asimismo, se realiza una precisión de gran relevancia: el deber de claridad y de comprensibilidad en la redacción del clausulado tiene el mismo significado tanto en los arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13 como en su vigésimo considerando. Al respecto, se recuerda en la STJUE de 3 de junio de 2010, *Caja de ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, C-484/08 (ECLI:EU:C:2010:309), que «*como indica expresamente el duodécimo considerando de la Directiva, este sólo ha realizado una armonización parcial y mínima de las legislaciones nacionales relativas a las cláusulas abusivas, si bien reconociendo a los Estados miembros la posibilidad de garantizar al consumidor una protección más elevada que la prevista por la Directiva*». En consecuencia, cuando una normativa nacional aborda la cuestión referida a la transparencia en el clausulado, esta transparencia será, en todo caso, una transparencia entendida en un sentido pleno, lo cual se regula en nuestro ordenamiento en el ámbito del control de incorporación.

4. Carácter *abierto* del art. 6.1 de la Directiva 93/13 y la competencia del legislador nacional

63. La STJUE de 21 de diciembre de 2016 aborda el problema surgido a raíz de la redacción imprecisa del art. 6.1 de la Directiva 93/13. Siguiendo lo establecido por el Abogado General en sus Conclusiones de 13 de julio de 2016, señala que el legislador optó por la expresión «*no vincularán*» a

⁶⁵ Ya que, además de lo expresado en el vigésimo considerando, en el noveno considerando de la misma, y como continuación del anterior considerando, en el que se hace referencia a diversos programas comunitarios de política de protección e información de los consumidores, se dice que «*con arreglo al principio establecido en ambos programas en el título «Protección de los intereses económicos de los consumidores», los adquirentes de bienes y servicios deben estar protegidos contra el abuso de poder del vendedor o del prestador de servicios, en especial conta [sic] los contratos de adhesión y la exclusión abusiva de derechos esenciales en los contratos*».

la que califica como *neutra*, evitando realizar «referencia expresa a la nulidad, anulación o a la resolución». Nos hallamos, por tanto, ante una «remisión expresa a los Derechos nacionales».

64. Cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aborda la cuestión, se centra en los fines de la Directiva 93/13 y sostiene que «incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultado para modificar el contenido de la misma». El órgano judicial europeo no pretende, en modo alguno, determinar el tipo de ineficacia que ha de derivar de la declaración de abusividad de una cláusula, cuestión que deja en manos de cada legislador nacional. Lo que preocupa a dicho Tribunal es la finalidad de la norma y la consecuencia que ha de provocar tal declaración de abusividad.

65. Como es sabido, el art. 6.1 de la Directiva, desde una perspectiva teleológica, pretende paliar la desigualdad estructural implícita en la contratación por adhesión –asimetría subjetiva–. De acuerdo con los razonamientos de los intérpretes de las normas europeas –a la que se acoge, con mayor o menor entusiasmo, la práctica totalidad de nuestra doctrina–, tal desigualdad se produce con motivo de la desventaja del adherente en lo que respecta a la información contractual⁶⁶. Así, se recuerda en la STJUE de 21 de diciembre de 2016, en atención a la STJUE de 21 de marzo de 2013, *RWE Vertrieb*, C-92/11 (ECLI:EU:C:2013:180), que «reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración». En realidad, nada nuevo se indica. Se pretende dispensar la protección necesaria al proceso de formación del consentimiento, solo que, en al ámbito de la Directiva 93/13, tal protección se centra en la figura del consumidor, postura de la que se aleja, por ejemplo, el Voto Particular emitido en la STS de 3 de junio de 2016, donde se indica que excluir al empresario de la protección dispensada por el deber de transparencia –considerándolo un auténtico principio jurídico– supone desatender el hecho de que el deber de transparencia tiene como fundamento de aplicación la «predisposición del clausulado e inferioridad de la posición contractual del adherente»; es decir, que no solo hemos de prestar atención a la referida asimetría subjetiva que responde a la dicotomía empresario-consumidor, sino que, además, no debemos olvidar que la sola predisposición de todo o parte del clausulado ya implica una desventaja para el adherente con independencia de que éste actúe como empresario o como consumidor.

66. La solución propuesta por el Abogado General y la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la interpretación del art. 6.1 de la Directiva 93/13, son manifiestamente opuestas. El Abogado General entiende que «el Derecho de la Unión no armoniza ni las sanciones aplicables en el supuesto del reconocimiento del carácter abusivo de una cláusula ni las condiciones en las que un órgano jurisdiccional supremo decide limitar los efectos de las sentencias», aspecto en el que coincide el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁶⁷.

67. No obstante, la brecha entre ambas valoraciones se halla en que el Abogado General considera que «la protección del consumidor no es absoluta» y que, en base a ello, y siempre que sea de manera excepcional, la limitación de los efectos restitutorios de la declaración de nulidad es justificable si se pretenden paliar «las repercusiones macroeconómicas sobre el sistema bancario de un Estado miembro que ya se encontraba debilitado». A juicio del Abogado General, dicha limitación no supone ningún impedimento al restablecimiento del equilibrio entre las partes por dos motivos. El primero de

⁶⁶ A esta asimetría estructural hacen referencia, por ejemplo, F. PEÑA LÓPEZ, *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 137; por otro lado, S. CÁMARA LAPUENTE, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, S. CÁMARA LAPUENTE (Dir.), Colex, Madrid, 2011, p. 215, hace alusión a la desigualdad jurídica, negociadora, económica e informativa entre consumidor y empresario. También, J. R. GARCÍA VICENTE, *Tratado de Contratos...*, p. 137, aprecia que la debilidad negocial y la consecuencia de la imperatividad de las normas sobre consumo bien pueden equipararse a las medidas proteccionistas propias del Derecho del trabajo.

⁶⁷ *Vid. Supra*.

ellos, porque «*el consumidor vinculado por un contrato de préstamo que incluía una cláusula «suelo» podía fácilmente cambiar de entidad bancaria mediante una novación modificativa del contrato*». Y, el segundo de ellos es que «*la aplicación de la cláusula «suelo» no había tenido como consecuencia una modificación sustancial del importe de las mensualidades debidas por los consumidores*».

68. En cambio, la STJUE de 21 de diciembre de 2016 pone de relieve que «*incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultado para modificar el contenido de la misma*». Al respecto, ha de precisarse que una cosa es la moderación del contenido de las cláusulas declaradas abusivas y otra muy distinta es la relativa a la moderación de los efectos derivados de dicha declaración. Pero, volviendo a lo que concierne a la limitación de la retroactividad de los efectos restitutorios, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, esta medida adoptada por la STS de 9 de mayo de 2013 y refrendada por la de 25 de marzo de 2015, significa «*garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha de pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo*». Así, se priva al consumidor el «*derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente la entidad bancaria sobre la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013*».

69. En definitiva, la privación del derecho del consumidor a la restitución de las cantidades recibidas por las entidades bancarias antes de la STS de 9 mayo de 2013, supone una limitación de la protección que los Estados miembros han de proporcionar al consumidor, *ex art. 7.1 de la Directiva 93/13*, concluyendo el Tribunal europeo que la postura mantenida por nuestra doctrina jurisprudencial es incompatible con el Derecho de la Unión. De este modo, una correcta interpretación del art. 6.1 de la Directiva 93/13 desemboca en la oposición «*a una doctrina jurisprudencial nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración de carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva*».

70. A nuestro juicio, parece más apropiado el razonamiento seguido por el Abogado General, habida cuenta del conjunto de circunstancias que se da en el supuesto enjuiciado. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea viene a seguir la doctrina aplicada en relación a la no moderación del contenido de las cláusulas que hubieren sido declaradas abusivas en este sentido -SSJTUE de 14 de junio de 2012, C-618/10, y la de 21 de enero de 2015, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13-, lo cual, si bien también puede estar necesitado de revisión⁶⁸, en realidad, poco tiene que ver con la limitación en el tiempo de los efectos restitutorios nacidos con motivo de la declaración de abusividad.

IV. Conclusiones

71. Ha quedado patente que el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea evidencia la necesidad de revisión del control de transparencia. No obstante, dicha revisión debería comenzar por aquellos aspectos que se encuadran dentro de la teoría general de los contratos, como el relativo a la obligación de restitución contemplado en el art. 1303 CC. Ciertamente, la especialidad inherente a la contratación por adhesión hace que ésta sea elevada a una categoría contractual autónoma,

⁶⁸ Acertadamente, Á. CARRASCO PERERA, “Las cláusulas abusivas se eliminan, sin más: no cabe reducirlas, moderarlas ni modificarlas”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 3/2012, p. 147, acerca de la imposibilidad de moderar tales cláusulas, plantea lo siguiente: «piénsese qué ocurriría si la cláusula excesiva fuera la relativa a los intereses remuneratorios y no a los moratorios; se trataría de una al banco “abusador” peor que trata a los usuarios la vieja Ley Azcárate de 1908, los cuales podrían atenerse a la nulidad total». Concluyendo que, esta doctrina del TJUE «no sirve para aquellos supuestos donde la eliminación de la cláusula por entero dañaría la posición del consumidor frente a otras opciones más favorables, ni para aquellos casos en que la eliminación se llevaría por delante un elemento esencial del contrato, por lo que éste no podría subsistir». En este sentido, S. CÁMARA LAPUENTE, “Transparencias, desequilibrios e...”, p. 560, mantiene que, si la cláusula suelo se refiere al objeto principal del contrato, «eliminada aquélla éste no puede subsistir, cosa que no sucede, al quedar operativo el interés variable».

pero no son pocos los aspectos para los que siguen siendo de aplicación las normas de Derecho común. Así pues, corresponde a nuestra jurisprudencia y a nuestra doctrina dar solución a este tipo de planteamientos, ya que van más allá de lo que concierne a la protección del consumidor y es conveniente acomodarse a nuestra propia tradición jurídica.

72. Lo anteriormente dicho entronca con una cuestión que, probablemente, será objeto de discusión más adelante. Nos referimos al razonamiento llevado a cabo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 21 de diciembre de 2016 en cuanto a la equiparación entre la moderación de las cláusulas declaradas abusivas y la moderación de los efectos de tal declaración. Aunque de fondo lo que impera es la intención de otorgar una protección adecuada al consumidor junto con la finalidad de disuadir al predisponente de introducir cláusulas que pudieren reputarse abusivas, la protección al consumidor no es absoluta.

73. Las circunstancias sobre las que gira el supuesto enjuiciado por la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 suponen el detonante para la creación jurisprudencial del control de transparencia. De manera sintética, los pormenores a los que nos referimos son los que siguen. En primer lugar, el ejercicio de una acción colectiva de cesación, centrada en la supuesta abusividad de las cláusulas suelo –de acuerdo con el art. 82 TRLGDCU-. En segundo término, la consideración de que las mismas son lícitas en relación a su contenido. Y, en tercer lugar, la obligación de control de oficio, referido al examen de abusividad, pero no en lo que respecta al control de incorporación, el cual solo podrá ser iniciado a instancia de parte. Además, a todo ello ha de sumarse la presión social en el asunto que nos ocupa.

74. Aunque hemos mantenido una postura según la cual nos parece inadmisibles la limitación de los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad –por lo menos en los términos de la actual doctrina jurisprudencial-; justificar la creación *ex professo* del control de transparencia nos parece igualmente difícil, más aún cuando no se ha determinado con precisión qué deberes ha de observar la parte predisponente para entender que una cláusula concreta es, efectivamente, transparente.