

¿DE VERDAD PUEDE CONTROLARSE EL PRECIO DE LOS CONTRATOS MEDIANTE LA NORMATIVA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS?*

De la STJUE de 3 junio 2010 (*Caja de Madrid*, C-484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (pleno) de 9 mayo 2013 sobre las cláusulas suelo

SERGIO CÁMARA LAPUENTE
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de La Rioja

Recibido: 13.05.2013 / Aceptado: 18.05.2013

Resumen: La falta de transposición formal en Derecho español del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en contratos de consumo venía causando en la jurisprudencia española una incertidumbre insostenible acerca de si cabe declarar la nulidad como cláusula abusiva de aquella que define el objeto principal del contrato (o incluso la relación calidad/precio), aunque estuviese redactada de forma clara y transparente. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dictó el 3 junio 2010 una sentencia (caja *Caja Madrid*) en la que, respondiendo a las tres cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo (TS) español, señalaba que los Estados miembros podían, al transponer dicho precepto, elevar el nivel de protección de los consumidores y, en consecuencia, permitir un pleno control judicial de todo tipo de cláusulas, incluidas las relativas a los elementos esenciales del contrato. Más aún, la STJUE llegaba a afirmar, derivándolo de manifestaciones del TS español, que ese era el régimen vigente en España. Si bien el impacto aparente de la sentencia *Caja Madrid* a primera vista podría haber sido zanjar la cuestión, permitiendo dicho control, su impacto real dista de ser ese: ni podía el TJUE zanjar la cuestión en el Derecho nacional ni lo había hecho el TS español hasta la STS plenaria de 9 de mayo 2013 sobre las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios. Este ensayo examina críticamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo entre 2010 y 2013, ambigua y contradictoria sobre este punto capital, y pone en contexto la trascendencia de la STS de 9 de mayo de 2013, a la par que incide en varios aspectos que ni el TJUE ni el TS han resuelto a plenitud hasta el momento (qué se entiende por elementos esenciales a la luz de ese precepto, con qué criterios se determinan y han de controlarse, cómo ha de relacionarse el resultado de esas sentencias con otras recientes de ambos tribunales en materia de cláusulas abusivas).

Palabras clave: cláusulas abusivas, elementos esenciales del contrato, precio del contrato, condiciones generales de la contratación, contratos de consumo, crédito hipotecario, cláusulas suelo, cláusulas de redondeo de intereses, papel del TJUE, transposición de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas.

* Este ensayo es un resultado del proyecto de investigación I+D+i del Ministerio de Economía y Competitividad con referencia DER2012-37206, del que el autor es investigador principal. Constituye también la contribución de quien suscribe al libro homenaje al prof. José María Miquel González, en testimonio de afecto y admiración por la obra y la persona del homenajeado. Existe una versión en inglés del artículo, previa a la aparición de la STS 9 mayo 2013, en el libro TERRY, E. et al. (eds.), *The Consumer and the Internal Market: Has EU Consumer Law Come of Age? Half a Century of EU Consumer Law Landmark Decisions*, Intersentia, Cambridge, 2013 (en prensa).

Abstract: The lack of formal implementation into Spanish Law of article 4.2 of the Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts produced a strong legal uncertainty in the Spanish case-law, as for determining whether a non-negotiated term which defines the «main subject matter» of the contract (and even the «adequacy» between price as against goods or services in exchange) can be declared void as an unfair term, provided that these terms are in plain intelligible language. The *Caja Madrid* judgment published by the Court of Justice of the European Union (CJUE) on 3rd June 2010 answered the three preliminary rulings sent by the Spanish Supreme Court (TS) in the sense that Member States, when faced with the transposition of that article, may allow a full jurisdictional control of all kind of terms, including the so-called core terms, since this represents an increase in the level of consumer protection. Furthermore, the CJUE even upheld, relying in the statements of the Spanish TS, that that was the law currently in force in the Spanish legal system. While the apparent impact of the *Caja Madrid* judgment would at first sight seem to have settled the issue, allowing the control of the main subject of the contract and the price-quality ratio using the unfairness test, its real impact is very different: neither the ECJ nor the Spanish Supreme Court had managed to settle the issue in national law. This has been so until the STS 9 May 2013 (judgment in plenary session of the Court on the «floor terms» in mortgage credits). This paper examines with criticism the Spanish Supreme Court's case-law between 2010 and 2013, marked by ambiguity and contradictions. The essay then gives the context of the relevance of the new solution offered by the STS 9 May 2013 and goes beyond with the analysis of some issues that neither the CJUE nor the TS have solved to date (what are «core terms» for this rule, under which parameters they might be controlled, what is the relationship between these judgments and other recent ones in the field of unfair terms).*

Key words: unfair terms, core terms, contract price, standard terms, consumer contracts, mortgage credit, «floor terms», round-up terms on interest, role of the CJUE/EJC, implementation of the Directive 93/13/EEC on unfair terms.

Sumario: I. Planteamiento. II. Lo que la sentencia del TJUE dice (sobre el Derecho nacional y el de la Unión Europea) y lo que no puede decir (sobre el Derecho nacional). III. La falta de transposición del artículo 4.2 de la Directiva en España y en otros sistemas legales: la peculiaridad «negligente» del silencio español. 1. Las interpretaciones discrepantes sobre la falta de transposición. 2. La incidencia del silencio legislativo en el examen judicial de las cláusulas de redondeo antes de la sentencia *Caja Madrid*. IV. El impacto aparente, el impacto real y el impacto debido de la STJUE *Caja Madrid* en el sistema legal español. 1. ¿Fin de la controversia («no con un estallido, sino con un quejido»)? No, en absoluto. 2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo tras la STJUE *Caja Madrid*: ambigüedad y contradicciones hasta el cierre por la STS (Pleno) 9 mayo 2013. 3. Conclusión: la incertidumbre sobre el control judicial de precios y la pasividad del legislador. V. Cuestiones no resueltas por la sentencia *Caja Madrid* y problemas futuros. 1. ¿Qué son «objeto principal del contrato» y «adecuación entre precio y bienes» a los efectos del artículo 4.2 de la Directiva? 2. ¿Criterios objetivos o subjetivos para determinar qué es el objeto principal del contrato? 3. ¿Cuáles son los criterios para controlar como abusivos los elementos esenciales? 4. Las conexiones de la sentencia con otras sentencias recientes del TJUE (*Aziz* y *Banco Exterior de Crédito*). VI. Conclusión.

I. Planteamiento

1. La importante excepción al control de las cláusulas abusivas introducida en el art. 4.2 de la Directiva 1993/13 en relación con el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y cosa o servicio (relación calidad/precio) tuvo por finalidad respetar cierto margen de autonomía de la voluntad en relación con la configuración de los elementos esenciales del contrato al amparo de la libertad de la contratación. Si la Directiva suponía un claro límite a esa libertad por medio del control judicial de las

* For an English version of this paper (but prior to the Spanish Supreme Court Judgment of 9 May 2013 dealt with in the next lines), see previous footnote.

cláusulas no negociadas, la citada excepción eximía de control las cláusulas sobre el precio y el objeto siempre que estuviesen redactadas de forma clara y comprensible, por entenderse que el Derecho de la competencia y la libertad de elección entre distintas ofertas preservaban suficientemente la posición del consumidor¹. Ahora bien, dado que la Directiva persigue una armonización mínima (art. 8), surge la cuestión de si los Estados Miembros pueden elevar el nivel de protección de los consumidores permitiendo también el control de dichos elementos esenciales como cláusulas abusivas. Esta es la clave de las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo español ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en cuya sentencia *Caja Madrid* de 3 junio 2010² se pronuncia por primera vez acerca de si el art. 4.2 de la Directiva tiene carácter imperativo y de si constituye parte del ámbito material de aplicación de la Directiva y, por ende, no podría alterarse en la transposición por los Estados miembros. El Tribunal de Luxemburgo responde negativamente a ambas cuestiones. Además, dado que ya hubo de referirse a la transposición del art. 4.2 en la sentencia *Comisión v. Países Bajos* casi diez años antes³, el TJUE aprovecha las alegaciones para descartar lo que considera una «lectura errónea de dicha sentencia» (fundamento 37 de la sentencia) y distingue entre una ilícita transposición incompleta de la norma (cuando se omite su inciso final sobre el necesario control de los elementos esenciales si no están redactados de manera clara y comprensible) y una lícita falta de transposición íntegra del art. 4.2 (cuando supone controlar esos elementos esenciales en todo caso, incluso si fueron presentados de forma transparente). Por lo tanto, la relevancia de la sentencia, además de confirmar que al amparo de la armonización mínima los Estados miembros sí pueden controlar como abusivos los elementos esenciales del contrato pese a que la Directiva parte del postulado contrario, estriba sobre todo en aclarar la medida en que se puede alterar o manipular el contenido del art. 4.2 al implementarla en el Derecho nacional. Y su trascendencia puede comprobarse con la cita de la sentencia como fundamento expreso para introducir cambios en dicha excepción, más favorables al consumidor, en países que están valorando tal reforma legislativa, como ocurre en el Reino Unido, según destaca el informe de las *Law Comissions* inglesa y escocesa de marzo de 2013⁴.

¹ Según la Abogada General del TJUE, V. TRSTENJAK, en sus *Conclusiones al asunto C-484/08 [Caja Madrid]*, 29 octubre 2009 (disponible, como el resto de sentencias del TJUE que se citarán, en curia.europa.eu), § 40, la base del art. 4.2 de la Directiva es que «[e]l consumidor no debe ser protegido en general de que celebre un contrato desventajoso, sino que se le considera suficientemente protegido por la competencia por lo que se refiere a las prestaciones principales».

² STJUE 3 junio 2010, asunto C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid v. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, [2010] ECR I-4785. La condición general inserta en los contratos de adhesión de préstamos hipotecarios celebrados por *Caja Madrid* objeto de la controversia judicial era la relativa al redondeo al alza del interés remuneratorio variable cuando se actualizaba de acuerdo con el índice de referencia establecido, de manera que se establecía el redondeo de esos intereses siempre al cuarto de punto superior al resultante del cálculo. Sobre esta STJUE existen diversos comentarios: AUBERT DE VINCELLES, C., «Possibilité du contrôle du caractère abusif des clauses relatives au prix», *Revue des contrats* (2010), pp.1299-1304; PAISANT, G., SAN MIGUEL PRADERA, L., «Quel contrôle, par le juge, du caractère abusif d'une clause relative à la définition de l'objet principal du contrat?», *La Semaine Juridique – édition générale* 3 (2011), pp. 114-117; SPADAFORA, A., «Il demiurgo del contratto alla ricerca del 'giusto processo'», *Giustizia Civile* (2011), pp. 1113-1134; STUYCK, J., «Case Note: Case C-484/08 Caja de Ahorros», *European Review of Contract Law* 4 (2010), pp. 449-459; TAMAS, R., «Arrêt *Caja de Madrid*: L'extension indirecte de la protection des consommateurs en matière de clauses abusives», *Revue Européenne de Droit de la Consommation* 2 (2011), pp. 403-412. También en España: CASTILLA CUBILLAS, M., «La STJCE de 3 de junio de 2010 en materia de abusividad de las prestaciones principales del contrato, y sus riesgos», *Revista Aranzadi Doctrinal* 9 (2011), pp. 133-136 [versión electrónica, BIB 2010/2866, citada aquí]; DOMÍNGUEZ ROMERO, J., «La fiscalización de los elementos esenciales del contrato celebrado con consumidor: ¿fin de una controversia? A propósito de la Sentencia TJUE de 3 de junio de 2010 y la nueva Directiva sobre derechos de los consumidores», *Revista de Derecho Patrimonial* 27 (2011), pp. 155-176; PALAU RAMÍREZ, F., «Condiciones generales abusivas: alcance y criterios sustantivos del control de contenido», *1 Aranzadi Civil-Mercantil* 5 (2011), pp. 125-147 [versión electrónica, BIB 2011/1062, citada aquí].

³ STJUE 10 mayo 2001, asunto C-144/99, *Comisión v. Países Bajos* [2001] ECR I-3541.

⁴ THE LAW COMMISSION AND THE SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair terms in consumer contracts: Advice to the Department for Business, Innovation and Skills*, London-Edinburgh, Marzo 2013 (disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk/publications/unfair-terms.htm>). El Gobierno británico, por lo demás, lleva varios años valorando la posibilidad de reformular el contenido de su transposición del art. 4.2, siempre respetando en sustancia la exclusión de control de los *core terms* presentados de forma transparente y para ello realiza un interesante examen de Derecho comparado con el Derecho español, alemán, francés y australiano (*vid., ibidem, Unfair Terms in Consumer Contracts: a new approach? Issues Paper*, London-Edinburgh, Julio 2012).

2. Ahora bien, la sentencia *Caja Madrid* plantea también algunos problemas graves, no sólo *por lo que no dice* (qué son elementos esenciales, cuáles son los criterios para su control, etc., *infra*, apartado V), sino también *por cómo expresa* algunas de sus conclusiones en relación el significado de no transponer el art. 4.2 en Derecho español (*infra* apartado II). El TJUE no tuvo presente, probablemente por inducción cuestionable del propio Tribunal Supremo español, que el silencio de España es distinto al de otros países que decidieron consciente y coherentemente con sus sistemas no transponer el artículo. Ese silencio legislativo, que, por tanto, debería tener otras consecuencias distintas de las indicadas por el TJUE, combinado con la interpretación del alcance de la sentencia *Caja Madrid* en España, ha dado lugar a una jurisprudencia ambigua y contradictoria del propio Tribunal Supremo (*infra* apartado II.2) que ha generado una indeseable inseguridad jurídica, al menos hasta la publicación de la STS (Pleno) de 9 mayo 2013, a la que más adelante se hará referencia.

3. Por lo tanto, las próximas páginas abordarán las siguientes materias: lo que la sentencia no puede decir, pese a su tenor literal, sobre el Derecho nacional (apartado II); la peculiaridad del silencio del legislador español, la interpretación que merece a la luz del Derecho nacional y del comunitario y el intenso debate de la doctrina y la jurisprudencia al respecto (apartado III); la un tanto errática jurisprudencia del Tribunal Supremo español sobre el posible carácter abusivo de los elementos esenciales entre 2010 y 2013 y el uso que ha hecho de la doctrina contenida en el caso *Caja Madrid* hasta la STS (Pleno) 9 mayo 2013 (apartado IV); y, desde el plano del Derecho de consumo de la UE, el planteamiento de algunas cuestiones dudosas no abordadas por esta sentencia (apartado V).

II. Lo que la sentencia del TJUE dice (sobre el Derecho nacional y el de la Unión Europea) y lo que no puede decir (sobre el Derecho nacional)

4. En síntesis, la STJUE 3 junio 2010 hace tres afirmaciones sobre el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas y el margen de los Estados Miembros en su transposición: a) «*no puede considerarse que esta disposición defina el ámbito de aplicación material de la Directiva*» (§ 32) y *no* puede catalogarse como «*una disposición imperativa y vinculante, que los Estados miembros debían obligatoriamente incorporar como tal a sus ordenamientos*» (§ 39). b) Las cláusulas contempladas en el art. 4.2 están comprendidas en el ámbito regulado por la Directiva y, por tanto, como la armonización que persigue ésta es de mínimos, el art. 8 también se le aplica (§ 35): los Estados Miembros pueden autorizar un control judicial completo del carácter abusivo de estas cláusulas esenciales pues ello supondrá una protección efectiva más elevada que la de la Directiva (§ 43). c) En cambio, no supone elevar el nivel de protección, sino lo contrario y, por tanto, no es posible conforme al Derecho comunitario, una transposición incompleta que excluya del control a los elementos esenciales del contrato en todos los casos, incluso aunque hubiesen sido redactados de forma oscura y ambigua (§§ 37 y 39, de acuerdo con el caso *Comisión v. Países Bajos*).

5. Así formuladas las tres ideas no cabe hacerles ninguna objeción o reproche y, cabe decir, eran plenamente previsibles y coherentes con la jurisprudencia anterior del TJUE. Realmente la forma en que el Tribunal Supremo español planteó la cuestión prejudicial no parecía vaticinar otro resultado e incluso puede dudarse de su necesidad y utilidad, máxime tomando como punto de partida las cláusulas de redondeo, que tanto las sentencias de Audiencias Provinciales anteriores como las propias sentencias del Tribunal Supremo *posteriores* consideran como accesorias y no como objeto principal del contrato y, por ende, no están encuadradas en la exención del art. 4.2⁵; es más, están expresamente consideradas como abusivas por la reforma operada por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, aunque el litigio en

⁵ *Vid. infra* la jurisprudencia mencionada (parágrafos 17 y 20-26). En esta línea, correctamente a mi juicio, la Comisión Europea, el Gobierno español y Ausbanc cuestionaron la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial por no ser útil para resolver el litigio (§ 17). Pero dado que el Tribunal Supremo español sí considera en su planteamiento que estas cláusulas podrían versar sobre el objeto principal del contrato, el TJUE declara su propia competencia para examinar una cuestión que sería de interpretación del Derecho de la Unión Europea (§ 23-24).

estudio se planteó antes. El problema radica realmente en la forma en que el TJUE expresa alguna de esas tres ideas y, singularmente, la segunda, con una interpretación de lo que, a su juicio, es el Derecho vigente en España. Examinemos brevemente las tres afirmaciones.

6. En cuanto a que el art. 4.2 de la Directiva no delimita el ámbito de aplicación de la Directiva, no falta razón a quienes acusan ese planteamiento como excesivamente formalista, pues aunque el argumento tendrá la trascendencia jurídica de ampliar o no el margen de actuación de los Estados miembros y, como ahora se dirá, no es una calificación indiferente, a efectos prácticos igual será decir que unas cláusulas están excluidas del campo de aplicación de la Directiva que decir que están incluidas en él pero no pueden ser juzgadas como abusivas⁶. En la sentencia no llegan a plasmarse los razonamientos de la Abogada General para llegar a esa conclusión seguida por el TJUE: en concreto, la interpretación finalista o teleológica de la norma (el respeto a la libertad de mercado) y su interpretación histórica (pues la excepción del art. 4.2 no estaba en la versión inicial de la Directiva)⁷. No es el momento de detenerse en ello ahora. Baste decir que el propio informe de la Comisión europea de evaluación de los cinco primeros años de aplicación de la Directiva, publicado en 2000, parecía asumir ya como legítimo no transponer el art. 4.2⁸. Quizás más trascendencia técnica podría darse al rechazo de que el art. 4.2 defina el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, en definitiva, a la naturaleza jurídica de esa norma, en caso de un cambio de escenario de armonización mínima a armonización máxima como el que, también respecto al control de los elementos esenciales, planteaba la Propuesta de Directiva sobre Derechos de los consumidores de 2008 –cuyo art. 32.3 se descartó finalmente en la Directiva 2011/83, de 25 octubre–; como es sabido, el TJUE ha calificado como correcta la extensión nacional del régimen de Directivas de armonización máxima a supuestos excluidos del ámbito de su aplicación⁹. Con la interpretación de la sentencia *Caja Madrid*, en un hipotético escenario de armonización máxima, no parece que los estados miembros pudieran ampararse en la citada doctrina de sentencias como *Moteurs* o *Volksbank Romania* para declarar sujetos a control por abusivos los elementos esenciales del contrato redactados de forma clara.

7. Los problemas prácticos en el Derecho interno español se están produciendo realmente por la forma en que el TJUE expresó en sus §§ 42 y 43 la segunda idea antes mencionada. En efecto, está dentro de sus competencias afirmar, y la afirmación es certera, que los Estados miembros pueden prescindir de la excepción que representa el art. 4.2 de la Directiva y así elevar el nivel de protección de los consumidores por el carácter de mínimos de la Directiva. Pero la sentencia literalmente señala: «*en el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible* (§ 42) y «*debe observarse que, al autorizar la posibilidad de un control jurisdiccional completo del carácter abusivo de las cláusulas, como las contempladas en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva (...) la normativa española de que se trata en el litigio principal permite garantizar al consumidor, conforme al artículo 8 de la Directiva, una protección efectiva más elevada que la prevista por ésta*» (§ 43). El interpretar cuál es el Derecho interno vigente en un Estado miembro concreto está fuera de las competencias del TJUE, como se infiere del art. 267 TFUE. No corresponde al Tribunal de Luxemburgo decir cuál es el

⁶ PAISANT/SAN MIGUEL PRADERA, *op. cit.*, p. 115.

⁷ AG TRSTENJAK, *Conclusiones...*, cit., en particular, §§ 40 y 60.

⁸ COMISIÓN EUROPEA, *Informe sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, COM (2000) 248 final, § III.1.c. Pero repárese en el literal de las conclusiones de este documento (énfasis en cursivas añadido): «una gran parte de los Estados miembros no incorporó esta limitación relativa al ámbito de aplicación (DK, EL, E, L, FIN, P, S), sin que tampoco en este caso se plantearan problemas de aplicación práctica. La adopción de la Directiva no entrañó revisiones de precios ... por los tribunales».

⁹ Cfr. STJUE 4 junio 2009, asunto C-285/08, *Moteurs Leroy Somer v. Dalkia France, Ace Europe* [2009] ECR I-4733, §§ 24-32; STJUE 12 julio 2012, asunto C-602/10, *SC Volksbank România SA v. Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor - (CJPC)* [2012] (sin publicar), §§ 40, 43 y 44.

significado de una laguna legislativa en un Derecho nacional, sino sólo interpretar la Directiva y, en el caso que nos ocupa, señalar si una norma comunitaria puede o no ser alterada por los Estados Miembros al acometer su implementación. Más aún: la solución genuina del Derecho de la Unión Europea ante la falta de transposición de las reglas contenidas en una Directiva es la interpretación del Derecho nacional de conformidad con dicha Directiva¹⁰. Esta es la solución defendida por parte de la doctrina y la jurisprudencia en España para colmar el vacío de no transponer el art. 4.2 de la Directiva, tanto antes de la sentencia Caja Madrid¹¹ como después¹², ya que esas afirmaciones del TJUE sobre el Derecho español no suponen cambio alguno en las soluciones legales nacionales. Por supuesto, el problema de fondo es interpretar si el silencio del legislador español supone bien una omisión no querida, o sea, un error involuntario de transposición o bien una voluntad legislativa de excluir la regla de la Directiva. La historia de la transposición de la Directiva en España no deja lugar a dudas de que sucedió lo primero (*infra*, apartado III). Por lo tanto, no debería equipararse el silencio del legislador español (que constituye una laguna cuya solución es la interpretación conforme a la Directiva) con la falta de transposición de la misma regla en otros países, cuando el «silencio» en esos países responde a una expresa y consciente *voluntas legislatoris* de permitir el control de tales cláusulas en coherencia con los principios de su propio sistema jurídico. La ecuación de la sentencia (no transposición = voluntad de elevar el nivel de protección) no es exacta en todos los casos: no lo es, al menos, cuando el silencio se debió a un error en la votación parlamentaria, no se dio explicación alguna en el preámbulo ni en ningún sitio de un supuesto cambio tan trascendental (pues la voluntad del legislador era la contraria, transponer el artículo), ni ese cambio que permitiría un control de precios mediante la aplicación los requisitos de las cláusulas abusivas es coherente con el sistema constitucional español de libertad de mercado ni con el muy reducido papel de la rescisión por lesión en el Código civil español. No en vano, como ha puesto de relieve la doctrina, también en Francia, el contenido del art 4.2 de la Directiva es coherente con la falta de sanción de la rescisión por lesión en el Código civil¹³.

8. Aún cabe traer a colación, para refrendar el relativo valor de las afirmaciones de la sentencia sobre el Derecho vigente en España, la consolidada interpretación del TJUE sobre la delimitación de su propio papel y del de los tribunales nacionales ya en concreto respecto a la Directiva sobre cláusulas abusivas. Claramente desde la sentencia *Freiburger Kommunalbauten* de 2004¹⁴ en que el TJUE rechazó pronunciarse sobre el carácter abusivo de una concreta cláusula, el Tribunal ha consolidado esta distribución de papeles, como se recuerda en la reciente sentencia *RWE Vertrieb AG* de 2013¹⁵: «*la competencia del Tribunal de Justicia comprende la interpretación de las disposiciones de las mencionadas Directivas y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de esas disposiciones, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta tales criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual particular en función de las*

¹⁰ STJUE 27 junio 2000, asuntos C-240-244/98, *Océano Grupo Editorial v. R. Murciano Quintero* [2000] ERC I-4491, § 32, entre otros muchas sentencias, anteriores y posteriores, como *von Colson* [1984], *Faccini Dori* [1994] § 30, *Marleasing* [1990] § 8, etc.

¹¹ ARROYO MARTÍNEZ, I., «Comentario al art. 1 LCGC», en ARROYO, I. y MIQUEL, J. (dirs.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación* (Madrid: Tecnos, 1999), p. 31; PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas* (Madrid: Marcial Pons, 1999), pp. 280-281; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentarios a la DA 1ª de la LCGC», en MENÉNDEZ, A., Díez-PICAZO, L. (dirs.), ALFARO, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación* (Madrid: Civitas, 2002), p. 911; CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas 'abusivas' sobre elementos esenciales del contrato* (Navarra: Thomson Reuters/Aranzadi, 2006), pp. 158-160.

¹² CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentarios al art. 87 TRLGDCU» en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores* (Madrid: Colex, 2011), p. 888. De forma similar, PALAU RAMÍREZ, «Condiciones generales...», cit., p. 138 y ss. También, implícitamente la STS 18 junio 2012 (*vid. infra*) y, refrendando su criterio la STS 9 mayo 2013.

¹³ CALAIS-AULOIS, J., STEINMETZ, F., *Droit de la consommation* (Paris: 6ª ed., Dalloz, 2003), p. 203; NOBLÓT, C., *Droit de la consommation* (Paris: Montchrestien, 2012), p. 42; ambos citados en UK Law Commissions, *Advice...*, cit., *Appendix A. Comparative Law*, 2013, p. 4.

¹⁴ STJUE 1 abril 2004, asunto C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten GmbH v. L. Hofstetter and U. Hofstetter* [2004] ECR I-3403, § 21.

¹⁵ STJUE 21 marzo 2013, asunto C-92/11, *RWE Vertrieb AG v. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV* [2013] (sin publicar), § 48

circunstancias propias del caso». De hecho, en las varias sentencias donde se recuerda esta doctrina, el TJUE ha ofrecido al tribunal nacional criterios derivados de la legislación comunitaria para que sea este último quien determine si, a la luz de las circunstancias del caso y de la legislación nacional vigente la cláusula enjuiciada era abusiva o no¹⁶. Todo lo cual confirma que el TJUE podía determinar la naturaleza de la exclusión del control de los elementos esenciales, e incluso haber dado pautas sobre qué entender por éstos (cosa que no hace), pero no podía decidir cuál es el concreto régimen de control de los elementos contractuales esenciales en un Estado miembro (y a salvo su competencia para determinar si una concreta transposición vulnera el Derecho comunitario por rebajar el nivel de protección, por supuesto). Si, con el debido respeto, se insiste en estas líneas en este argumento es porque el Tribunal Supremo español ha fundando en algunos fallos el posible control judicial del objeto del contrato y de la adecuación del precio no en su propio criterio sobre el Derecho vigente en España, al parecer sólo tangencialmente expresado al plantear la cuestión prejudicial, sino en el criterio al respecto del TJUE, reproduciendo las líneas de éste antes transcritas como argumento irrefutable del *status* legislativo bendecido por el tribunal europeo. Esta consecuencia clave para el Derecho nacional puede dar un argumento más a quienes consideran que el TJUE pone demasiado énfasis en los derechos de los consumidores al interpretar las Directivas, llegando a interpretaciones excesivamente intervencionistas¹⁷. Sin embargo, para ser justos, no creo que el TJUE fuese plenamente consciente del impacto de sus palabras en el Derecho español ni creo que sea incorrecta, sino todo lo contrario, la interpretación que da sobre la posibilidad de cualquier Estado Miembro de someter a control las cláusulas sobre el objeto del contrato.

9. Pero entonces, si carecía de competencia para ello ¿por qué el TJUE formula en los términos transcritos su visión de lo que considera como Derecho vigente en España? En primer lugar, ni en la sentencia ni en el dictamen de la Abogado General existe un estudio propio de la jurisprudencia y la doctrina española sobre el alcance del silencio legislativo. En segundo lugar, sus afirmaciones descansan en cómo recibe o percibe la información que al respecto le suministra el Tribunal Supremo español. Lo llamativo es que éste, antes de la sentencia del TJUE nunca había expresado tal interpretación, ni parece que el auto de presentación de la cuestión prejudicial pueda considerarse en absoluto el cauce técnico para resolver una materia de este calado. Pero a juzgar por las expresiones del TJUE («*como señala el Tribunal Supremo*») ¹⁸ y por las afirmaciones de la Abogada General¹⁹, fue el propio Tribunal español el que indujo al TJUE a creer en ese *status* legislativo que el TJUE refrenda. Por fortuna, el Pleno del Tribunal Supremo ha enmendado esa posible inducción errónea y ha abandonado la sólo aparentemente

¹⁶ Así en STJUE 4 junio 2009, asunto C-243/08, *Pannon GSM Zrt. v. Erzsébet Sustikné Györfi* [2009] ECR I-4713, §§ 40-42; Auto TJUE 16 noviembre 2010, asunto C-76/10, *Pohotovost' s. r. o. v. Iveta Korčkovská* [2010] ECR I-11557, §§ 71-73; STJUE 9 noviembre 2010, asunto C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing Zrt. v. Ferenc Schneider* [2010] ECR I-10847, §§ 43, 50-56; STJUE 26 abril 2012, asunto C-472/10, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság v. Invitel Távközlési Zrt.* [2012] (no publicado), § 30; STJUE 14 marzo 2013, asunto C-415/11, *Mohamed Aziz v. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)* [2013] (no publicado), § 73-75; STJUE 21 marzo 2013, asunto C-92/11, *RWE Vertrieb*, cit., §§ 49, 50 y 54.

¹⁷ Examinan esta imputación, con análisis de distintas sentencias comunitarias, incluida *Caja Madrid*, TRSTENJAK, V. y BEYSEN, E., «European Consumer Protection Law: *Curia Semper Dabit Remedium?*», *CMLR*, 48, 2011, pp. 95-124, quienes concluyen, sin embargo (p. 123): «*the case law dealing with national rules guaranteeing a higher level of consumer protection than the level set down in the applicable consumer protection directives, reveals a normal application of the concepts of remedial and procedural autonomy of the Member States. More ambiguous is the case law concerning national legislation and procedures which do not provide the minimum standards of protection required by the consumer protection directives*».

¹⁸ Así, § 42 de la STJUE. A tenor de su § 14 (cursiva añadida), «*según el Tribunal Supremo*, la cláusula de redondeo puede constituir un elemento esencial de un contrato de préstamo bancario, como el que es objeto del procedimiento principal. Pues bien, dado que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva excluye que la apreciación del carácter abusivo se refiera a una cláusula relativa, en particular, al objeto del contrato, una cláusula como la controvertida en el procedimiento principal no puede, en principio, ser objeto de una apreciación de su carácter abusivo». Y según el § 15 de la STJUE, «*no obstante, el Tribunal Supremo también señala que, como el Reino de España no incorporó dicho artículo 4, apartado 2, a su ordenamiento jurídico, la legislación española somete el contrato en su conjunto a dicha apreciación.*».

¹⁹ De forma prudente, la Abogada General TRSTENJAK afirma en sus conclusiones (§ 48): «*el órgano jurisdiccional remitente señala, en su resolución de remisión, que las dudas relativas a la interpretación de la Directiva 93/13 tuvieron por consecuencia que el Reino de España, al igual que otros Estados miembros, renunciara a incorporar el artículo 4, apartado 2, a su ordenamiento interno, haciendo uso de la facultad que le atribuye el artículo 8 de la Directiva, que prevé una exclusión del control de contenido de las cláusulas [nota 19 de las Conclusiones: «Véase la página 12 de la resolución de remisión»]*».

cómoda senda que le brindaba la STJUE, aclarando en su STS de 9 mayo 2013 que ese no es el *status* normativo vigente en España, sino, todo lo contrario, debe entenderse vigente en nuestro país, pese al silencio legal, el contenido del art. 4.2 de la Directiva (*infra*, apartado IV.2 de este ensayo).

10. Por último, sobre la tercera de las ideas de la sentencia indicadas al inicio de este epígrafe, sólo un apunte. Aunque a primera vista pudiera parecer paradójico, es coherente con los fines de la Directiva afirmar, por una parte, explicando el resultado de la sentencia *Comisión v. Países Bajos*, que «toda adaptación del Derecho interno a dicho artículo 4, apartado 2, debía ser completa» (§ 39) y, por otra parte, permitir que el art. 4.2 no se transponga en absoluto, pues ello eleva el nivel de protección (§§ 42-44). La lectura correcta de estas interpretaciones no debe ser una tensión entre todo o nada, sino más bien, como en otro pasaje explica la sentencia, que los Estados miembros pueden establecer normas más estrictas que las de la Directiva (incluido el art. 4.2), «siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección» (§ 40). Por lo tanto, en un primer escenario, si un Estado decide transponer la exoneración del control de los elementos esenciales, igual que hace la Directiva, debe, como ésta, permitir sin embargo que sí se controlen cuando no fuesen redactados de forma clara, pues lo contrario sería una rebaja de protección: por esa transposición incompleta hubieron de reformarse las iniciales leyes de transposición en países como Francia, Países Bajos o Alemania²⁰, dejando constancia expresa del control de transparencia respecto al objeto principal del contrato y la adecuación del precio. Más aún, a mi entender, la sentencia *Caja Madrid* no prohíbe otras adaptaciones del art. 4.2 siempre que eleven el nivel de protección, como podría ser reforzar o incrementar los requisitos de transparencia de los elementos esenciales del contrato (como, por ejemplo, recientemente proponen las *Law Commissions* en el Reino Unido)²¹ o incluso indicar qué elementos esenciales sí se someten a control en todo caso (objeto, precio, adecuación) o sólo en algunos sectores de contratación (telefonía, gas, etc.). En cambio, en un segundo escenario, cuando un país decide no transponer en absoluto el art. 4.2 permitiendo un control de dichos elementos esenciales del contrato en todo caso, incluso aunque estén redactados de forma clara, dado que la protección del consumidor será superior, una tal decisión legislativa es conforme con la directiva. Pero entonces podría plantearse esta duda: ¿el hecho de no incluir como control específico y distinto del contenido mismo de la cláusula el requisito de la transparencia de los elementos esenciales (*Hauptelemente, core terms*) del contrato podría interpretarse como una merma de protección de los consumidores? La cuestión viene inducida porque aunque ni el art. 4.2 ni el 5 de la Directiva establecen consecuencias específicas por la falta de transparencia de los elementos esenciales (salvo en relación con la interpretación), algunos países, como especialmente en el caso de Alemania, consideran la infracción del llamado *Transparenzgebot* (deber de transparencia) como un genuino control que convierte la cláusula en abusiva²² y, por tanto, tiene las mismas consecuencias que el control de contenido de las cláusulas, mientras que otros muchos países, como es el caso de España, según la interpretación mayoritaria²³, las cláusulas no negociadas que no superan los requisitos de transparencia quedan fuera del

²⁰ Así, en Francia *Loi 95-96* de 1 febrero 1995 y en Alemania *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* de 26 Noviembre 2001. Aunque la doctrina alemana mayoritaria dudaba de la necesidad de incluir (en el actual § 307.3 BGB) una referencia expresa al deber de transparencia vigente para todas las condiciones generales (§ 8 AGBG) en relación con los elementos esenciales del contrato o *Hauptelemente*: por todos, véase KREIENBAUM, B., *Transparenz und ABG-Gesetz* (Berlin: Dunker & Humblot 1998), p. 307-308; en contra, CANARIS, C. W., «Wandlungen des Schuldrechts», *Archiv für die civilistische Praxis*, 200 (2000), p. 327.

²¹ La nueva redacción del artículo sugerida por ambas *Law Commissions* (*Advice...*, cit., p. V) es: «no assessment of fairness shall be made (a) of a term which specifies the main subject matter of the contract; (b) of the amount of the price, as against the goods or services supplied in exchange, provided that the term in question is transparent and prominent», siendo la palabra «prominente» uno de los nuevos elementos más destacados.

²² Incluso la AG TRSTENJAK parece aludir, con base en doctrina alemana, a que ese es el régimen que se deriva de la Directiva: *Conclusiones...*, cit., § 74: «Si, no obstante, no se respeta el principio de transparencia en el caso concreto, el control del carácter abusivo se extiende también sin restricciones a estas cláusulas del contrato». Sobre la conocida controversia acerca de si el requisito de transparencia comporta un control autónomo o es sólo una derivación de la regla general del art. 5.1 de la Directiva sobre la claridad en la redacción de las cláusulas, un examen temprano en la doctrina alemana y sobre el sentido de la Directiva ya en MICKLITZ, H. W., «Obligation of Clarity and Favourable Interpretation to the Consumer» in European Commission, *The Unfair Terms Directive, Five Years on. Evaluation and Future Perspectives* (Luxembourg, 2000), pp. 158 y ss. y 165.

²³ BERCOVITZ, R., «Comentarios a la DA 1.3. Art. 10bis 1 LGDCU» en BERCOVITZ, R. (dir.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación* (Navarra: Aranzadi, 1999), p. 764; GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Comentarios al art. 7. No

contrato por un control formal de inclusión o incorporación propio de la Ley de condiciones generales²⁴, pero no se consideran abusivas y, por tanto, nulas conforme al régimen de control de contenido propio de las cláusulas abusivas en la legislación de consumidores²⁵. Naturalmente, ante una falta de transposición total siempre se puede interpretar que los requisitos generales de transparencia para todas las cláusulas no negociadas se aplican igualmente al control de los elementos esenciales; pero para quienes sostengan que el deber de transparencia del art. 4.2 tiene una naturaleza especial, esa explicación podría no bastar. De hecho, la STS (Pleno) de 9 mayo 2013 adopta una importante y novedosa solución para el Derecho español vigente, que cambia el *status quo* descrito y se inclina por el carácter genuino del control de transparencia de los elementos esenciales. El Alto Tribunal considera que existe un *doble control o filtro de transparencia* en los contratos celebrados con consumidores: por una parte un primer control de incorporación establecido por los requisitos de transparencia propios de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) –«que es insuficiente para eludir [*sic*] el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente»– y, por otra parte, un específico control de transparencia propio de los contratos de consumo y derivado del TR-LGDCU para las cláusulas no negociadas, que «*incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato*»²⁶. Dicho en otros términos, la STS viene a entender que existe un primer control de transparencia documental para *todas* las condiciones generales que, superado, permite su incorporación y un segundo control de transparencia *reforzado o específico para los elementos esenciales* del contrato, que ha de permitir al consumidor poder conocer con sencillez tanto la «carga económica» del contrato como la «carga jurídica» en el sentido de definición clara de la distribución de los riesgos derivados de él; de no superarse este segundo control, la cláusula puede ser declarada abusiva.

11. Como luego se verá, la jurisprudencia española, hasta esta STS 9 mayo 2013, enfrentada con el control de auténticos elementos esenciales del contrato, ha tendido a acudir al argumento de su presentación poco transparente para invalidarlas, más que a usar la facultad que supuestamente se decía que tienen los tribunales españoles para realizar un control directo de dichas cláusulas conforme a los criterios generales sobre el carácter abusivo de una cláusula por derivación del asunto *Caja Madrid*.

III. La falta de transposición del artículo 4.2 de la Directiva en España y en otros sistemas legales: la peculiaridad «negligente» del silencio español

1. Las interpretaciones discrepantes sobre la falta de transposición

12. Como ya se explicó, el detonante de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español fue, en realidad, la interpretación del silencio del legislador español al no transponer art. 4.2

incorporación» en BERCOVITZ (dir.), *Comentarios*, cit., pp. 250-251; CÁMARA LAPUENTE, *El control...*, cit., pp. 33-34 y 125-126. Sin embargo, la solución contraria, esto es, la existencia de un control material específico que permite calificar como abusiva una cláusula por falta de transparencia ha sido defendido, con argumentos sólidos, principalmente por PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia* (Navarra, Aranzadi, 2004), *passim*, y PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., «Comentarios al art. 80 TR-LGDCU» en CÁMARA LAPUENTE, *Comentarios...*, cit., p. 707; esta última interpretación parece estar ganando adhesiones, matizadas, últimamente: por ejemplo, *vid.* PAGADOR LÓPEZ, J., «Condiciones generales y cláusulas abusivas» en REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M. (dirs.), *La defensa de los consumidores y usuarios* (Madrid: Iustel, 2011), p. 1413.

²⁴ Ex arts. 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 abril, sobre condiciones generales de la contratación.

²⁵ Ex arts. 80 y 83 TR-LGDCU aprobado por RDLeg. 1/2007, de 16 de noviembre.

²⁶ STS 9 mayo 2013, § 215. *Vid.* también §§ 197, 209-214 y 223 de la sentencia. La resolución considera que las cláusulas suelo superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general, pero no el de claridad exigible en las cláusulas de los suscritos con consumidores (§ 223), pues aunque las considera como cláusulas definitorias del objeto principal del contrato, «las propias entidades les dan un tratamiento impropiaamente secundario (...) lo que incide en la falta de claridad de la cláusula al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato» (§ 221). Sobre esta cuestión, entre la ya abundante bibliografía sobre cláusulas suelo, se recomienda, por todos y por su afinidad con los razonamientos del TS transcritos, el trabajo de PERTIÑEZ VÍLCHEZ, «Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», 1 *Aranzadi Civil-Mercantil*, 9 (2012), pp. 89-94 (BIB 2011\840).

de la Directiva. Tampoco otros países como Dinamarca, Finlandia, Suecia, Eslovenia, Grecia, Letonia, Luxemburgo o Rumanía incorporaron el contenido de ese artículo²⁷. Ahora bien, la no transposición puede consistir bien en una regla contraria a la de la Directiva por la que se afirme expresamente que el objeto del contrato sí puede controlarse como cláusula abusiva o bien en una falta absoluta de mención de la excepción de la Directiva. Si, como ocurre por ejemplo en los países nórdicos, se permite el control como cláusulas abusivas incluso de las cláusulas negociadas individualmente²⁸, es plenamente coherente con el sistema acogerse al carácter de armonización mínima de la Directiva y permitir el pleno control de los elementos esenciales. Pero en el caso español, la falta de transposición no tuvo ni pudo tener ese sentido, sino todo lo contrario.

13. Es una historia de sobra conocida que al transponer la Directiva 93/13 en España por medio de la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación se produjo un «error negligente»²⁹ en la votación parlamentaria que hizo eliminar del texto legal el tenor literal del art. 4.2 de la Directiva, cuando precisamente el Gobierno, que presentaba el proyecto de ley y contaba con la mayoría necesaria para aprobarlo, defendió con contundencia que dicho inciso debía formar parte del Derecho español tal cual. Ocurrió algo tan simple y absurdo como que llegado el momento de la votación, los parlamentarios votaron varias enmiendas a la vez, incluida una de un grupo minoritario que defendía la supresión del inciso. En esa votación conjunta de enmiendas propias y ajenas, los parlamentarios que minutos antes defendieron la necesidad de incorporar el art. 4.2 votaron inconscientemente en contra de sus planteamientos. Este desenlace no se ha corregido en reformas legislativas posteriores.

14. Merece la pena destacar que uno de los argumentos utilizados entonces por el Gobierno español para defender en el Parlamento su propuesta de implementar literalmente el art. 4.2 de la Directiva fue que el objeto y el precio «quedan expresamente excluidos del ámbito de la directiva por el propio texto de la misma; por tanto no cabría que nosotros fuéramos precisamente en contra de lo que la directiva excluye expresamente»³⁰. Tras la entrada en vigor de la ley, también doctrina muy autorizada que defendía que ese silencio por error no podía significar control judicial de precios esgrimió el argumento de que no era posible alterar el modelo de la Directiva, pues en este punto, se aducía, no tiene carácter de mínimos³¹ y pertenece a su ámbito de aplicación. El argumento pasó incluso a algunas sentencias³². También se llegó a sostener que el respeto al Tratado CEE impedía considerar el carácter de mínimos de la Directiva en este punto³³. Probablemente estos planteamientos se vieron inducidos por un uso acotado del Derecho comparado, pues la doctrina española de los años inmediatamente posteriores a la aprobación de la ley 1998 se fijó prácticamente sólo en las transposiciones hechas en Alemania, Francia, Italia o Reino Unido. En los años posteriores, y desde luego mucho antes del planteamiento de la cuestión prejudicial, hubo datos y estudios comparatistas, dentro y fuera de España (empezando por el informe de la Comisión Europea de 2000)³⁴ que ponían de relieve que existían sistemas que no habían transpuesto

²⁷ Vid. SCHULTE-NÖLKE, H., TWIGG-FLESNER, C., EBERS, M. (dirs.), *EC Consumer Law Compendium* (München: Sellier, 2008), p. 232.

²⁸ De acuerdo con el famoso § 36 de la Ley sobre Derecho contractual aprobada de 1975 en adelante en Dinamarca, Suecia y Finlandia.

²⁹ Así lo denominé en CÁMARA LAPUENTE, *El control...*, p. 61 y ss., con examenn completo de las circunstancias. Esta interpretación del resultado como producto de un error es subrayado de forma casi unánime por la doctrina española; así, en la doctrina citada en la n. 23: BERCOVITZ, *op. cit.*, p. 754-755; GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, p. 250; MIQUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 894 y 911; PERTÍÑEZ, *Las cláusulas...*, cit., pp. 63 y 136.

³⁰ En palabras del parlamentario Sr. Burgos Gallego, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, VI, 370, 10 Febrero 1998, p. 10918.

³¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Comentarios al art. 1 LCGC» en MENÉNDEZ/DÍEZ-PICAZO/ALFARO (dirs.), *Comentarios...*, cit., p. 132; MIQUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 909-910; PERTÍÑEZ, *Las cláusulas...*, cit., p. 64.

³² Por ejemplo, SAP Madrid 8 Septiembre 2005.

³³ BERCOVITZ, *op. cit.*, p. 765. El argumento afloró en la tercera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo, aunque, como dice J. Stuyck («Case Note on Case C-484/08...», cit., p. 450) «was irrelevant (see also the answer by the TJUE) and will not be discussed here».

³⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Informe sobre la aplicación...*, cit. [2000]; SCHULTE-NÖLKE/TWIGG-FLESNER/EBERS, *Compendium...*, cit. [2008].

el art. 4.2, que esa opción podía considerarse legítima y que la Directiva tenía también carácter de armonización de mínimos en este extremo³⁵.

15. La interpretación del silencio del legislador español hizo surgir en la doctrina y los tribunales dos posturas radicalmente enfrentadas. En esa tesitura, el Tribunal Supremo buscó la clarificación del TJUE. La doctrina mayoritaria³⁶ mantenía y mantiene que no cabe aplicar a los elementos esenciales los criterios de control de las cláusulas abusivas con argumentos contundentes: a) La falta de voluntad legislativa de hacerlo así, como demuestra la tramitación parlamentaria. b) La primacía de la autonomía de la voluntad diseñada por el sistema económico constitucional sobre la base de los principios de libertad de empresa, de precios y de libre competencia: la relación calidad precio es una cuestión económica y no jurídica que se rige por las reglas del mercado. c) La falta del requisito de la imposición en las cláusulas sobre elementos esenciales (precio/bien/servicio), pues el consumidor ha consentido o ha podido consentir sobre ellos, puede comparar ofertas (si son transparentes) y rechazarlas o aceptarlas, sabiendo qué va a adquirir y qué precio está dispuesto a pagar, por lo que esos elementos pueden entenderse negociados (incluso por ello parte de la doctrina entiende que no son técnicamente condiciones generales³⁷). d) El art. 4.2 de la Directiva ha recibido una transposición indirecta o implícita por la nueva redacción del art. 10 bis 1.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios al transponer la Directiva en 1998: donde antes la ley se refería al «justo equilibrio de las *contraprestaciones*», tras la implementación alude al «desequilibrio importante de los *derechos y obligaciones* de las partes», de conformidad con los arts. 3 y 4.2 de la Directiva; lo mismo establece hoy el art. 82 del Texto Refundido de 2007 de esa Ley; por lo tanto, se desplaza el control desde una hipotética vigilancia del desequilibrio económico (de las prestaciones u objetos que se intercambian) a una revisión del desequilibrio jurídico de derechos; este argumento ha sido recogido como decisivo en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 junio 2012 que entiende vigente en España el contenido del art. 4.2 de la Directiva pese a la sentencia *Caja Madrid* y ha sido refrendado por la STS (Pleno) 9 mayo 2013. e) La falta de transposición «formal» del art. 4.2 de la Directiva debe salvarse aplicando el principio de interpretación conforme establecido por el TJUE pues el silencio legislativo no es suficiente para entender producida esa transposición; aunque la jurisprudencia comunitaria admite implementaciones implícitas de la directiva, exige que se genere con ellas una situación «clara y precisa»³⁸; si la propia sentencia *Comisión v. Países Bajos* cree que no se cumple ese requisito con una consolidada jurisprudencia nacional conforme a la Directiva (en el sentido de que el control de transparencia sí se aplica a los elementos esenciales pese a la laguna legal), *a fortiori*, mucho menos podrá entenderse cumplido ese requisito de seguridad en una jurisprudencia dividida como la española, tanto antes como después de la sentencia *Caja Madrid* (al menos hasta la reciente STS 9 mayo 2013). f) Un control judicial de precios, por imperativo constitucional, sólo se da excepcionalmente y con autorización legislativa expresa (principio de legalidad), para lo que no basta un silencio normativo, que reintroduciría el mecanismo de la rescisión por lesión y el precio justo que el Código civil español descartó casi por completo. Antes de la sentencia *Caja Madrid* bastantes sentencias aplicaron esos argumentos y el art. 4.2 de la Directiva como la solución propia del Derecho español³⁹.

³⁵ Así lo sostuve en 2006 en CÁMARA LAPUENTE, *El control...*, cit., p. 25 y ss. y 171.

³⁶ Aparte de autores ya citados como ALFARO (también en *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 101 y ss. y 131 y ss.), CÁMARA, MIQUEL, PAGADOR, PALAU, PERTÍÑEZ, también defiende estos argumentos, entre otros, MÚRTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses* (Madrid: McGraw-Hill, 1999), p. 331 y *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos* (Madrid: Reus, 2012), pp. 79-80.

³⁷ La STS 9 mayo 2013, §§ 143-144, descarta esa última calificación y refrenda que pese a la falta de negociación sí tienen naturaleza de condiciones generales, acertadamente a mi juicio (*vid.* CÁMARA LAPUENTE, *El control...*, cit., pp. 154-158).

³⁸ STJUE 25 marzo 1995, asunto C-365/93, *Comisión v. Grecia*, [1995] ECR I-499, § 9 y STJUE 20 mayo 2001, asunto C-144/99, *Comisión v. Países Bajos*, [2001] ECR I-3541, § 17.

³⁹ Por ejemplo, SSAPs A Coruña 2 mayo 1996, Madrid 8 septiembre 2005 y Madrid 22 marzo 2007; también SJMerc. n° 1 de Alicante 3 enero 2005 y SJMerc n° 4 Madrid 21 noviembre 2005.

16. Por el contrario, un sector minoritario de la doctrina⁴⁰ sostuvo –y se ha sentido reforzado por la sentencia *Caja Madrid*– que la excepción del art. 4.2 de la Directiva no era aplicable en Derecho español con los siguientes argumentos: a) Al ser una Directiva de armonización mínima el legislador ha querido ampliar la protección de los consumidores al no transponer esa norma. b) El silencio legal debe interpretarse de forma favorable al consumidor en virtud del principio rector del sistema legal español sobre la defensa de los consumidores consagrado en el artículo 51 de la Constitución española. c) El sistema económico constitucional no prohíbe un control general de precios a favor del consumidor, pues tanto el legislador puede limitar el precio del dinero (v. gr., en la Ley de Crédito al consumo o en la Ley de Usura de 1908) como podría hacerlo una resolución de la autoridad judicial. Antes de la sentencia *Caja Madrid* muy pocas sentencias emplearon y llevaron hasta sus últimas consecuencias esos argumentos en relación con auténticos elementos esenciales, como, por ejemplo, los intereses remuneratorios de los préstamos⁴¹.

2. La incidencia del silencio legislativo en el examen judicial de las cláusulas de redondeo antes de la sentencia *Caja Madrid*

17. Retomando el caso concreto por el que el Tribunal Supremo español planteó la cuestión prejudicial, esto es, la cláusula de redondeo al alza de los intereses variables en los préstamos hipotecarios, debe destacarse que tales cláusulas están prohibidas en España en ese sector de la contratación desde la Ley 44/2002, de 22 de noviembre de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. Y también están prohibidas, en términos más generales para todos los contratos de consumo desde la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores, hoy en el art. 87.5 de la Ley de protección de consumidores tal como fue refundida por el Real Decreto 1/2007. Este precepto, sin antecedentes en la Directiva, considera cláusulas abusivas por falta de reciprocidad «las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva». Lo curioso es que en la adopción de esos cambios legislativos de 2002 y 2006 influyó poderosamente la jurisprudencia de los tribunales de primera instancia y de las Audiencias que declararon invariablemente la nulidad de tales cláusulas de redondeo por abusivas, afirmando a la vez que no se trata de elementos esenciales del contrato, sino accesorios, de eventual aplicación, que tienen relación con el precio pero no son el precio mismo, sino sólo una forma de su cálculo y, por lo tanto, sí quedan sometidos a control. Esta argumentación se expuso por primera vez en la SJPI nº 50 de Madrid de 11 septiembre 2001 y fue confirmada por la SAP Madrid de 10 octubre 2002 –citada y seguida por decenas de sentencias posteriores con los mismos argumentos–⁴²; y precisamente fue el recurso contra esta última sentencia ante el Tribunal Supremo el que propició que éste presentase al TJUE la cuestión prejudicial. Al cambio legislativo general de 2006 coadyuvó igualmente la jurisprudencia que declaró el carácter abusivo de las cláusulas de redondeo al alza en el precio de los contratos de aparcamiento de automóviles (cobro de una hora o media por estancia de

⁴⁰ Principalmente DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Las cláusulas abusivas en los contratos de consumo» en NIETO CAROL, U. (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* (Valladolid: Lex Nova, 2000), pp. 485-486 y CARRASCO PERERA, A., «Invalidez e ineficacia en los contratos con consumidores», en DELGADO, J. (dir.), *Las nulidades en los contratos: un sistema en evolución* (Navarra: Aranzadi, 2007), p. 182 y en su *Derecho de contratos* (Navarra: Aranzadi, 2011), p. 801 y ss., seguido por LYCZKOWSKA, K., «La validez del enjuiciamiento de las cláusulas relacionadas con el objeto del contrato: la cláusula de *service fee* o cargo por emisión», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 89 (2012), p. 557 y ss.

⁴¹ Así, destaca como excepción la SAP Asturias 9 julio 2004. Respecto a los intereses moratorios (que no son elementos esenciales ni precio, sino eventual penalización por incumplimiento), usa alguno de los argumentos la SAP Barcelona 11 julio 2007.

⁴² Tanto en acciones colectivas contra otras entidades financieras (SAP Madrid 10 octubre 2002, Valencia 19 octubre 2002, Islas Baleares 17 marzo 2003, Barcelona 29 marzo 2005 y 13 julio 2005, Madrid 21 febrero 2006, etc.) como en acciones individuales (SAP Valencia 19 octubre 2002, Barcelona 19 marzo 2004, Madrid 2 enero 2005, 13 julio 2005 y 21 noviembre 2005, Barcelona 26 enero 2006, etc.). Para un examen de esta jurisprudencia, DÍAZ VALES, F. «La nulidad del redondeo al alza o por exceso en los préstamos hipotecarios con interés variable», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 719 (2010), pp. 923-980 y CÁMARA LAPUENTE, «Comentarios al art. 87 TRLGDCU» en Id., *Comentarios...*, cit., p. 882 y ss.

minutos)⁴³ y en los contratos de telefonía móvil (cobro por tramos o unidades de tiempo que exceden el uso efectivo)⁴⁴, en las que expresamente se negó su carácter de elemento esencial del contrato y se abogó en todo caso por una interpretación del Derecho español conforme al art. 4.2 de la Directiva. Como bien sintetizó la exposición de motivos de la Ley 44/2006, la prohibición del redondeo se hizo para «dar mayor claridad en las modalidades de cálculo del precio de los contratos, evitando la facturación de servicios no prestados efectivamente».

IV. El impacto aparente, el impacto real y el impacto debido de la STJUE *Caja Madrid* en el sistema legal español

1. ¿Fin de la controversia («no con un estallido, sino con un quejido»)? No, en absoluto

18. Tras dictarse la sentencia *Caja Madrid* por el TJUE, la entidad financiera recurrente desistió del recurso. Era obvio que hubiera perdido el litigio bien por la calificación de la cláusula de redondeo como accesoria y contraria a la necesaria reciprocidad (conforme a la doctrina de las Audiencias expuestas) o bien su consideración como elemento esencial sobre el precio del contrato, elemento que, según la lectura aparente de la sentencia del TJUE, también podría ser anulado como cláusula abusiva en España. El Tribunal Supremo español dictó un Auto de 6 julio 2010 [JUR 2010/264207] en el que puso fin al litigio «sin necesidad de resolver acerca del recurso de casación», conforme marcan las reglas procesales. Citando los famosos versos de T.S. ELIOT, en una cuestión de esta trascendencia, aparentemente, «*this is the way the world ends / not with a bang but with a whimper*»⁴⁵. El Tribunal Supremo pudo cerrar el caso sin pronunciarse expresamente sobre la aplicabilidad o no del art. 4.2 de la Directiva en el Derecho español. Tendría que hacerlo en otros casos posteriores, pero a veces más con circunloquios y afirmaciones veladas que con palabras firmes y claras.

19. Parte de la doctrina española posterior ha entendido, a partir de las afirmaciones (aparentes) del TJUE sobre el Derecho vigente en España, que las dudas sobre la interpretación del silencio español han quedado zanjadas del todo y que el TJUE ha puesto fin a la controversia en España⁴⁶. En mi opinión, por desgracia para la seguridad jurídica, no es así en absoluto⁴⁷: primero, porque el TJUE no era competente para solventar esa cuestión ni sus afirmaciones sobre el Derecho español pueden entenderse en ese sentido (*supra*, apartado II); segundo, porque el Tribunal Supremo, en su labor de «complementar el ordenamiento» (art. 1.6 del Código civil) sí podría haber clarificado el sentido de la falta de transposición pero, como ahora se verá, no lo ha hecho *hasta la STS (Pleno) 9 mayo 2013*, pues existían sentencias contradictorias del propio TS que no permitían hablar de una jurisprudencia clara y precisa. Y mientras tanto, el legislador sigue sin aclarar, como debiera, esta cuestión.

2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo tras la STJUE «Caja Madrid»: ambigüedad y contradicciones hasta el cierre por la STS (Pleno) 9 mayo 2013

20. Es posible distinguir cuatro grupos de sentencias del Tribunal Supremo posteriores a *Caja Madrid* relacionadas con la cuestión de si el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y

⁴³ SJPI Madrid nº 46 de 20 marzo 2004 (confirmada por la SAP Madrid 8 septiembre 2005) y SJMerc. Nº 1 de Alicante de 3 enero 2005.

⁴⁴ SJMercantil Madrid nº 4 de 21 noviembre 2005 (pero revocada por la SAP Madrid 22 marzo 2007).

⁴⁵ ELIOT, T. S., *The Hollow man* (London, 1925).

⁴⁶ CASTILLA CUBILLAS, «La STJUE...», cit., p. 134; DOMÍNGUEZ ROMERO, «La fiscalización...», cit., pp. 174-175; LYCZKOWSKA, «La validez...», cit., p. 561.

⁴⁷ CÁMARA LAPUENTE, «Comentarios al art. 87», cit., p. 888; PALAU RAMÍREZ, «Condiciones generales...», cit., *passim*; ; ÁLVAREZ OLALLA, P., «No es posible el control de contenido sobre la cláusula de intereses remuneratorios. El Tribunal Supremo se manifiesta en contra de la doctrina del TJUE», 1 *Aranzadi Civil-Mercantil* 11 (2013), pp. 51-60 (versión electrónica, BIB 2013/468, citada aquí).

contraprestación pueden ser objeto de sanción como cláusulas abusivas. En primer lugar (a) sentencias sobre cláusulas de redondeo al alza en los intereses de los préstamos hipotecarios en las que la sentencia del TJUE se usa sólo como refuerzo argumental para declarar en todo caso su carácter abusivo, pero dejando en la ambigüedad si se considera que tales cláusulas son elementos esenciales o accesorios del contrato, aunque el Tribunal Supremo parece dejar entrever que no las considera esenciales (SSTS de 4 noviembre 2010, 29 diciembre 2010 y 2 marzo 2011); en este grupo puede incluirse también la STS 12 diciembre 2011 sobre los cargos de emisión de billete por parte de las compañías de transporte aéreo, que expresamente se niega que supongan el precio del servicio principal y se consideran abusivas. En segundo lugar (b) sentencias que eluden entrar a enjuiciar si las cláusulas litigiosas versan sobre elementos esenciales del contrato (en casos en que, a diferencia de los anteriores, quizás podrían serlo), eluden la cita del art. 4.2 de la Directiva y de la sentencia del TJUE y concluyen su ineficacia bien por vía del requisito de la transparencia (SSTS de 22 diciembre 2009 y 17 junio 2010 sobre productos financieros) o bien por aplicación de la lista (negra/gris en España) de cláusulas abusivas (STS 13 marzo 2012 sobre el alquiler de un aparato necesario para ver los programas de televisión contratados). En tercer lugar, (c) una sentencia que clara y contundentemente declara que pueden enjuiciarse los elementos esenciales mediante el control de contenido de las cláusulas abusivas con base en la sentencia *Caja Madrid* y en la falta de transposición: STS 1 Julio 2010 sobre las cláusulas que definen o delimitan el riesgo cubierto en el contrato de seguro (cláusula que claramente versa sobre el objeto principal del contrato *ex* considerando 19 de la Directiva). En cuarto lugar, (d) una sentencia diametralmente opuesta a la anterior que entiende que debe aplicarse en España el art. 4.2 de la Directiva y que no pueden controlarse elementos esenciales por esta vía, como claramente lo son los intereses remuneratorios de los préstamos (que constituyen su precio): STS 18 junio 2012. Y, finalmente, en este último grupo, se apoya y refrenda sin ambages la solución de esta última sentencia, la *STS (Pleno) de 9 mayo 2013*, que considera las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios a interés variable como cláusulas definitorias del objeto principal del contrato (precio) y declara, de conformidad con el art. 4.2 de la Directiva, desmarcándose de la aplicación de la STJUE *Caja Madrid* al ordenamiento español –que había preconizado en fallos anteriores– que no cabe un control material de dichas cláusulas como abusivas, sino tan sólo un control de transparencia⁴⁸.

21. Como puede apreciarse, hasta la STS 9 mayo 2013, el panorama distaba de ser claro, pues cuando el control versaba sobre auténticos elementos esenciales hay dos sentencias contradictorias [(c) vs. (d)]; cuando no se estaba en realidad ante elementos esenciales (a) el Tribunal aprovecha para recordar (*obiter dicta*, pues) que aunque lo fueran los podría controlar con aplicación de la legislación sobre cláusulas abusivas; y cuando podría haber aplicado esa misma doctrina ante auténticas cláusulas sobre el objeto principal del contrato (b), eludía entrar en ello, incluso pese a que es alegado por las partes, y acudía al control formal de incorporación o transparencia por falta de claridad o a otros instrumentos. Examinemos con algo más de detalle estas resoluciones, dejando que hablen por sí mismas.

22. (a) La primera de las sentencias sobre la cláusula de redondeo al alza después de *Caja Madrid*, la STS de 4 noviembre 2010 [RJ 2010/8021], confirma el carácter abusivo de la cláusula como habían hecho los tribunales inferiores y, ante la alegación de la entidad financiera de la imposibilidad de controlar los elementos esenciales por aplicación del art. 4.2 de la Directiva, el Tribunal, muy escuetamente cita la sentencia del TJUE de 3 junio 2010 en el sentido de que ese precepto no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional completo del carácter abusivo de esas cláusulas, sin dar mayor argumentación ni sobre si considera principal ni accesoria una tal cláusula ni sobre cuál sea el Derecho vigente en España. La siguiente sentencia, de 29 diciembre 2010 [RJ 2011/148], también brevemente sólo afirma: «la innecesidad de un pronunciamiento específico en el caso resulta, por un lado, de que la sentencia de esta Sala de 4 noviembre 2010 declaró abusivas» esas cláusulas conforme a la definición general de cláusula abusiva «y por otro lado, de que resulta indiferente si se trata o no de fijación del precio, porque la sentencia del TJUE de 3 junio 2010 ha resuelto» que el art. 4.2 de la Directiva no se opone a

⁴⁸ Sobre los perfiles de ese control de transparencia según esta STS, *supra* § 10 del presente ensayo.

una normativa nacional distinta. Exactamente la misma argumentación reproduce la STS de 2 marzo 2011 [RJ 2011/1833] que, sin embargo, es la primera del Tribunal Supremo que, confirmando los argumentos de la sentencia apelada, explica los fundamentos del carácter abusivo de esta cláusula: «*su objeto no es establecer el precio del contrato, ni se encamina a retribuir ninguna prestación. Se trata de un exceso meramente aleatorio, que pretende la simplificación del cálculo de la cantidad que debe ser abonada en concepto de interés y (...) provoca un desequilibrio importante en las prestaciones de las partes, pues la posición del banco queda reforzada mediante la percepción de unos ingresos sin contraprestación y contrariamente se debilita la posición del pretatario que se ve obligado a pagar siempre un exceso sin recibir nada a cambio*»⁴⁹. Dentro de este primer grupo de sentencias puede incluirse con caracteres propios la STS de 12 diciembre 2011 [RJ 2012/37] sobre la cláusula que impone un cargo por la emisión del billete de embarque en el vuelo impuesta por la propia compañía aérea que ofrece la contratación on line. Por una parte, el Tribunal afirma (fundamento 5º) que «la equiparación entre el cargo por emisión y el precio del transporte resulta inexacta desde los puntos de vista económico y contractual», por lo que el tribunal no considera que esos cargos o «*fee services*» estén integrados en el objeto principal del contrato, sino que respondían a la tramitación de éste hasta su perfección (fundamento 7º); pese a lo cual y para pronunciarse sobre la alegación del empresario, el Tribunal alude a que la transposición de la Directiva «dejó fuera de su contenido reformador» el art. 4.2 de la Directiva, menciona el carácter de mínimos de ésta y cita la sentencia *Caja Madrid* del TJUE, para acabar declarando abusiva la cláusula (que no considera objeto principal del contrato) por medio de algunas prohibiciones específicas de la lista negra/gris de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (hoy arts. 89.3 y 89.5 TR-LGDCU), que no versan sobre elementos esenciales, sino accesorios, como fundamentalmente, el apartado 24 de la Disposición Adicional 1ª LGDCU de 1984 (actual art. 89.5 TR-LGDCU de 2007): «los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación».

23. (b) El rasgo definitorio de las sentencias del segundo grupo es acudir al control formal de las cláusulas por no estar redactadas con la suficiente claridad o sencillez, evitando calificar su naturaleza jurídica como cláusulas sobre el objeto principal del contrato (cuando podrían serlo esta vez)⁵⁰ y omitiendo toda mención al art. 4.2 de la Directiva y a la sentencia *Caja Madrid*. Las sentencias del Tribunal Supremo de 22 diciembre 2009 [RJ 2010/703] y 17 junio 2010 [RJ 2010/5407] versaban sobre el mismo producto financiero, presentado al consumidor como «depósito de alta rentabilidad»; en el contrato se contenía una cláusula que en realidad lo convertía en un depósito de alto riesgo, pues se establecía una retribución especial para la entidad financiera en caso de que cayese la cotización de las acciones que servían de referencia para calcular la rentabilidad, de manera que todo el riesgo de pérdidas se repercutía en el cliente. Aunque las sentencias de los tribunales inferiores consideraron el carácter abusivo de esa cláusula por producir un desequilibrio en perjuicio de los consumidores, ya que el aumento o disminución del valor de las acciones citadas no tenía efectos simétricos en la imputación de los beneficios o pérdidas a una u otra parte contratante, el Tribunal Supremo considera inútil y superfluo entrar en esa consideración porque ya ha declarado la nulidad de la cláusula por falta de transparencia (en uno de los pocos supuestos en que había considerado abusiva por falta de transparencia una cláusula, en línea con la jurisprudencia alemana sobre la *Transparenzgebot*). Por último, en este grupo puede mencionarse la STS 13 marzo 2012 [RJ 2012/4527]: en los contratos celebrados con consumidores por ciertas empresas

⁴⁹ Estas afirmaciones del FD 3º las da como «hecho probado de la sentencia», que encabeza el texto transcrito, el cual se cierra con un «este argumento se mantiene», para a continuación citar la STS de 4 noviembre de 2010 y la STJUE de 3 junio 2010, como hacían las citadas sentencias anteriores. Hay que añadir que, naturalmente, abusiva es sólo la cláusula de redondeo al alza, no lo que prevé el redondeo al alza o a la baja, según cuál sea la fracción más próxima al interés que queda al revisar el interés variable. Así lo entiende la STS 2 noviembre 2010.

⁵⁰ Así lo sostienen los comentaristas de las dos primeras sentencias, que precisamente desarrollan su análisis en torno a la posibilidad de control de los elementos esenciales del contrato como argumento central que el Tribunal evita considerar: así, respectivamente, SABORIDO SÁNCHEZ, P., «Comentario a la STS 22 diciembre 2009», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil (CCJC)* 85 (2011), pp. 78-90 y GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario a la STS 17 junio 2010», *CCJC* 86 (2011), pp. 799-812.

de suministro de canales de televisión y contenidos digitales se imponía una estipulación por la que el cliente debía alquilar un aparato de descodificación que no había sido solicitado y sin el cual no se podía disfrutar de los servicios ofertados; el tribunal califica (discutiblemente) el alquiler de ese instrumento como «accesorio» y, por lo tanto, no comprendido en el objeto principal del contrato y, en consecuencia, declara su carácter abusivo por vulnerar la regla (apartado 23 DA 1ª LGDCU, actual art. 89.4 TR-LGD-CU) que prohíbe «la imposición al consumidor de bienes y servicios complementarios no solicitados».

24. (c) La STS de 1 de julio 2010 [RJ 2010/6554], la primera sobre el posible control judicial de los elementos esenciales tras la sentencia *Caja Madrid*, es la más clara y contundente en seguir la doctrina de ésta y afirmar sin dudas la licitud de dicho control en el Derecho español. El litigio derivaba de una acción colectiva planteada por una asociación de consumidores sobre el carácter abusivo de un buen número de cláusulas incluidas en los contratos de seguros de varias compañías aseguradoras. El Tribunal Supremo confirmó la nulidad de siete cláusulas. En particular se pronunció sobre las cláusulas delimitadoras del riesgo que, sin dudas, el considerando 19 de la Directiva 93/13 pone como ejemplo paradigmático de cláusula sobre el objeto principal del contrato. Según el Tribunal⁵¹, «una cosa es que los Estados de la Unión no tengan obligación de control del carácter abusivo de las cláusulas claras y comprensibles y otra muy diferente que ese control no sea posible en España, ya que: 1) Los límites al control de abusividad impuestos por la Directiva son límites mínimos... [cita la sentencia *Caja Madrid*]. 2) La norma nacional no ha transpuesto el artículo 4.2 de la Directiva y al tratar de las cláusulas abusivas la legislación de consumo no diferencia entre las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato y a la adecuación entre precio y contrapartida por un lado, y la cláusula con otro contenido por otro, por lo que, como afirma la referida sentencia de 3 de junio de 2010 del TJUE, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden apreciar» ese carácter abusivo. Y añade que «la naturaleza definitoria o no del riesgo de un cláusula no ha de suponer obstáculo alguno para la intervención del Estado, por medio de los Tribunales de Justicia, en el control del contenido de las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores a fin de examinar tanto de su claridad y comprensibilidad, como del equilibrio de las prestaciones». Aunque, pese a la claridad del planteamiento, no puede dejar de apuntarse que a la hora de concluir el carácter abusivo de las concretas cláusulas sobre el objeto principal deriva su ilicitud más bien que no son claras y comprensibles, pues «en el caso enjuiciado la insuficiencia de la información y la falta de transparencia es determinante de un desequilibrio perjudicial para el consumidor y, en su consecuencia, de su carácter abusivo»⁵².

25. (d) Por último, la STS de 18 junio 2012 [RJ 2012/8857] tiene un planteamiento radicalmente contrario al anterior y considera, eludiendo toda cita a la sentencia *Caja Madrid* del TJUE, que el art. 4.2 de la Directiva debe aplicarse en España. El caso versaba sobre el posible carácter abusivo de los intereses remuneratorios del préstamo hipotecario que, sin duda, son considerados por toda la doctrina y la jurisprudencia como objeto principal de dicho contrato, su precio (a diferencia de los intereses de demora, que son una sanción o pena accesoria). El tribunal admite que sería posible examinar su posible ilicitud por aplicación de la ley de usura (aunque finalmente lo descarta por no considerar los intereses excesivos), pero no por la normativa de cláusulas abusivas. En esta línea afirma que el Derecho de los consumidores, pese a su función protectora, no ha alterado el principio de libertad de precios y apunta una suerte de transposición del art. 4.2 de la Directiva, pues «en la modificación de la antigua Ley general de defensa de consumidores de 1984, por la aportación del nuevo artículo 10.1.C, se sustituyó la expresión amplia de ‘justo equilibrio de las contraprestaciones’ por ‘desequilibrio importante de los derechos y obligaciones’, en línea con lo dispuesto por la Directiva a la hora de limitar el control de contenido que podía llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, de ahí que pueda afirmarse que no se da un control de precios, ni del equilibrio de las prestaciones propiamente dicho». Y confirma que «aunque doctrinalmente no hay una posición unánime al respecto, debe entenderse, por aplicación teleológica de la Directiva de 1993, artículo 4.2, que los elementos esenciales

⁵¹ Vid. sobre todo los §§ 74, 75 y 80 de la extensa sentencia. Cfr. también § 91 y 217.

⁵² § 80 de la sentencia. Vid. además §§ 179 y 217.

*del contrato, si bien excluidos del control de contenido, no obstante pueden ser objeto de control por la vía de inclusión y de transparencia». Por todo ello, concluye que el «control de contenido no permite entrar a enjuiciar la justicia y el equilibrio contraprestacional de los elementos esenciales del contrato y, por tanto, a valorar la posible ‘abusividad’ del interés convenido». Aunque el Tribunal pone mucho empeño, hasta en cuatro ocasiones o pasajes distintos, prácticamente en todos los fundamentos de derecho, por afirmar claramente que no cabe el control como abusivos de los elementos esenciales, para ser precisos posiblemente esas afirmaciones hayan de considerarse como *obiter dicta*, dado que en el concreto litigio consideró que los clientes no tenían la consideración de consumidores, por lo que no podía aplicárseles esa normativa.*

26. La STS de 9 mayo 2013, sentencia del pleno de la Sala de lo Civil, sin votos particulares, confirma el planteamiento de la STS 18 junio 2012 y lo hace en su *ratio decidendi*, pues parte de la premisa de que las llamadas «cláusulas suelo» de los intereses variables en los préstamos hipotecarios celebrados con consumidores sí constituyen el objeto principal del contrato: «*forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato (...) y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial*» (§§ 189-190 de la sentencia). Por lo tanto, el TS se enfrenta propiamente al problema de si aplicar el art. 4.2 de la Directiva a estas cláusulas (sin poder controlar su equilibrio material, pero sí su transparencia) o si no aplicarlo, como había defendido en la STS 1 julio 2010 analizada *sub c*), y, en consecuencia, al amparo de la STJUE *Caja Madrid*, pudiendo entrar a efectuar un control material pleno de dicha cláusula incluso aunque fuese transparente⁵³. La STS 9 mayo 2013 se desmarca de este último planteamiento directo de la STS 1 julio 2010 (y de otros indirectos antes analizados) y, actuando como ponente de ambas el mismo magistrado⁵⁴, lo cual refuerza la elegante rectificación del órgano en toda regla, concluye en su § 196: «a) Que las cláusulas suelo examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato. b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio»; la excepción que salvaguarda es el control de transparencia, como indica en el párrafo siguiente, § 197: «sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia», antes expuesto⁵⁵. La forma de desdecir la doctrina del propio Tribunal Supremo anterior a la STS 18 junio 2012 es reveladora de la plena enmienda que el Tribunal parece querer hacer de los equívocos surgidos de la cuestión prejudicial y las consecuencias que extrajo de la STJUE 3 junio 2010: en concreto, y bajo el rótulo de «el limitado control de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato» (fundamento 10º, apartado 2.2), el TS primero subraya con cita del art. 4.2 de la Directiva y de su considerando 19 que «como regla, no es susceptible de control» una cláusula definitoria del objeto principal (§ 192); al referirse y transcribir los apartados 40, 44 y 49 de la STJUE *Caja Madrid* de 2010, la STS 9 mayo 2013 pone sumo cuidado evitar transcribir los apartados 42 y 43 de esa sentencia, donde se hacía referencia expresa a la situación española «según el Tribunal Supremo» y elimina con corchetes y puntos suspensivos todas las referencias que el Tribunal de Luxemburgo hacía acerca del Derecho español, referencias que han sido examinadas y criticadas al inicio de este trabajo, para quedarse sólo con la idea de que cualquier normativa nacional podría autorizar el control jurisdiccional pleno del carácter abusivo de todas las cláusulas y, de hecho, la STS alude a esta posibilidad hoy expresamente contemplada en el art. 8bis de la Directiva de cláusulas abusivas tras su modificación por la Directiva 2011/83⁵⁶. Pero lo más interesante estriba en

⁵³ Como habían hecho ya múltiples sentencias de juzgados de lo mercantil con el argumento, entre otros, de la falta de reciprocidad, bien se entendiera la cláusula como elemento esencial o accesorio del contrato: a modo de ejemplo, la propia SJMerc. nº 2 Sevilla 30 septiembre 2010 (revocada en apelación, pero parcialmente confirmada por esta STS 9 mayo 2013), León 11 Marzo 2011, Alicante 23 junio 2011 y Palma de Mallorca 2 febrero 2012. *Vid.* también SAP Cáceres 23 mayo 2012, entre otras.

⁵⁴ R. Gimeno-Bayón Cobos. Los ponentes de las SSTS antes examinadas fueron, respectivamente, ATS 6 julio 2010 (Ferrándiz Gabriel), STS 4 noviembre 2010 (Ferrándiz Gabriel), STS 29 diciembre 2010 (Corbal Fernández), STS 2 marzo 2011 (Seijas Quintana), STS 12 diciembre 2011 (Ferrándiz Gabriel), STS 13 marzo 2012 (Ferrándiz Gabriel) y STS 18 junio 2012 (Orduña Moreno).

⁵⁵ *Supra*, apartado II del presente análisis (§ 10).

⁵⁶ §§ 193 y 194 de la STS 9 mayo 2013.

cómo quita valor a las afirmaciones de SSTS anteriores para conceder plena valía jurisprudencial a lo establecido en la STS 18 junio 2012. Señala en el § 195 tras referir la doctrina contenida en la STJUE *CajaMadrid* en los términos expuestos: «en aplicación de tal doctrina esta Sala en las SSTS 401/2010, de 1 de julio; 663/2010, de 4 de noviembre; y 861/2010, de 29 de diciembre, apuntaron, más o menos obiter dicta [dicho de paso] la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato. Esta posibilidad, sin embargo, fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las «contraprestaciones» —que identifica con el objeto principal del contrato— a las que se refería la LCU en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio». Con esta interpretación consolidada del Derecho en vigor en España, la sentencia aborda los problemas específicos de la cláusula enjuiciada (y concluye, § 256, que «las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos») y —amén de otras consideraciones que merecerían ulterior reflexión y comentario que escapa a los límites de este trabajo—, declara nulas por falta de transparencia la cláusulas suelo enjuiciadas dejando subsistente el contrato⁵⁷.

3. Conclusión: la incertidumbre sobre el control judicial de precios y la pasividad del legislador

27. Si bien el impacto aparente de la sentencia *Caja Madrid* a primera vista podría haber sido zanjar la cuestión, permitiéndose el control del objeto principal del contrato y la relación calidad/precio mediante el régimen propio de las cláusulas abusivas, su impacto real dista de ser ése: ni podía el TJUE zanjar la cuestión en el Derecho nacional ni lo había hecho el Tribunal Supremo español hasta la STS plenaria de 9 mayo 2013. Y en este punto conviene recordar algunas afirmaciones de la sentencia *Comisión v. Países Bajos* de 2001: para implementar una directiva no es imprescindible una acción legislativa pero el Derecho nacional debe garantizar que la Directiva será plenamente eficaz en el Estado miembro y que los individuos pueden confiar en que los derechos derivados de ella se aplicarán por los tribunales nacionales⁵⁸; en ese litigio, según el TJUE, «una jurisprudencia nacional, aun cuando se la reputa consolidada, que interprete unas disposiciones de Derecho interno en un sentido considerado conforme con las exigencias de la Directiva no puede tener la claridad y la precisión necesarias para cumplir la exigencia de seguridad jurídica»⁵⁹. Pues bien, cabe decir, aplicándolo a la sentencia *Caja Madrid* y sus derivaciones posteriores en España, que si ni siquiera una interpretación judicial uniforme y conforme con la directiva comporta el grado de seguridad jurídica que el TJUE requiere para la transposición de las normas de consumo, mucho menos podrá decirse debidamente transpuesta esa norma cuando no existe una tal jurisprudencia clara y uniforme. El puro silencio, pese a versar sobre una norma de mínimos, no debería bastar para entender el sentido de una transposición como divergente del de la Directiva, sin otros datos legales o confirmación jurisprudencial clara. Por lo tanto, mientras el legislador no se pronuncie, como debería, con plena libertad para hacerlo en un sentido o en otro, la solución debería ser la interpretación de la legislación española conforme a la Directiva y, por ende, la aplicación del espíritu del art. 4.2 en su integridad. Mientras tanto, al menos, puede colegirse de la jurisprudencia española examinada (anterior a la STS 9 mayo 2013), que el control de auténticos elementos esenciales del contrato que no hubiesen sido redactados de manera clara y comprensible sí se estaba produciendo por los tribunales, con un cada vez más acusado recurso al canon de la transparencia como filtro previo para evitar entrar a fondo en el posible control de las cláusulas sobre el objeto principal del contrato (incluido, claro

⁵⁷ Así, en particular, la STS 9 mayo 2013 arguye que «no cabe identificar 'objeto principal' con 'elemento esencial'» para poder decretar la nulidad de estas cláusulas suelo sin tener que declarar la nulidad total del contrato, por entender que éste puede subsistir por no ser «parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo y con ello de su objeto y causa» (§ 274) y por ello declara esa nulidad parcial (§ 275).

⁵⁸ STJUE 25 marzo 1995, asunto C-365/93, *Comisión v. Grecia*, [1995] ECR I-499, § 9 y STJUE 20 mayo 2001, asunto C-144/99, *Comisión v. Países Bajos*, [2001] ECR I-3541, § 17.

⁵⁹ STJUE 20 mayo 2001, *Comisión v. Países Bajos*, § 21. El gobierno neerlandés alegaba que sus tribunales estaban interpretando el inciso sobre transparencia del art. 4.2 de conformidad con la directiva.

es, el precio) redactadas de manera clara y comprensible. La STS 9 mayo 2013 refrenda este control especial derivado del requisito de la transparencia pero cierra la vía a anteriores interpretaciones del propio tribunal sobre un puro control de contenido de cláusulas (transparentes) que versen sobre el objeto principal del contrato o la relación calidad/precio. En ese designio por fomentar la seguridad jurídica a la que apela la STJUE *Comisión v. Países Bajos* de 2001, el día anterior a la fecha de esta STS de pleno, el 8 de mayo de 2013 el Tribunal Supremo organizó una jornada sobre las repercusiones de la doctrina de la STJUE 14 marzo 2013 (caso *Aziz*) en materia de cláusulas abusivas en ejecuciones hipotecarias y publicó unas conclusiones con carácter orientativo para la ulterior labor judicial, en las que, en la misma línea, afirmaba dentro de la 7ª conclusión: «en cuanto a las cláusulas de intereses remuneratorios con carácter general se considera que dichos intereses forman parte del precio, de forma que las cláusulas no pueden declararse abusivas, debiendo limitarse el examen judicial al control de transparencia».

28. Por lo demás, en la jurisprudencia comunitaria, un buen ejemplo de la trascendencia del requisito de la transparencia como «excepción a la excepción» de control por abusivos de los elementos esenciales puede verse en el Auto del TJUE de 16 noviembre 2010 (caso *Pohotovost*), en el que el Tribunal entiende que «podría llevarse a cabo un examen del carácter abusivo de la cláusula del contrato de préstamo que omite la indicación de la TAE a la luz de la Directiva 93/13» de cláusulas abusivas, pues se trata de un «dato que reviste una importancia esencial en el contexto de la Directiva 87/102» de crédito al consumo. Por lo tanto, según esta sentencia, aunque pueda considerarse que esta cláusula está comprendida como elemento esencial del contrato en la exclusión del art. 4.2 de la Directiva 93/13, puede examinarse como abusiva, pues el ocultar esa información podría vulnerar el requisito de la redacción clara y comprensible del citado artículo⁶⁰.

29. Lo más grave de la situación de incertidumbre en España, a la que ahora el Tribunal Supremo ha tratado de poner coto, es que el legislador ha tenido y tendrá nuevas oportunidades para aclarar la cuestión en uno u otro sentido y no parece inclinado a hacerlo: así en las reformas legales aprobadas por el Parlamento en mayo de 2013 para adaptar el sistema español a la sentencia *Aziz* del TJUE sobre las cláusulas abusivas y el procedimiento de ejecución hipotecaria no se aborda el asunto de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato, ni tampoco en el borrador de proyecto de transposición de la Directiva 2011/83, cuyo art. 32⁶¹ (obligación de informar a la Comisión sobre la extensión nacional de la evaluación del carácter abusivo al precio, que se recuerda así en la Directiva 2011/83, es perfectamente posible) brinda una excelente oportunidad para un pronunciamiento legislativo expreso.

V. Cuestiones no resueltas por la sentencia *Caja de Madrid* y problemas futuros

30. Al margen del impacto de la sentencia *Caja Madrid* para el Derecho español, esta resolución no se pronuncia sobre algunas cuestiones de estricto Derecho de la UE que antes o después podrán plantearse expresamente ante el TJUE sobre la aplicación del art. 4.2 de la Directiva (epígrafes 5.1 y 5.2). Y, por otra parte, en el escenario de los sistemas jurídicos que no han transpuesto ese artículo, cabe plantearse otro par de reflexiones prospectivas (5.3 y 5.4).

1. ¿Qué son «objeto principal del contrato» y «adecuación entre precio y bienes» a los efectos del artículo 4.2 de la Directiva?

31. La sentencia *Caja Madrid* no llega a decir si considera como objeto principal del contrato la discutida cláusula de redondeo al alza de intereses, ni da criterios al juez nacional para saber cuándo se está ante elementos esenciales y cuándo no. Conforme a Derecho español, según se ha visto, tal cláusula

⁶⁰ Auto TJUE 16 noviembre 2010, asunto C-76/10, *Pohotovost's. r. o. v Iveta Korčkovská*, [2010] ECR I-11557, §§ 71-73 y 77.

⁶¹ Mediante la introducción del nuevo art. 8bis en la Directiva 93/13.

no debe merecer esa naturaleza jurídica y así se infiere de la jurisprudencia anterior y posterior a *Caja Madrid*⁶². Seguramente los criterios de delimitación que usa la jurisprudencia alemana para distinguir las *Hauptleistungen* y las *Nebenleistungen* o *Preisnebenabreden* (cláusulas accesorias sobre el precio) llevarían a la misma solución en Alemania. Y probablemente tampoco sean consideradas elementos esenciales en Bélgica⁶³, a diferencia, quizás de lo que podría ser su naturaleza en Francia⁶⁴.

32. El TJUE no da pautas para delimitar cuándo se está ante cláusulas que regulan el objeto principal del contrato o la adecuación del precio con su contraprestación. Dado que son conceptos introducidos en una norma de Derecho de la UE, si fuese expresamente preguntado por ello podría y debería dar criterios para interpretar esos conceptos⁶⁵, de acuerdo con su conocida doctrina sobre su papel en la interpretación de las reglas sobre cláusulas abusivas (*supra*, § 8). Por el momento, sólo es posible inferir acaso de algunas sentencias del TJUE qué cláusulas relacionadas con el precio, pero que no son el precio mismo o la relación calidad/precio del art. 4.2, pueden considerarse abusivas bajo ciertas circunstancias y criterios y, por lo tanto, no están amparadas en la exclusión de ese artículo: así ocurre con las cláusulas que permiten al empresario la *modificación unilateral del precio* en contratos de larga duración, si no se reconocen al consumidor ciertos derechos (conocer los cambios y su justificación con antelación y claridad, derecho a rescindir, información sobre estas cuestiones antes de contratar y no sólo en la fase de ejecución del contrato, etc.), como establecen las sentencias *Invitel* y *RWE Vertrieb*⁶⁶; también quedarán fuera del art. 4.2 y puede declararse su carácter abusivo aunque estén redactadas claramente si concurren algunas circunstancias, en los contratos de préstamo, las *cláusulas de vencimiento anticipado* del contrato con obligación de pago de todo lo debido por incumplimiento del deudor, las cláusulas sobre *intereses de demora* y las que determinan la *liquidación unilateral por el prestamista del importe* de la deuda impagada, según ha decidido la sentencia *Aziz*⁶⁷. Como se puede apreciar, el carácter abusivo de algunas de estas cláusulas se basa en criterios establecidos en la lista del anexo de la Directiva 93/13; aunque es cuestión aún sujeta a debate, parece más correcto sostener que la lista es coherente con el art. 4.2 y no recoge propiamente ninguna cláusula sobre el objeto principal ni sobre la relación calidad/precio, sino sobre aspectos adyacentes a la forma de determinación del precio para conseguir un equilibrio jurídico (derechos y obligaciones) y no económico⁶⁸. En el otro extremo, el TJUE sí parece entender como elemento esencial incluido en el ámbito del art. 4.2 de la Directiva las cláusulas sobre el precio expresado mediante TAE en los contratos de crédito al consumo (*Pohotovost*)⁶⁹. El considerando 19 de esta Directiva también considera como tales las cláusulas que delimitan el riesgo asegurado en los contratos de seguros. Por su parte, el art. 22 de la Directiva 2011/83 sobre derechos de los consumidores exige que «el comerciante deberá buscar el consentimiento expreso del consumidor para todo pago adicional a la remuneración acordada para la obligación contractual principal del comerciante»⁷⁰.

33. Un análisis somero de las jurisprudencias nacionales sobre el tipo de cláusulas comprendido o excluido del ámbito del art. 4.2 de la Directiva refleja una gran disparidad de criterios entre sistemas. Ya se vieron las indefiniciones de la jurisprudencia española sobre lo que son o no son elementos esenciales del

⁶² *Supra*, párrafos 17 y 20-26 de esta contribución.

⁶³ Así, STUYCK, «Case Note...», cit., p. 459

⁶⁴ Según el parecer de PAISANT/SAN MIGUEL PRADERA, *op. cit.*, p. 115

⁶⁵ También STUYCK, *ibidem*, p. 455.

⁶⁶ STJUE 26 abril 2012, asunto C-472/10, *Invitel*, cit., § 23: sobre el art. 4.2 de la Directiva 93/13: «dicha exclusión no puede aplicarse a una cláusula relativa a un mecanismo de modificación de los gastos de los servicios que deban prestarse al consumidor». STJUE 21 marzo 2013, asunto C-92/11, *RWE Vertrieb* [2013], cit., §§ 49 y 55.

⁶⁷ STJUE 14 marzo 2013, asunto C-415/11, *Aziz*, cit., §§ 73-75.

⁶⁸ Sobre esto, con referencias de Derecho comparado, CÁMARA LAPUENTE, *El control...*, cit., pp. 100-104. También, recientemente, PALAU RAMÍREZ, «Condiciones generales...», *loc. cit.*, y CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 802-804.

⁶⁹ ATJUE 16 noviembre 2010, asunto C-76/10, *Pohotovost*, cit., §§ 71-73.

⁷⁰ Sobre este artículo y su relación con el régimen de las cláusulas abusivas, *vid.* WHITTAKER, S., «Contratos abusivos, cláusulas abusivas y prácticas comerciales desleales», en CÁMARA LAPUENTE S., ARROYO AMAYUELAS, E. (dir./coord.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva 2011/83/EU y de CESL*, (Navarra, Thomson/Civitas, 2012), pp. 522-526.

contrato (*supra*, §§ 20-26). En la jurisprudencia alemana existe una consolidada jurisprudencia sobre lo que son consideradas comisiones o cargos accesorios, excluidas por tanto del equivalente alemán al art. 4.2 de la Directiva y controlables como abusivas⁷¹. Una aproximación distinta parece existir en el Reino Unido, especialmente a partir de la sentencia de su *Supreme Court* de 25 noviembre 2009 (*OFT v. Abbey National Bank et al.*, conocida como el caso «*bank charges*»), muy criticada tanto dentro como fuera del Reino Unido.⁷² El litigio versaba sobre las comisiones bancarias impuestas cuando el banco pagaba alguna deuda del cliente para la que éste no contaba con fondos suficientes. Así como tanto la *High Court* como la *Court of Appeal* rechazaron la aplicación a estas comisiones del equivalente inglés al art. 4.2 de la Directiva con varios argumentos (interpretación restrictiva de las excepciones, falta de naturaleza de elementos esenciales de estas cláusulas, carácter contingente, eventual o subsidiario, naturaleza de comisiones adicionales por servicios no prestados, etc.), algunos ya usados antes por la *House of Lords* en su sentencia *First National Bank* de 2001⁷³, en cambio el Tribunal Supremo del Reino Unido rechazó ese tipo de argumentaciones; así, consideró que esas comisiones sí están incluidas en el precio o remuneración en contraprestación por los servicios pues los bancos suministran un «paquete de servicios» a cambio de todos los cuales se paga una remuneración en la que están incluidas estas comisiones, que suponen alrededor del 30% de los ingresos de los bancos por servicios de pago. Y alguno de los jueces del Tribunal Supremo puso énfasis en rechazar la utilidad de los criterios delimitadores entre lo esencial y no esencial del acuerdo en función de si su aplicación es «eventual»⁷⁴ o incluso la distinción entre cláusulas principales y accesorias⁷⁵. Como ponen de manifiesto la *Law Commission and the Scottish Law Commission*, «las palabras de la sentencia pueden estar tranquilizando a algunas empresas con una falsa sensación de seguridad. Hay otras formas de interpretar la sentencia y podría ser revocada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea»; el Tribunal Supremo alemán adopta otro punto de vista sobre la Directiva y ha controlado cargos bancarios accesorios como abusivos y esto, indica el documento, podría influir en futuros razonamientos del TJUE⁷⁶. Por lo tanto, consideran el Derecho en vigor «impredecible» y recomiendan su reforma, poniendo el énfasis en que las cláusulas sobre el precio o el objeto del contrato estén exentos de control si son «*transparent and prominent*» –término éste ponderado con el criterio del consumidor medio– y en que «sólo el monto del precio se excluye de control, pero otros aspectos de las cláusulas sobre el precio, tales como el momento de pago y su cálculo pueden ser enjuiciadas como abusivas»⁷⁷. Existe jurisprudencia inglesa reciente con esa aproximación, enfrentándose de nuevo con el problema de si elementos como la duración mínima del contrato de servicios de un gimnasio (*Ashbourne case*) o el factor que determina cuándo debe cobrar su remuneración un agente inmobiliario (*Foxtons v O'Reardon*) suponen o no elementos esenciales a efectos de estar exentos del control de abusividad⁷⁸.

34. Por lo tanto, decidir qué cláusulas entran y cuáles no en el ámbito del art. 4.2 es tarea ciertamente compleja. Tanto que existen autores que entienden que es imposible dar criterios al respecto, pues ello «obliga a construir distinciones sutiles, con riesgo de equivocarse»⁷⁹. A ello puede objetarse que más inseguridad jurídica crea no tratar de ofrecer criterio alguno de delimitación. Por el momento,

⁷¹ Para una buena síntesis de esta jurisprudencia alemana, *vid.* UK Law Commissions, *Advice...*, cit., Appendix A, 2013, § A17 y ss.

⁷² *Vid.* WHITTAKER, S., «Unfair Contract Terms, Unfair Prices and Bank Charges», *Modern Law Review*, 2011, 74, p. 106 y ss.; WHITTAKER, S., «Unfair Terms in Consumer Contracts», en BEALE, H. (dir.), *Chitty on contracts* (London: 31 ed., Sweet & Maxwell, 2012), p. 1148 y ss. REICH, N., «The Social, Political and Cultural Dimension of EU Private Law», en SCHULZE, R., SCHULTE-NÖLKE, H. (dirs.), *European Private Law – Current Status and Perspectives* (München: Sellier, 2011), pp. 87-88.

⁷³ [2001] UKHL 52, parágrafos 12, 34 y 43.

⁷⁴ Lord Walker, [2009] UKSC 6, parágrafo 47.

⁷⁵ Lord Mance, [2009] UKSC 6 parágrafo 112.

⁷⁶ THE LAW COMMISSION AND THE SCOTTISH LAW COMMISSION, *Advice...*, cit., § 11 del Sumario y § 2.10, p. 10; *vid.* también *Id.*, *Issues Paper...*, cit. (july 2012), §§ 7.56 a 7.61, p. 86.

⁷⁷ *Ibidem* (*Advice* 2013), cit., §§ 24-27 del Sumario y §§ 4.61 a 4.64.

⁷⁸ *Office of Fair Trading v. Ashbourne Management Services Ltd.* [2011] EWHC 1237 (Ch), [2011] E.C.C. 31; *Foxtons Ltd v. O'Reardon* [2011] EWHC 2946 (QB). Para un completo examen de esta jurisprudencia, «Unfair terms...», en *Chitty on Contracts*, cit., pp. 1151-1153.

⁷⁹ CARRASCO PERERA, «Invalididez», cit., p. 182 e *Id.*, *Derecho de contratos*, cit., p. 806.

las directrices más respaldadas por la doctrina y la jurisprudencia en varios países para delimitar cuándo una cláusula se considera elemento esencial en el sentido del art. 4.2 de la Directiva⁸⁰, criterios que, en el futuro podrían ser rechazados y refrendados por el TJUE son: a) la diferencia entre el contenido normativo (derechos y obligaciones) y el contenido económico del contrato (relación calidad/precio); b) la diferencia entre elementos principales del contrato y elementos accesorios⁸¹, entre los que se encuentran, en relación con el precio, entre otras, las formas de pago, los sistemas para su cálculo, las facultades de su modificación unilaterales; c) la diferencia entre «precio» y «relación calidad/precio» y la idea de que no todas las cláusulas que «guardan alguna relación», «se refieren a» o «afectan» de cualquier forma al objeto principal del contrato están exentas de control; d) la necesidad de interpretación restrictiva de la excepción que supone el art. 4.2 de la Directiva, de conformidad con la jurisprudencia del TJUE sobre interpretación de las excepciones⁸² y para no mermar la eficacia de la Directiva 93/13; e) el carácter eventual o contingente en la aplicación de una cláusula (v. gr., intereses moratorios por incumplimiento) elimina su consideración como elementos esenciales⁸³; f) la existencia o no de Derecho positivo con que comparar la cláusula, que normalmente no existirá en relación con el precio o su adecuación; g) la subsistencia o no del contrato si se eliminase la cláusula, pues sin uno de sus elementos esenciales el contrato no puede sobrevivir⁸⁴. Por su parte, la STS (Pleno) 9 mayo 2013 ha considerado las cláusulas suelo como parte del objeto principal del contrato, ha tomado en consideración (§ 168) algunas de las tesis doctrinales sobre lo que constituye «definición del objeto principal» (como la diferencia entre principal y accesorio o el rasgo de la eventualidad; la relación objetiva entre el objeto principal del contrato y la cláusula, de manera que todo lo referido al precio estaría comprendido; o la importancia que la cláusula tiene para el consumidor y su incidencia en la decisión de comportamiento económico) y se ha decantado escuetamente, en una interpretación literal del art. 4.2 de la Directiva, por no distinguir en tales cláusulas entre elementos «esenciales» y «no esenciales» del tipo de contrato en abstracto, «sino a si son 'descriptivas' o 'definidoras' del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al 'método de cálculo' o 'modalidades de modificación del precio'» (§ 188).

2. ¿Criterios objetivos o subjetivos para determinar qué es el objeto principal del contrato?

35. Un problema adicional en la concreción del ámbito propio del art. 4.2 es si al decidir que una cláusula contiene el precio del contrato «el tribunal debería adoptar el punto de vista del *consumidor medio* y evaluar si las cláusulas relevantes contenían el acuerdo esencial entre las partes» (como en el caso *Bank charges* del Reino Unido sostuvo la *Court of Appeal*)⁸⁵ o bien si «la identificación del precio o remuneración (...) es una materia de *interpretación objetiva* por el tribunal» (como sostuvo el UK Supreme Court finalmente)⁸⁶. Como con buenas razones ha sostenido algún autor⁸⁷, resulta preferible en esta materia adoptar el punto de vista del consumidor medio, pues es la forma de constatar que hubo un auténtico ejercicio de autonomía contractual sobre los elementos esenciales; además, con la aplicación de la noción de consumidor medio desarrollada por la jurisprudencia del TJUE para el contexto de Directivas

⁸⁰ Con referencias de Derecho comparado, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, *El control...*, cit., pp. 98-126.

⁸¹ O, según parte de la doctrina alemana reciente, considerar como principales los elementos que constituyen las características del producto o servicio que son relevantes para la competencia entre empresarios: FUCHS, «§ 307 BGB. Inhaltskontrolle» en ULMER, P., BRANDNER, H. E., HENSEN, H. D. (dirs.), *AGB-Recht. Kommentar zu den §§ 305-301 BGB und zum Uktag* (Köln: Dr. Otto Schmidt, 2011), p. 593, citado y seguido por PALAU RAMÍREZ, *ibidem*, nota 40.

⁸² *Vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., «Tipos contractuales, excepciones sectoriales y metodología hermenéutica del derecho de consumo según la jurisprudencia comunitaria: «easyCar» o el desistimiento en el alquiler a distancia de vehículos (sentencia TJCE de 10 de marzo de 2005, asunto C-336/02)», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 9 (2006), pp. 375-405.

⁸³ Tal ha sido la decisión adoptada recientemente por el legislador australiano en su *Australian Consumer Law* (2010).

⁸⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «El control de la adecuación entre precio y prestación en el ámbito del Derecho de las cláusulas predispuestas», in MASSAGUER, J. *et al.* (dirs.), *I Foro de encuentro de jueces y profesores de Derecho mercantil* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008), p. 227.

⁸⁵ [2009] EWCA Civ 116, parágrafo 115.

⁸⁶ [2009] UKSC 6, párrafos 113-115.

⁸⁷ WHITTAKER, «Unfair terms...», en *Chitty on contracts*, cit., pp. 1148-1148.

sobre información, publicidad y, últimamente, sobre las prácticas comerciales desleales⁸⁸ se produciría una «armonía sustantiva» entre la Directiva 93/13 y la Directiva 2005/29⁸⁹, en una labor de interrelación de ambas que el TJUE ya comenzó en la sentencia *Pereničová* de 2012⁹⁰. Por su parte, la STS (Pleno) 9 mayo 2013 parece mostrarse favorable también a adoptar el punto de vista del consumidor medio para calibrar si una concreta cláusula-suelo en un préstamo hipotecario pudo ser percibida como elemento definitorio de la relación por el consumidor, por presentarse de forma transparente con este cariz⁹¹.

3. ¿Cuáles son los criterios para controlar como abusivos los elementos esenciales?

36. En un escenario de posibilidad de control judicial pleno de los elementos esenciales, como el que, según el TJUE se suponía que acontecía en España (y, desde luego, acontece en otros países) ¿cuáles serán los criterios con que se valore si son o no realmente abusivos? A falta de respuesta del TJUE en *Caja Madrid*, parece que deberían aplicarse los criterios generales de los arts. 3.1 y 4.1 de la Directiva (art. 82 TR-LGDCU), es decir, si las cláusulas son contrarias a la buena fe, si causan un desequilibrio importante entre derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor⁹², teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios, las circunstancias de la celebración del contrato y el resto de cláusulas de éste. Ahora bien, como ha concretado la STJUE de 14 marzo 2013 (caso *Aziz*), para determinar si existe ese desequilibrio importante, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas dispositivas del Derecho nacional⁹³, cosa que será inviable en la mayor parte de los casos en relación con el precio. Por eso, y porque no puede dejarse al puro arbitrio judicial si la remuneración es «cara o barata», lo que abriría un indiscriminado y aleatorio control de precios, la doctrina que defiende el control de los elementos esenciales por el criterio de abusividad propone que basta un «anclaje» cualquiera, aunque no sea el del Derecho dispositivo, como podría ser «una norma imperativa excéntrica al problema, o un consenso social, o un uso o media de mercado (interés superior al normal del dinero)»⁹⁴; otros sugieren ponderar la función económico-social del contrato, la racionalidad económica de la cláusula, los criterios que se infieren de la lista de concretas cláusulas abusivas⁹⁵ y, por supuesto, la buena fe en sentido objetivo. Como se ve, casi tanta inseguridad jurídica puede denunciarse por ahora por la falta de criterios para saber qué son elementos esenciales en un sistema que los deja exentos, como por la falta de criterios claros para saber cómo pueden controlarse éstos en un sistema que permite su revisión.

4. Las conexiones de la sentencia con otras sentencias recientes del TJUE («Aziz» y «Banco Exterior de Crédito»)

37. Aún no ha «explorado» en España el potencial de la conexión de la sentencia *Caja Madrid* con las sentencias del TJUE *Banco Exterior de Crédito*⁹⁶ y *Aziz*, todas procedentes de nuestro país, pero podría hacerlo a raíz de las circunstancias económicas y la disparidad de soluciones judiciales a raíz de la sentencia *Aziz*, de aplicarse el siguiente silogismo en la jurisprudencia, que se presenta aquí como pura hipótesis teórica⁹⁷ en la que realmente no se cree: si los jueces no sólo pueden sino que deben ejercer el

⁸⁸ Vid. considerando 18 y art. 5.2 de la Directiva 2005/29.

⁸⁹ WHITTAKER, *ibidem*.

⁹⁰ STJUE 15 marzo 2012, asunto C-453/10, *Jana Pereničová y Vladislav Perenič v. SOS financ spol. s r. o.* (sin publicar).

⁹¹ Según los §§ 252-253 de la STS 9 mayo 2013: «tampoco la norma española contiene especiales precisiones de qué debe entenderse por desequilibrio importante contrario a la buena fe, por lo que, atendida la finalidad de las condiciones generales –su incorporación a pluralidad de contratos con consumidores– y de su control abstracto, no es posible limitarla a la esfera subjetiva. Antes bien, es necesario proyectarla sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compete en el mercado» (cursiva añadida).

⁹² Similarmente, PALAU RAMÍREZ, «Condiciones generales...», *op et loc. cit.*

⁹³ STJUE 14 marzo 2013, asunto C-415/11, *Aziz*, cit., § 68.

⁹⁴ CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 808.

⁹⁵ GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Comentario a la STS 17 junio 2010», cit., p. 803.

⁹⁶ STJUE 14 junio 2012, asunto C-618/10, *Banco Español de Crédito SA v. Joaquín Calderón Camino* (sin publicar).

⁹⁷ Una hipótesis cercana plantea ÁLVAREZ OLALLA, «No es posible...», *loc. cit.*

control de oficio sobre las cláusulas abusivas⁹⁸; si ese control también debe producirse en el seno de procedimientos abreviados como el monitorio⁹⁹ o (puede y debe sostenerse) el de ejecución hipotecaria¹⁰⁰; si el objeto principal del contrato pudiera ser enjuiciado por los parámetros de las cláusulas abusivas¹⁰¹ y los intereses que remuneran el préstamo hipotecario son claramente su precio; y si la sanción por la nulidad de las cláusulas abusivas debe ser la nulidad de la cláusula abusiva y no su moderación por el juez, para no eliminar el efecto disuasorio de la nulidad, de forma que no se deba ninguna cantidad por intereses¹⁰², entonces: ¿qué impediría a los jueces que declaren la nulidad de las cláusulas sobre intereses remuneratorios en préstamos hipotecarios y, por faltar el precio, puedan declarar la nulidad del entero contrato, con devolución del capital prestado, sin intereses? Y declarada la nulidad del préstamo, como ha hecho alguna sentencia del Tribunal Supremo reciente, también se podría anular la hipoteca que lo garantizaba dado su carácter accesorio al contrato principal¹⁰³. ¿En qué quedaría entonces el futuro del crédito hipotecario y de las hipotecas mismas como institución? Por fortuna para la seguridad jurídica, y sin perjuicio de los muchos otros matices que requerirían algunas premisas (como la relativa a la nulidad del préstamo por falta de precio o al entendimiento estricto de la accesoriedad de la hipoteca en tal caso), la STS de 9 mayo 2013 –y las conclusiones del encuentro de magistrados del TS de 8 mayo 2013– al descartar el control como cláusulas abusivas de las que definen el objeto principal del contrato (salvo que no sean transparentes) han introducido un cortafuegos en ese silogismo cuyo potencial podría alcanzar cotas devastadoras. O redentoras, según se mire. Y acaso la cabeza de la hidra del silogismo pueda reaparecer con el control de oficio de cláusulas que definen el objeto principal del contrato por falta de transparencia si, como patrocina la STS de 9 mayo 2013, deben considerarse «abusivas» y, por tanto seguir el régimen de ineficacia de éstas y no el genérico de la falta de incorporación; aunque también en este punto, el TS ha tratado de evitar que el silogismo prospere al declarar la subsistencia del contrato pese a la nulidad de la cláusula suelo.

VI. Conclusión

38. Desde el punto de vista de las posibilidades de transposición de los Estados miembros del artículo 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, la sentencia *Caja Madrid* del TJUE no dijo nada sorprendente ni incorrecto: dada la armonización mínima que persigue esa Directiva, los Estados miembros pueden optar por no transponer dicha regla para elevar el nivel de protección de los consumidores

⁹⁸ Por mencionar sólo la última sentencia de muchas al respecto, STJUE 21 febrero 2013, asunto C-472/11, *Banif Plus Bank Zrt v. Csaba Csipai y Viktória Csipai*, (sin publicar), § 23.

⁹⁹ STJUE 14 junio 2012, asunto C-618/10, *Banco Español de Crédito*, cit., §§ 49 y 57; STJUE 9 noviembre 2010, asunto C-137/08, *Pénzügyi*, cit., § 56.

¹⁰⁰ Así lo demanda una interpretación combinada y coherente de las SSTJUE recaídas hasta la fecha sobre el deber de control de oficio de las cláusulas abusivas en cualquier procedimiento judicial, ya que, aunque no exista sentencia específica del Tribunal de Luxemburgo sobre el control de oficio por parte del juez del procedimiento ejecutivo hipotecario (en el caso *Aziz* el litigio provenía del juez del procedimiento declarativo) del resto de sentencias y de su aplicación de los principios de equivalencia y efectividad respecto a la Directiva 93/13, se infiere esa conclusión: a título de ejemplo, el mismo deber de control de oficio se impuso para otros procedimientos ejecutivos, como por ejemplo, en la STJUE 6 octubre 2009, asunto C-40/08, caso *Asturcom*, respecto a un procedimiento de ejecución forzosa de laudo arbitral firme o, en relación con procedimientos monitorios en las SSTJUE *Pénzügyi* y *Banco Español de Crédito*. Y en la STJUE 21 noviembre 2002, asunto C-473/00, caso *Cofidis*, el tribunal declaró que la protección de la Directiva se opone a una normativa interna que prohíba al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar de oficio el carácter abusivo de una cláusula» (lo cual, por cierto, pone en duda el ajuste al Derecho de la UE del plazo establecido en la Disposición Transitoria 4ª de la inminente Ley de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios de mayo de 2013). El control de oficio en la ejecución hipotecaria ha sido defendido también con argumentos que se suscriben por CORDERO LOBATO, E., «Y ahora viene lo difícil: ¿cómo controlar en el ejecutivo hipotecario el carácter abusivo de una cláusula?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 5 (2013), pp. 26-34. En las conclusiones del TS en el encuentro celebrado el 8 de mayo de 2013 se sustenta también dicho control de oficio tanto en el ejecutivo hipotecario como en el monitorio. *Vid.* asimismo la STS 9 mayo 2013 (§§ 110-130).

¹⁰¹ STJUE 3 junio 2010, asunto C-484/08, *Caja Madrid*, cit., §§ 42-43.

¹⁰² STJUE 14 junio 2012, *Banco Español de Crédito*, cit., §§ 58-73 (sobre intereses de demora, no sobre intereses remuneratorios). Pero cfr. las conclusiones de 8 mayo 2013 del encuentro promovido por el TS para aclarar este punto.

¹⁰³ STS 22 febrero 2013 (nulidad del préstamo por intereses contrarios a la ley de usura, no a la legislación de cláusulas abusivas).

mediante el control judicial como abusivos de los elementos esenciales incluso aunque estén redactados claramente. De esa forma, el mapa europeo quedaría dividido en dos escenarios: los sistemas legales que sí permiten el control de esas cláusulas, en cuyo caso se plantean algunas incertidumbres sobre los criterios para valorar su carácter abusivo al no existir Derecho dispositivo de contraste, y los sistemas legales que, siguiendo a la Directiva, no permiten dicha revisión, en los que el requisito de la transparencia de la cláusula que contenga el objeto principal del contrato gana una preeminencia que está siendo demostrada en la aplicación jurisprudencial de la regla, como también demuestra la STS (Pleno) de 9 mayo 2013. En este segundo escenario se echa en falta una clarificación por el TJUE, ausente en la sentencia *Caja Madrid*, sobre los parámetros para delimitar cuándo se está ante un elemento esencial (o si se prefiere, ante una cláusula definitoria del objeto principal del contrato) y cuándo no (como los que la jurisprudencia de varios países viene proponiendo) y sobre si el juez ha de realizar ese examen desde un punto de vista objetivo o adoptando el punto de vista del consumidor medio.

39. Ahora bien, desde el punto de vista del impacto de la sentencia *Caja Madrid* en el Derecho nacional de España, la valoración debe ser distinta. Pese a la forma de realizar algunas afirmaciones, el TJUE no alteró el Derecho vigente en España sobre la materia, ni podía hacerlo. El silencio del legislador español al no transponer el art. 4.2 de la Directiva no ha de suponer necesariamente que en España esté admitido el control judicial mediante el examen del carácter abusivo de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre el precio y los bienes o servicios. Se trata de un silencio no intencionado, debido a un error, que no tiene ese sentido a la luz del resto de principios del sistema jurídico; por lo tanto, mientras dicha laguna no se subsane, procede la interpretación conforme con la Directiva. El Tribunal Supremo español, que sí era competente para establecer el sentido material de la falta de transposición formal, ha dictado una serie de resoluciones ambiguas y hasta contradictorias, hasta llegar a la STS (Pleno) de 9 mayo 2013, en la que finalmente sí precisa cuál es el Derecho vigente en España al confirmar el criterio antes sentado por la STS 18 junio 2012: el contenido del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 sí está en vigor en España pese a las afirmaciones de la STJUE de 3 junio 2010 (*Caja Madrid*) y, por lo tanto, no cabe en nuestro ordenamiento el control como abusivas de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato (incluido el precio), salvo que no sean presentadas al consumidor de forma transparente; y el TS ha desarrollado en esta sentencia en qué consiste el que denomina como doble control o filtro de transparencia. Esta sentencia constituye un paso importante para la seguridad jurídica, de la que el legislador debería tomar buena nota y no hacer dejación de sus funciones en un punto tan crucial. Los problemas, sin duda, no concluyen aquí, pues en este escenario también existen dudas sobre la aplicación de la regla, como ya se ha expuesto con argumentos internos y comparatistas, pero al menos el marco legal de las cláusulas abusivas se ha despojado de una de sus incertidumbres más notorias.