

EL CONTROL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS SOBRE EL PRECIO: DE LA STJUE 3 JUNIO 2010 (CAJA MADRID) A LA STS 9 MAYO 2013 SOBRE CLÁUSULAS SUELO¹

(NO ES ABUSIVA LA CLÁUSULA QUE DEFINE EL OBJETO PRINCIPAL DEL CONTRATO, SALVO POR FALTA DE TRANSPARENCIA)

Sergio Cámara Lapuente

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de La Rioja

Resumen: La falta de transposición formal en España del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas venía generando importantes dudas, debate doctrinal y soluciones judiciales contradictorias acerca de si dicho silencio suponía una autorización para el control judicial como abusivas de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato y a la propia relación calidad/precio. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 3 de junio de 2010 (caso *Caja Madrid*) dictaminó que un Estado miembro podía elevar el nivel de protección de los consumidores y permitir ese control, sin ser obligatoria la transposición de dicho inciso, y aludió a que ese era el supuesto del Derecho español. Al amparo de estas afirmaciones, el Tribunal Supremo español dictó algunas sentencias en las que, con ciertas ambigüedades y contradicciones, asumía esa doctrina como el Derecho vigente en España. Con mejor criterio, la importante sentencia del Tribunal Supremo (TS) (Pleno) de 9 de mayo de 2013 sobre las cláusulas suelo en los intereses variables de los préstamos hipotecarios, rectifica esos pronunciamientos y concluye, conforme a la regla contenida en la Directiva, que no es posible dicho control judicial sobre las cláusulas que contienen objeto principal del contrato (incluido el precio), salvo que aquéllas no estén redactadas con la debida transparencia. Este ensayo incide en las razones técnicas por las que la STJUE no podía tener el alcance que aparentemente se le dio, analiza críticamente las SSTS dictadas sobre el particular entre 2010 y 2013 y toma en consideración los razonamientos y consecuencias de la nueva doctrina jurisprudencial.

¹ Este artículo, enmarcado en el Proyecto I+D+i del MINECO con referencia DER2012-37206, constituye una versión muy resumida de algunas de las ideas contenidas en la contribución del autor al Libro Homenaje al prof. José María Miquel, en prensa. Se ha despojado a estas páginas de la mayor parte del aparato crítico, referencias y consideraciones del original, al objeto de centrarlo en una de las principales novedades aportadas por la reciente STS 9 mayo 2013 sobre las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios, dado el contundente (y correcto) viraje que el Pleno de la Sala de lo Civil del TS adopta respecto a su ambigua y algo contradictoria jurisprudencia anterior. Obviamente, la STS aborda otras cuestiones y matices que no son objeto de análisis en este apunte.

Palabras clave: cláusulas abusivas, elementos esenciales del contrato, objeto del contrato, créditos hipotecarios, cláusulas suelo sobre intereses, papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, armonización mínima, transparencia.

Title: Monitoring unfair terms on prices: from the ECJ judgment of 3 June 2010 (*Caja Madrid*) to the Spanish Supreme Court judgment of 9 May 2013 on “floor terms” [the term which defines the main subject matter of the contract is not deemed unfair, unless it is not in plain intelligible language].

Abstract: The lack of formal implementation of article 4.2 of the Directive 93/13/EEC on unfair terms into the Spanish legal system had raised important doubts, highly controversial debate in doctrine and contradictory judgments interpreting whether that silence meant to allow the courts the control as unfair terms of those dealing with the main subject-matter of the contract and the adequacy between price and goods in exchange. The Court of Justice of the European Union (ECJ) in its judgment of 3 June 2010 (case *Caja Madrid*) pointed out that any Member State may increase the consumers’ level of protection by allowing that control, since the transposition of the cited rule is not compulsory and, furthermore, it indicated that this was the case of the Spanish legislation. With the support of those statements, the Spanish Supreme Court assumed in some ambiguous and contradictory judgments that this was the law in force in Spain. Better grounded, the relevant judgment approved by the Plenary of the Supreme Court at 9 May 2013 has revoked this doctrine in a case dealing with the so-called “floor terms” on the variable interests in mortgage credits. The new case law settled by this judgment indicates that it is not possible the judicial control of the stipulations with contain the main subject matter of the contract (price included), unless they are not in plain intelligible language. This paper explains the technical reasons why the ECJ judgment could not have the meaning and impact which purportedly had been defended, it contains a critical study of the judgments ruled by the Supreme Court between 2010 and 2013 and takes into account the reasons and consequences derived from the new case law.

Keywords: unfair terms, core terms, subject-matter of the contract, mortgage credits, “floor terms” on interests, role of the Court of Justice of the European Union, minimum harmonization.

Sumario: 1. Introducción. 2. La STJUE de 3 de junio de 2010 (asunto C-484/08, “*Caja Madrid*”) y su auténtico alcance. 2.1. Lo que la STJUE de 3 de junio de 2010 dice y lo que no puede decir (sobre el Derecho español). 2.2. La falta de transposición del art. 4.2 de la Directiva, el margen de transposición y el control de transparencia. 2.3. ¿Fin de la controversia con la STJUE (“no con un estallido, sino con un quejido”)? No, en absoluto. 3. La jurisprudencia del TS tras la STJUE “*Caja Madrid*”: ambigüedad y contradicciones hasta el cierre por la STS de 9 de mayo de 2013. 4. Cuestiones no resueltas por estas sentencias y un silogismo inquietante por sus conexiones con la última jurisprudencia del TJUE (“*Aziz*” y “*Banco Exterior de Crédito*”).

1. Introducción

La STS (Pleno) de 9 de mayo de 2013 ha sentado con nitidez que la falta de transposición formal en España del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas no supone que el Derecho vigente en nuestro país permita un control judicial

del contenido material de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato ni la relación calidad/precio. Lo ha hecho en su *ratio decidendi* –al calificar como objeto principal del contrato de préstamo hipotecario las llamadas “cláusulas suelo” en los intereses variables que constituyen el precio del contrato–, en sentencia del pleno de los magistrados que constituyen la Sala de lo Civil del Alto Tribunal, sin votos particulares, y rectificando expresamente el algo ambiguo parecer de la Sala en sentencias anteriores – que ahora califica como pronunciamientos *obiter dicta*–. De esta forma, el Tribunal Supremo pretende aportar la claridad y seguridad jurídica necesaria en un punto tan capital como necesitado de pronunciamiento por un legislador ausente (e imprudente en su silencio) desde 1998. Las cuestiones prejudiciales que sobre esta materia el propio Tribunal Supremo (TS) planteó ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en relación con el asunto *Caja de Madrid* (asunto C-484/08, sobre la cláusula de redondeo al alza en el cálculo de los intereses variables de los préstamos hipotecarios), desembocaron en la STJUE 3 junio 2010². La forma en que esta sentencia expresó sus razonamientos en relación con el supuesto Derecho vigente en España dio lugar a que el propio TS los utilizara para sentirse libre de declarar abusivas cláusulas sobre el precio de ciertos contratos, incluso aunque en realidad las cláusulas no versasen sobre el objeto principal del contrato sino sobre otras cuestiones accesorias. Las próximas líneas pretenden situar en sus justos términos el valor de ambos pronunciamientos judiciales (STJUE 3 junio 2010 y STS 9 mayo 2013), de las SSTS recaídas entre ambas fechas y del régimen jurídico actualmente en vigor en cuanto al posible carácter “abusivo” de los elementos esenciales del contrato.

2. La STJUE de 3 de junio de 2010 (asunto C-484/08, *Caja Madrid*) y su auténtico alcance

2.1. *Lo que la STJUE de 3 de junio de 2010 dice y lo que no puede decir (sobre el Derecho español)*

Según el art. 4.2 de la Directiva 93/13, “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”. Es de sobra conocido que el legislador español no transpuso esta importante excepción de la Directiva por un desliz en la tramitación parlamentaria, de manera que el respeto a cierto margen de autonomía de la voluntad a la hora de configurar los elementos esenciales del contrato pese a los nuevos límites introducidos por el régimen de las cláusulas abusivas quedaba en entredicho por el silencio legislativo y la debatida interpretación que éste merecía. Esas dudas hermenéuticas llevaron al TS a plantear la cuestión prejudicial. 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

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

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*).

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. 4.2³; es más, están expresamente consideradas como abusivas por la reforma operada por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, aunque el litigio en 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.

Los problemas prácticos en el Derecho interno español se han producido realmente por la forma en que el TJUE expresó en sus §§ 42 y 43 esa segunda idea. 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).

³ 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).

El interpretar cuál es el Derecho interno vigente en un Estado miembro concreto está fuera de las competencias del TJUE, como se infiere del art. 267 TFUE. No corresponde al Tribunal de Luxemburgo decir cuál es el significado de una laguna legislativa en un Derecho nacional, sino sólo interpretar la Directiva y, en el caso que nos ocupa, señalar si una norma comunitaria puede o no ser alterada por los Estados Miembros al acometer su implementación. Más aún: la solución genuina del Derecho de la Unión Europea ante la falta de transposición de las reglas contenidas en una Directiva es la interpretación del Derecho nacional de conformidad con dicha Directiva⁴. 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 Madrid⁵ como después⁶, 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. 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.

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

⁴ 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.

⁵ 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.

⁶ 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, 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]. También, implícitamente la STS 18 junio 2012 (*vid. infra*) y, refrendando su criterio la STS 9 mayo 2013.

sentencia *Freiburger Kommunalbauten* de 2004⁷ 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 2013⁸: “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 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 no⁹. 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).

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”)¹⁰ y por las afirmaciones de la Abogada General¹¹, fue

⁷ STJUE 1 abril 2004, asunto C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten GmbH v. L. Hofstetter and U. Hofstetter* [2004] ECR I-3403, § 21.

⁸ STJUE 21 marzo 2013, asunto C-92/11, *RWE Vertrieb AG v. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV* [2013] (sin publicar), § 48

⁹ Así en STJUE 4 junio 2009, asunto C-243/08, *Pannon GSM Zrt. v. Erzsébet Sustikné Győrfi* [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.

¹⁰ 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.”.

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 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.

2.2. La falta de transposición del art. 4.2 de la Directiva, el margen de transposición y el control de transparencia

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*¹², 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 Alemania, 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, proponen la *Law Commission* y la *Scottish Law Commission* para el Reino Unido en su sugerencia de reforma legal de marzo de 2013)¹³ 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.).

¹¹ 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”].”

¹² STJUE 10 mayo 2001, asunto C-144/99, *Comisión v. Países Bajos* [2001] ECR I- 3541.

¹³ La nueva redacción del artículo sugerida por ambas *Law Commissions* (*Unfair terms in consumer contracts: Advice to the Department for Business, Innovation and Skills*, London-Edinburgh, Marzo 2013, p. V, disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk/publications/unfair-terms.htm>) 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.

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 abusiva 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 dominante¹⁴, las cláusulas no negociadas que no superan los requisitos de transparencia quedan fuera del contrato por un control formal de inclusión o incorporación propio de la Ley de condiciones generales¹⁵, 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 consumidores¹⁶. 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”¹⁷. Dicho en otros términos, la

¹⁴ En contra, destacadamente y con argumentos no desdeñables, alguno de los cuales parece tener reflejo en la STS 9 mayo 2013, sostiene la existencia de un control material específico que permite calificar como abusiva una cláusula por falta de transparencia PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia* (Navarra, Aranzadi, 2004), *passim*; ID., “Comentarios al art. 80 TR-LGDCU” en Cámara Lapuente, *Comentarios...*, cit., p. 707; ID., “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).

¹⁵ Ex arts. 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 abril, sobre condiciones generales de la contratación.

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

¹⁷ 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

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.

Como ahora 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 invalidar las cláusulas, más que a usar la facultad que supuestamente se decía que tienen los tribunales españoles para realizar un control directo de ellas conforme a los criterios generales sobre el carácter abusivo de una cláusula por derivación del asunto *Caja Madrid*.

2.3. *¿Fin de la controversia con la STJUE ("no con un estallido, sino con un quejido")? No, en absoluto*

Es también bien conocido que el silencio legal dio lugar a una intensa controversia en la doctrina española sobre la interpretación que merecía y merece, con una clara división entre quienes consideran que el art. 4.2 de la Directiva debe entenderse vigente en Derecho español, con una serie de variados y convincentes argumentos (doctrina mayoritaria)¹⁸, que no se reproducen aquí y ahora en este apunte, y quienes consideran que dicho inciso no rige en nuestro ordenamiento, que habría así elevado el nivel de protección del consumidor (doctrina minoritaria)¹⁹.

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 accesorio y contraria a la necesaria reciprocidad (conforme a la doctrina anterior de las Audiencias) 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*". 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.

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).^o

¹⁸ Entre otros, ALFARO ÁGUILA-REAL, CÁMARA LAPUENTE, MIQUEL GONZÁLEZ, MÚRTULA LAFUENTE, PAGADOR LÓPEZ, PALAU RAMÍREZ, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, etc.

¹⁹ Destacadamente, DUQUE DOMÍNGUEZ, CARRASCO PERERA, LYCZKOWSKA.

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 España²⁰. En mi opinión, por desgracia para la seguridad jurídica, no es así en absoluto²¹: 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 2); 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.

3. La jurisprudencia del TS tras la STJUE *Caja Madrid*: ambigüedad y contradicciones hasta el cierre por la STS de 9 de mayo de 2013

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 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

²⁰ 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]; 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; LYCZKOWSKA, K., "La validez del enjuiciamiento de las cláusulas relacionadas con el objeto del contrato: la cláusula de *service fee* o cargo por emisión", *CCJC*, 89 (2012), p. 557 y ss., en especial, p. 561.

²¹ 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).

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 transparencia²².

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.

- 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 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*

²² Sobre los perfiles de ese control de transparencia según esta STS, *supra* § 10 del presente ensayo.

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". 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".

- 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)²³ 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

²³ 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.

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 el *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 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-LGDCU) que prohíbe “la imposición al consumidor de bienes y servicios complementarios no solicitados”.

- 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 Tribunal²⁴, “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”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

²⁴ Vid. sobre todo los §§ 74, 75 y 80 de la extensa sentencia. Cfr. también § 91 y 217.

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

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 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.

La STS (Pleno) de 9 mayo 2013 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 transparente²⁶. 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

²⁶ 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 de Sevilla de 30 septiembre 2010 [JUR 2010, 347573] (revocada en apelación, pero parcialmente confirmada por esta STS 9 mayo 2013), nº 1 de León de 11 Marzo 2011 [AC 2011, 179], nº 2 de Alicante de 23 junio 2011 [AC 2011, 2009] y nº 2 de Palma de Mallorca de 2 febrero 2012 [AC 2012, 316]. Vid. también SAP Cáceres (secc. 1ª) 23 mayo 2012 [AC 2012, 491], entre otras.

mismo magistrado²⁷, 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 expuesto²⁸.

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 SJUE *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 2011/83²⁹. Pero lo más interesante estriba en 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

²⁷ 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).

²⁸ *Supra*, apartado 2.2 del presente análisis.

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

límites de este trabajo-, declara nulas por falta de transparencia la cláusulas suelo enjuiciadas dejando subsistente el contrato³⁰.

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: ni lo hizo en la Ley 44/2006 de mejora de la protección de los consumidores, ni en el TR-LGDCU de 2007, ni al reformar éste en 2009 con ocasión de la transposición de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales; tampoco en las reformas introducidas con ocasión del impacto de la STJUE 14 marzo 2013 (caso *Aziz*) por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social 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. 32³¹ (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.

4. Cuestiones no resueltas por estas sentencias y un silogismo inquietante por sus conexiones con la última jurisprudencia del TJUE ("*Aziz*" y "*Banco Exterior de Crédito*")

La STJUE 3 junio 2010 dejó sin resolver algunas cuestiones de estricto Derecho de la Unión Europea que antes o después podrán plantearse ante el TJUE sobre la aplicación del art. 4.2 de la Directiva 93/13 y, para cuya respuesta, en la mayoría de las que siguen, el TJUE sí sería competente, conforme a su propia jurisprudencia. En el caso *Caja Madrid* el tribunal no llegó a indicar si considera como objeto principal del contrato la cláusula de redondeo al alza de los intereses, ni qué ha de entenderse por "objeto principal del contrato o por "adecuación entre precio y bienes"; tampoco indica cuáles podrían ser los criterios para delimitar el objeto principal del contrato, como en cambio ha hecho la jurisprudencia de varios sistemas como el alemán o el inglés; no se pronuncia, asimismo, sobre si en la determinación de dicho objeto principal, excluido del control de contenido de las cláusulas abusivas transparentes, debe hacerse desde un criterio subjetivo del consumidor medio (preferible por varias razones) o desde un punto de vista objetivo por el propio tribunal (como hacen algunos pronunciamientos ingleses recientes); ni tampoco cuáles habrían de ser los criterios para controlar como abusivos los elementos esenciales del contrato en un sistema que, desmarcándose del art. 4.2 de la Directiva, permitiera ese control. Sobre todas estas cuestiones, con un análisis de la jurisprudencia y la doctrina comparada de varios países, remito al lector a otro lugar³².

³⁰ 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 nulidad parcial (§ 275).

³¹ Mediante la introducción del nuevo art. 8bis en la Directiva 93/13.

³² CÁMARA LAPUENTE, S., "¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas?", *Libro Homenaje al prof. José María Miquel*, Thomson-Reuters, en prensa.

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). También parece decantarse por 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 presentársele de forma transparente con este cariz³³.

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*³⁴ 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 teórica³⁵ en la que realmente no se cree: si los jueces no sólo pueden sino que deben ejercer el control de oficio sobre las cláusulas abusivas³⁶; si ese control también debe producirse en el seno de procedimientos abreviados como el monitorio³⁷ o (puede y debe sostenerse) el de ejecución hipotecaria³⁸; si el objeto principal del contrato

³³ 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 compite en el mercado” (cursiva añadida).

³⁴ STJUE 14 junio 2012, asunto C-618/10, *Banco Español de Crédito SA v. Joaquín Calderón Camino* (sin publicar).

³⁵ Una hipótesis cercana plantea ÁLVAREZ OLALLA, “No es posible...”, *loc. cit.*

³⁶ 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.

³⁷ 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.

³⁸ 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 con el Derecho de la UE del plazo de un mes establecido en la Disposición Transitoria 4ª de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios). 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

pudiera ser enjuiciado por los parámetros de las cláusulas abusivas (según *Caja Madrid*, no según el TS)³⁹ 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 intereses⁴⁰, 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 principal⁴¹. ¿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 2013⁴²– 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. Mas 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 2103, 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.

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).

³⁹ STJUE 3 junio 2010, asunto C-484/08, *Caja Madrid*, cit., §§ 42-43.

⁴⁰ 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.

⁴¹ STS 22 febrero 2013 (nulidad del préstamo por intereses contrarios a la ley de usura, no a la legislación de cláusulas abusivas).

⁴² En la conclusión 7ª que, con carácter orientativo para la ulterior labor judicial, se adoptó en ese encuentro de los magistrados de la Sala 1ª TS con otros magistrados, se afirma: “*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*” (disponible en <http://www.poderjudicial.es>).