

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA  
DEL TRIBUNAL SUPREMO  
DE 9 DE MARZO DE 2017 (171/2017)**

**Cláusula suelo comprensible,  
negociada libremente y perfectamente válida<sup>1</sup>**

Comentario a cargo de:  
MARIANO YZQUIERDO TOLSADA  
Catedrático de Derecho civil  
Universidad Complutense de Madrid  
Consultor Académico de *CMS Albiñana & Suárez de Lezo*

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE MARZO DE 2017**

**RoJ:** STS 788/2017 - **ECLI:** ES:TS:2017:788

**ID CENDOJ:** 28079119912017100006

**PONENTE:** EXCMO. SR. DON IGNACIO SANCHO GARGALLO

**Asunto:** Importante sentencia que significa una notable novedad en el panorama de las cláusulas suelo (que no propiamente un cambio de criterio). En el caso, se declara que la cláusula en cuestión, que preveía que el tipo de interés aplicable al préstamo nunca sería superior al 8,00 por ciento nominal anual, ni inferior al 3,00 por ciento nominal anual, no se hallaba enmascarada en el contrato diluyendo la atención del contratante entre otras cláusulas, sino que aparecía como una cláusula principal del contrato que expresaba con meridiana claridad el contenido de la misma. Además, los prestatarios no eran adherentes, sino que

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido realizado en el marco de la Red Temática “Justicia Civi: Análisis y Prospectiva” (DER2016-81752-REDT), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y en el marco del Grupo de Investigación consolidado UCM “Derecho de Daños. Derecho de la contratación”.

la cláusula había sido negociada de manera individual, resultando perfectamente conocida y consentida. Y para que una cláusula supere la exigencia de transparencia, no hay por qué atender exclusivamente al documento en el cual está inserta o a los documentos relacionados, como la previa oferta vinculante, sino que pueden tenerse en consideración otros medios –y particularmente, la labor informativa del notario– de los que quepa deducir que el consumidor estuvo en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba la operación.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo.** 5.1. Síntesis de la doctrina acerca del control de transparencia. 5.1.1. *Doctrina del Tribunal Supremo.* 5.1.2. *Doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.* 5.2. Aplicación de los criterios jurisprudenciales al caso controvertido. Lo que no dice el art. 1282 C.civ. 5.3. Conclusión. **6. Bibliografía.**

## 1. Resumen de los hechos

En la demanda se interesaba la declaración de nulidad de pleno derecho de la cláusula del contrato de préstamo hipotecario conforme a la cual el tipo aplicable al devengo de los intereses no podría ser, en ningún caso superior al 8,00 por ciento nominal anual, ni inferior al 3,00 por ciento nominal anual. Alegaban los dos prestatarios que se trataba de una condición general predispuesta por la entidad demandada (Caja Rural de Teruel Sociedad Cooperativa de Crédito), en la que existía una falta de reciprocidad y equilibrio entre las contraprestaciones, pues limitaba la variabilidad a la baja del interés en beneficio del banco y establecía un techo inalcanzable. También se fundaba la pretensión de nulidad en la falta de información, y se aludía a la conocidísima STS de 9 de mayo de 2013, que había declarado precisamente la nulidad de unas cláusulas suelo por falta de transparencia. Se reclamaba también que la entidad fuera condenada a eliminar la cláusula, que se volvieran a calcular las cuotas del préstamo hipotecario como si la misma nunca hubiera existido y que fuera devuelto el exceso de cuotas abonadas.

## 2. Solución dada en primera instancia

El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Teruel dictó sentencia de 24 de febrero de 2014, en la que se analizó, en primer lugar, la configuración de la

cláusula y declaró que había sido redactada en la misma fuente de letra que el resto de las cláusulas, y con los porcentajes destacados en letra negrita. Valorada la prueba practicada, el Juzgado declaró también que los prestatarios habían negociado la cláusula suelo, y que incluso se les entregaron unos cuadros simulados de amortización donde se reflejaba necesariamente la activación de ese mínimo del 3%. Y por si ello fuera poco, la notaria les había informado de las condiciones del préstamo y, en concreto, de la cláusula suelo. Sobre esta base, y partiendo de la licitud de la cláusula cuestionada, la sentencia concluyó que la cláusula superaba el control de transparencia y desestimó íntegramente la demanda, absolviendo a la Caja Rural de Teruel de todas las pretensiones deducidas contra ella.

### 3. Solución dada en apelación

La Sentencia de la Sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Teruel vino a desestimar el recurso de apelación interpuesto, confirmando así la sentencia recurrida e imponiendo a la parte recurrente la totalidad de las costas causadas en la segunda instancia. La sentencia dejaba constancia de la doctrina sentada por la STS de 9 de mayo de 2013, sobre el control de transparencia en relación con cláusulas suelo, y recordaba que es esencial que el profesional acredite que el consumidor, a la hora de haber contratado, haya adoptado su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente del alcance y contenido de la cláusula de referencia, lo cual supone haber cumplido con los parámetros de transparencia. Tales requisitos de transparencia resultaban acreditados cumplidamente, pues la cláusula «no se enmascara en el contrato diluyendo la atención del contratante entre otras, sino que se muestra como una cláusula principal del contrato que expresa con meridiana claridad el contenido de la misma, que no es otro que los límites al tipo de interés, señalando como límite inferior el 3% nominal anual, que aparecía resaltado en negrilla».

La Audiencia entendió igualmente que el establecimiento de dicha cláusula suelo había sido negociado individualmente entre los actores y la entidad demandada, hasta el punto de que la misma aplicó un “suelo” inferior al tipo usual aplicado por dicha entidad, algo que había sido puesto de manifiesto por la declaración de la persona que negoció el préstamo, por las comunicaciones documentadas entre ésta y la entidad matriz al objeto de solicitar autorización para modificar las condiciones contractuales, y por las declaraciones de la Notaria autorizante del contrato, que expresamente reconoció la advertencia legal a los contratantes sobre la cláusula de variación del tipo interés.

En definitiva, «los actores conocían con precisión el alcance y las consecuencias de la aplicación de la referida “cláusula suelo”, que negociaron individualmente y terminaron por aceptar en uso de su autonomía negocial».

#### 4. Los motivos alegados ante el Tribunal Supremo

Recurrida en casación la sentencia dictada por la Audiencia turolense, el motivo se fundaba en la infracción de la jurisprudencia contenida en la archiconocida STS de 9 de mayo de 2013, y en particular, en la, a juicio de los recurrentes, incorrecta utilización de los parámetros que esta sentencia fijó para realizar el control de transparencia. En efecto, en esa sentencia, el Fundamento Jurídico 225 declaraba que las cláusulas enjuiciadas no eran transparentes porque: (i) faltaba información suficientemente clara de que se trataba de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; (ii) se insertaba conjuntamente con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas; (iii) no existía simulación de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; (iv) no había información previa, clara y comprensible, sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad –caso de existir– o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

#### 5. Doctrina del Tribunal Supremo

##### 5.1. Síntesis de la doctrina acerca del control de transparencia

La STS de 9 de marzo de 2017, objeto del presente comentario, elabora una síntesis, sobria y a la vez completa, de la doctrina emanada de la propia Sala Primera y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para desestimar finalmente el recurso de casación planteado. Pero es que semejante síntesis, por impecable que resulte, no hacía ninguna falta: si la cláusula había sido, en fin, plenamente conocida, negociada y consentida, el marco no era el de las condiciones generales en contratos con consumidores, ni el de las cláusulas abusivas ni el de la Directiva 93/13/CEE, sino el del Derecho de contratos «de toda la vida».

Y entonces, la práctica totalidad del discurso lógico de esta Sentencia viene a enmarcarse en un *obiter dictum* de muy considerable longitud. Como dice al respecto Cámara Lapuente (2018, pg. 1773), «la negociación de una cláusula le priva de los rasgos de predisposición e imposición, y por tanto, no se trata de una condición general ni se le aplica la normativa ni la jurisprudencia sobre cláusulas abusivas».

Veamos entonces el sentido del *obiter dictum*, haciendo la oportuna abstracción y pensando por un momento en que el parecer del Tribunal Supremo lo es en relación con una condición general.

##### 5.1.1. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Establece el art. 4 de la Directiva 93/13/CEE que «[L]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del con-

*trato 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».*

Por su parte, el art. 6.1 dice lo siguiente: *«Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas».*

Y todo ello debe entenderse partiendo de la base de que el art. 3.1 presenta un marco muy concreto, cual es el de las cláusulas no negociadas individualmente: *«Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato».*

Pues bien, como es sabido, la STS de 9 de mayo de 2013 (también plenaria, y que fue objeto del comentario de Valero Fernández-Reyes en el volumen 6º esta colección [2013, pgs. 169 y ss.]) dio respuesta a una acción colectiva de cesación interpuesta por AUSBANC frente a tres entidades de crédito, y entendió que una determinada cláusula suelo utilizada por las demandadas era abusiva y nula. En principio, se trata de cláusulas materialmente lícitas, en la medida en que forman parte inescindible del precio que ha de pagar un prestatario, por lo que definen el objeto principal del contrato y la Directiva impide que haya de apreciarse su eventual carácter abusivo. Pero que estén exentas de control de contenido no elimina la posibilidad de deducir la calificación de abusividad de las mismas, si no salvan el control de transparencia.

Cabe, pues, el control de transparencia, que *«tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la ‘carga económica’ que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la ‘carga jurídica’ del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo».*

Y la sentencia objeto del presente comentario añade que esta doctrina fue después corroborada por las SSTS de 8 de septiembre de 2014 y 29 de abril de 2015. También por las SSTS de 24 de marzo de 2015, 25 de marzo de 2015 y 23 de diciembre de 2015, que son tres sentencias plenas que fueron objeto de interesantes comentarios en los volúmenes correspondientes de esta colección.

En aquel caso de la Sentencia de 2013, el Tribunal Supremo entendió que no basta con una transparencia puramente documental (que se cumple con observar las exigencias legales para su incorporación a los contratos), sino que ha de haber transparencia real, o lo que es lo mismo, que el consumidor debe conocer la importancia del contrato en un desarrollo razonable del cumplimiento del mismo. Y no hay transparencia si no hay información suficiente-

mente clara de que el límite suelo del interés es un elemento definitorio del contrato, o si la cláusula suelo se inserta de forma conjunta con la cláusula techo como aparente contraprestación de la misma, o si no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con la evolución razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de celebrar el contrato, o si no hay información previa, clara y comprensible del coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad ni advertencia de que al concreto perfil del cliente no se le ofertan las mismas condiciones, o si la cláusula suelo se ubica enmascarada entre una abrumadora cantidad de datos, de tal forma que diluye la atención del consumidor. La decisión, en fin, consistió en la expulsión de estas cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario de las entidades demandadas, pero con declaración expresa de una suerte de «irretroactividad» (si así pudiera llamarse) de la sentencia, de tal manera que la nulidad no afectaría a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales ni a los pagos ya efectuados en la fecha de su publicación.

Si me limito solamente a las sentencias plenarias posteriores, resulta que la STS de 24 de marzo de 2015 vino a incidir en el control de transparencia aplicable a las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios a interés variable, aclarando algunos algunos aspectos y rechazando con rotundidad la acusación de estar haciendo creación judicial del Derecho en la materia. Asimismo, argumenta más sólidamente los motivos por los que, en las cláusulas suelo, esa falta de transparencia, entendida como comprensibilidad real de la carga jurídica y económica, ha de comportar la nulidad de la condición general, como consecuencia del desequilibrio subjetivo entre precio y prestación que provoca. Dice la Sentencia que es cierto que el Tribunal Supremo diferencia el control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, del control de transparencia, y que la transparencia documental puede ser suficiente para que una cláusula quede incorporada a un contrato entre profesionales y empresarios, pero no lo es para impedir que se analice con la finalidad de contrastar si, en el contexto de un préstamo concertado con un consumidor, se trata de una condición abusiva, incluso aunque se trate de cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato, y en concreto, a la adecuación entre precio y retribución. Como destaca Nájera Pascual (2015, pg. 284), el consumidor ha de ser capaz, con la información suministrada, de *«percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato»*.

Y, en otro orden de cosas, no valía decir que la sentencia recurrida desobedecía los mandatos de la STS de 9 de mayo de 2013, y además, la actuación del notario autorizante no garantiza la comprensibilidad real de las cláusulas suelo, puesto que *«la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento*

*de este especial deber de transparencia*». Y eso no significa, ni mucho menos, un «doble control» indeseado por el legislador comunitario.

Por su parte, la STS de 25 de marzo de 2015, rechazó la alegación de la entidad demandada, de que el objeto de la litis había decaído, pues lo que había dado lugar a la Sentencia de 2013 era una acción colectiva de cesación, pero la acción ejercitada en este nuevo pleito era de restitución de lo indebidamente cobrado. La STS de 25 de marzo de 2015 fue casi más conocida y comentada que la anterior, pues fue la que ordenaba la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la STS de 9 de mayo de 2013, dejando intactos los pagos efectuados con anterioridad. Una especie de «nulidad *ma non troppo*» que provocó el Voto particular de los Magistrados Orduña Moreno y O'Callaghan Muñoz, quienes, por cierto, no se habían opuesto a este tipo de solución cuando se dictó la STS de 9 de mayo de 2013 y también habían formado parte de la Sala y contribuido entonces a la decisión unánime tomada por la misma.

Y en cuanto a la STS de 23 de diciembre de 2015, vino a incidir en la misma idea acerca del control de transparencia de las cláusulas suelo, y además, tuvo la importancia añadida de que el Tribunal Supremo pudo hacer una extensión de la doctrina ya sentada en relación con cualquier condición general insertada en los préstamos hipotecarios. Y es que, a decir de Díaz Fraile (2016, pgs. 317 y ss.), lo pudo hacer con «las relativas a: los intereses ordinarios variables con límite mínimo de variabilidad (cláusulas suelo); las cláusulas de intereses de demora (admitiendo el Tribunal la posibilidad del devengo de intereses en el importe pactado para los remuneratorios durante el periodo de demora, a pesar de la prohibición de moderación o integración de la cláusula declarada abusiva, resultante de la jurisprudencia del TJUE); y las cláusulas de vencimiento anticipado por impago o incumplimiento de cualquier obligación del deudor».

### 5.1.2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

El sesgo saludablemente académico de esta Sentencia lleva al Tribunal Supremo a acometer también una exposición sintética de la jurisprudencia europea, poniendo de manifiesto la extraordinaria importancia que esta jurisprudencia está teniendo en los Derechos nacionales de cada uno de los Estados miembros (al respecto, García-Valdecasas Dorrego, 2018). Se refiere concretamente a la doctrina establecida en las SSTJUE de 30 de abril de 2014 (caso *Käsler*), de 21 de diciembre de 2016 (caso *Gutiérrez Naranjo*), y 26 de enero de 2017 (caso *Gutiérrez García*). Un análisis, por lo demás, bastante innecesario, ya que la STS de 9 de marzo de 2017 trata de una cláusula negociada de manera individual.

Se insiste, por la misma razón que dije en el subapartado anterior, en que tampoco hacía ninguna falta este análisis, pues si se admite de partida que la cláusula controvertida sí había sido negociada individualmente, entonces nada hay que reflexionar sobre la Directiva 93/13/CEE.

Para la STJUE de 30 de abril de 2014 (caso *Kàsler*), la cláusula controvertida era la que contenía un mecanismo de conversión de la divisa extranjera, y el Tribunal sentenció que «la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical» (ap. 71), sino que «esa exigencia debe entenderse de manera extensiva» (ap. 72), y ello no sólo significa que sea clara y comprensible para el consumidor, sino también que «el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo».

Por la su parte, la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (caso *Gutiérrez Naranjo*), supuso una verdadera revolución en el sector bancario, pues es la que tiró por tierra, en el terreno de las cláusulas suelo, la solución de la «retroactividad limitada» dada por la STS de 25 de marzo de 2015. Explica que el control de transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato procede del art. 4.2 de la Directiva 93/13, y tiene como consecuencia (ap. 49) que el consumidor, antes de la celebración de un contrato, ha de disponer de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de su decisión. «El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información». De ahí deriva que «el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular».

Y en tercer lugar, la STJUE de 26 de enero de 2017 (caso *Banco Primus*) tuvo también una enorme resonancia en el sector. Un Juzgado de Santander introdujo nada menos que siete preguntas en su cuestión prejudicial, todas en torno a la reforma operada 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*. (la reforma afectaba nada menos que a la Ley Hipotecaria, a la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, a la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, a la Ley de Enjuiciamiento Civil y al Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos). En el caso, sucedía que el prestatario había dejado de pagar siete mensualidades. Las cuestiones planteadas afectaban al Derecho transitorio, ya que el inmueble hipotecado se había adjudicado ya a la entidad bancaria, pero cuando se produjo



la entrada en vigor de la Ley 1/2013, no se había producido aún la toma de posesión del bien. El Juzgado inquiría también acerca de la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado y de otra sobre intereses remuneratorios, que es lo que realmente interesa aquí. Y el TJUE deja claro que la Directiva solamente exige el control de cláusulas que definen el objeto principal del contrato o la adecuación entre precios y correlativos bienes o servicios si las mismas no se encuentran redactadas de manera clara y comprensible, y para ello era necesario, en lo que se refiere a los intereses, compararlos con el tipo efectivo resultante de otros modos de cálculo generalmente aplicados y con el interés legal, teniendo en cuenta también la fecha de celebración del contrato controvertido.

5.2. *Aplicación de los criterios jurisprudenciales al caso controvertido. Lo que no dice el art. 1282 C.civ*

La STS de 9 de marzo de 2017, a la vista de la jurisprudencia nacional y europea, comienza entendiendo que la cláusula suelo forma parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, y por ello del objeto principal del contrato. Explica que lo que importa en la STS de 9 de mayo de 2013 es que la inclusión de la cláusula en el contrato «de forma sorpresiva, oculta entre una profusión de cláusulas financieras, provoca una alteración subrepticia del precio del crédito, sobre el que los prestatarios creían haber dado su consentimiento a partir de la información proporcionada por el banco en la fase precontractual. De tal forma que un consumidor, con la información suministrada, entendería que el precio del crédito estaría constituido por el tipo de referencia variable más el diferencial pactados».

La explicación de la doctrina establecida por la ruidosa STS de 9 de mayo de 2013 es tan sumamente pedagógica que casi tiene un cierto aire de «*excusatio non petita*», o al menos de matización de lo que vino a constituir el auténtico cuerpo de doctrina jurisprudencial por obra de las sentencias posteriores (y señaladamente, por la de 25 de marzo de 2015) y por obra de la jurisprudencia del TJUE. Y es que, fijada la posición jurisprudencial sobre la falta de transparencia cuando se trata de cláusulas que definen el objeto principal del contrato, y admitida la no vinculación de tales cláusulas, los jueces y tribunales atendiendo a las circunstancias que concurran en la celebración del contrato, han de resolver si falta la transparencia y procede la declaración de abusividad. Pero, como acabó diciendo el Tribunal de Luxemburgo, de lo que no hay duda es de que, en su caso, habrá de haber declaración de nulidad, y por lo mismo, efectos *ex tunc* y restitución de las cantidades indebidamente pagadas. Y si existen tales situaciones en las que la entidad crediticia se ha enriquecido y particulares adherentes que se han empobrecido porque no sabían qué es lo que estaban firmando, no caben soluciones intermedias, por mucho que traten de evitar descalabros en el conjunto del sistema.

Pero claro, no toda cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo o de crédito con garantía hipotecaria concertado con un consumidor es abusiva y,

por lo mismo, nula. Lo será cuando haya sido incorporada con falta de transparencia material. Y eso es lo que en esta nueva Sentencia trata de explicar el Tribunal Supremo. Parte «*de la base de que, incluso en los contratos de adhesión con consumidores, rige la autonomía de la voluntad de los contratantes respecto del precio y la contraprestación, [y] esto presupone la plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, para lo cual es preciso que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de la celebración del contrato. Como explica la doctrina, la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor. En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento. Por eso, el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó*».

Y aquí viene un dato trascendental de la nueva Sentencia, que se basa en la necesidad de admitir los mecanismos o herramientas de interpretación contractual externos al documento suscrito. Siempre me ha parecido –aunque también sé que no es tema pacífico– que el art. 1282 C.civ. es casi más importante por lo que calla que por lo que dice: «**Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato**». El precepto dice «**principalmente**», no «**exclusivamente**». Seguramente que este artículo no aparece en la sentencia ese juicio sobre la transparencia para que nadie pudiera hablar de excesos en la comprensión del principio «*iura novit Curia*», pues bastante delicada estaba la situación tras la STJUE de 21 de diciembre de 2016. Pero ese elemento de la interpretación resulta, en efecto, vital: el análisis de una cláusula «no tiene por qué atender exclusivamente al documento en el cual está inserta o a los documentos relacionados, como la previa oferta vinculante, sino que pueden tenerse en consideración otros medios a través de los cuales se pudo cumplir con la exigencia de que la cláusula en cuestión no pasara inadvertida para el consumidor y que éste estuviera en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba. En este sentido, en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia».

Siendo ello así, «en el presente supuesto, la Audiencia tuvo en cuenta la citada doctrina jurisprudencial y llevó a cabo el control de transparencia a la vista de la prueba practicada. Las razones vertidas en la sentencia recurrida corroboran que el control de transparencia respetó la jurisprudencia. Los he-

chos acreditados en la instancia ponen en evidencia que *la cláusula está introducida y ubicada dentro del contrato de tal forma que no aparece enmascarada ni se diluye la atención del contratante entre otras cláusulas*, sino que se muestra como una cláusula principal del contrato que expresa con meridiana claridad el contenido de la misma que no es otro que los límites al tipo de interés, señalando como límite inferior el 3% nominal anual, que aparecía resaltado en negrilla». Además, «la cláusula fue negociada individualmente entre los demandantes y la Caja Rural, como lo muestra que se aplicó como suelo un tipo inferior al que venía usando la entidad, y que la notario que autorizó la escritura expresamente advirtió a los contratantes de la cláusula de variación del tipo de interés».

En definitiva, los demandantes «conocían con precisión el alcance y las consecuencias de la aplicación de la referida “cláusula suelo”, que negociaron individualmente y terminaron por aceptar en uso de su autonomía negocial». O lo que es lo mismo, «la cláusula cumple los requisitos de transparencia exigidos por la sala, en la medida en que, como declaramos en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago, y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato». Esta idea de la negociación individualizada es destacada en la Sentencia: «no podemos dejar de realizar [esta] aclaración complementaria, para evitar equívocos».

Pero a mi juicio, habría evitado mejor los equívocos decir que en una cláusula negociada individualmente no hay que llevar a cabo el test de transparencia de que trata la Directiva, sino el de la doctrina general de los contratos y la clásica reflexión sobre oferta y aceptación. En esta Sentencia no hacían falta tantos esfuerzos: si hubo negociación individual de la cláusula suelo, directamente no había necesidad de discurrir acerca de la Directiva ni de cómo se traspuso ésta por el Estado español...

Pero dicho lo cual, y prosiguiendo en clave de condiciones generales (es decir, en clave de *obiter dictum*), la novedad de esta Sentencia está, no sólo en cómo se explicita la importancia que se da a la labor que se espera de los Notarios en la fase precontractual y en que reconoce que tampoco era preciso analizar la transparencia examinando todos y cada uno de los parámetros empleados por la sentencia 241/2013, de 9 de mayo para poder concluir si una cláusula supera el control de transparencia. Cada caso necesitará de unos parámetros o de otros, y no se trata de efectuar una suerte de *test* o de «relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra». Ni la idea ha de consistir tampoco es verificar la presencia aislada de una o alguna de tales circunstancias para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo. En una palabra, el Tribunal parece que comienza a postular una transparencia basada en el concreto consentimiento otorgado por el concreto consumidor, frente a la mera transparencia documental que parecía presidir el discurso en los años precedentes. De una abusividad

objetiva y general se está transitando hacia una *abusividad ponderada*, en feliz expresión de Cámara Lapuente (cit., pg. 1779). Y precisamente por ello cabe la posibilidad de utilizar unos u otros medios.

### 5.3. Conclusión

El lector me permitirá concluir como lo hice en un reciente trabajo que pude firmar con mi discípula Muñoz García en el que comentábamos precisamente la STJUE de 21 de diciembre de 2016: «el Tribunal Supremo ha introducido, en una nueva y reciente sentencia plenaria, el punto de racionalidad en el debate. El juicio «sobre la transparencia de la cláusula no tiene por qué atender exclusivamente al documento en el cual está inserta o a los documentos relacionados, como la previa oferta vinculante, sino que pueden tenerse en consideración otros medios a través de los cuales se pudo cumplir con la exigencia de que la cláusula en cuestión no pasara inadvertida para el consumidor y que este estuviera en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba. La entidad afectada era la Caja Rural de Teruel, y si el lector nos permite concluir así, ignoramos si la sentencia va a ser una suerte de aguja en el pajar que permita decir aquello de “Teruel también existe”, si significa un cambio de criterio o si representa una explicación o matización de la jurisprudencia plenaria de 2013. Por si acaso, la nota emitida por el Gabinete de prensa se ha apresurado a decir, no sabemos si en clave de *excusatio non petita*, que “no se conculca su jurisprudencia sobre control de transparencia iniciada en STS 9 de mayo de 2013”».

Pero insisto en que no hiciera falta tanta argumentación. Si la cláusula había sido negociada, no nos encontramos en el marco del art. 3 de la Directiva.

## 6. Bibliografía

- CÁMARA LAPUENTE, «Las (seis) SS.T.S posteriores a la STJUE 21 diciembre 2016. El control de transparencia sigue en construcción, muta y mutará aún más: hacia la transparencia subjetivas (Comentario a las SS.T.S. de 24 de febrero 2017, 9 marzo 2017, 20 abril 2017 y 25 mayo 2017)», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, año LI, n° 42 (3ª época), junio 2017, pgs. 1770 y ss.
- DÍAZ FRAILE, «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 (5618/2013). Condiciones Generales de la Contratación. Contratos bancarios celebrados con consumidores. Condiciones abusivas. Control de transparencia y control de abusividad. Cláusula suelo; intereses moratorios; vencimiento anticipado; atribución de gastos de la operación al consumidor; contratación telefónica», en Yzquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las Sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Volumen 7º (2016), pgs. 317 y ss.
- GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, *Diálogo entre los Tribunales españoles y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la tutela judicial del consumidor al amparo*

*de la Directiva 93/13/CE*, Centro de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2018.

NÁJERA PASCUAL, «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2015 (1279/2015). Cláusulas suelo. Rechazo a las acusaciones de creación judicial del Derecho. Abusividad derivada de su falta de transparencia», en Yzquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las Sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Volumen 7º (2016), pgs. 279 y ss.

NÁJERA PASCUAL, «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 (1280/2015). Cláusulas suelo: el alcance temporal de los efectos de su nulidad», en Yzquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las Sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Volumen 7º (2016), pgs. 305 y ss.

VALERO FERNÁNDEZ-REYES, «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (241/2013). Consumidores: Condiciones Generales Abusivas; Cláusula Suelo en los Préstamos Hipotecarios; Efectos de su Nulidad», en Yzquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las Sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Volumen 6º (2015), pgs. 169 y ss.

YZQUIERDO TOLSADA y MUÑOZ GARCÍA, «Falta de transparencia en el objeto principal del contrato. Acerca del predisponente que lo es pero que no quiere parecerlo (Comentario a la STJUE de 21 de diciembre de 2016)», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 146, abril-junio 2017, pgs. 253 y ss.

