

**COMENTARIO A LA SENTENCIA  
DEL TRIBUNAL SUPREMO  
DE 25 DE MAYO DE 2017 (334/2017)**

**Control de transparencia sobre la cláusula suelo.  
Efectos de la falta de transparencia  
sobre la posible abusividad de la cláusula.  
Alcance de los efectos restitutorios**

Comentario a cargo de:

**RAFAEL ARNAIZ RAMOS**

Registrador de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE MAYO DE 2017**

**RoJ: STS 2016/2017 - ECLI:ES:TS:2016:2017**

**ID CENDOJ: 28079119912017100011**

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

**Asunto:** Se concede un préstamo hipotecario por una entidad financiera a cuatro personas consumidoras. El contrato incluye una cláusula por la que se establece un suelo a la variabilidad del tipo de devengo de los intereses ordinarios del préstamo, cuyo tenor literal es el siguiente: “e) No obstante la variación pactada, el tipo de interés nominal aplicable no podrá ser inferior al tres con setenta y cinco centésimas por ciento (3,75%), ni superior al quince por ciento (15%).” La parte deudora interpone demanda de juicio ordinario por la que ejercita una acción individual para que se declare la abusividad y consecuente nulidad de la cláusula que fija el suelo, y se acuerde la devolución de las cantidades que no habrían sido satisfechas de no haber existido dicha cláusula y el recálculo de los cuadros de amortización de la deuda pendiente.

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. Cuestión previa: los efectos sobre el asunto enjuiciado de la cosa juzgada resultante de la citada STS 241/2013 de 9 de mayo. 5.2. Control de abusividad sobre cláusulas definitorias del objeto esencial del negocio. Efectos resultantes de la falta de transparencia. 5.3. Los efectos resultantes de la declaración de abusividad de la cláusula suelo derivada de la falta de transparencia sobre la restitución de las cantidades abonadas. **6. Bibliografía.**

## **1. Resumen de los hechos**

Con fechas 25 de agosto de 2006 y 16 de marzo de 2007 se conceden por NGC Banco, o alguna de las entidades cuya reestructuración dio lugar a aquella, dos préstamos hipotecarios. El primero a Don Ginés y Doña Encarnación, y el segundo a Don Bartolomé y a Doña Irene. Los contratos incluían una cláusula por la que se establecía un suelo a la variabilidad del tipo de devengo de los intereses ordinarios del préstamo, cuyo tenor literal es el siguiente: “e) No obstante la variación pactada, el tipo de interés nominal aplicable no podrá ser inferior al tres con setenta y cinco centésimas por ciento (3,75%), ni superior al quince por ciento (15%).” La parte deudora interpone demanda de juicio ordinario por la que ejercita una acción individual para que se declare la abusividad y consecuente nulidad de la cláusula que fija el suelo, y se acuerde la devolución de las cantidades que no habrían sido satisfechas de no haber existido dicha cláusula y el recálculo de los cuadros de amortización de la deuda pendiente. Se reclama igualmente que se condene a la entidad demandada a abonar el interés legal desde la fecha de cada cobro hasta su completa satisfacción, o alternativamente condene a la entidad demandada a abonar el interés legal conforme a lo establecido en el artículo 576 LEC. Por parte de la demandada se opuso la excepción de litispendencia o, alternativamente, se desestime íntegramente la demanda planteada, en ambos casos con expresa imposición de costas a la parte adversa de forma solidaria.

## **2. Solución dada en primera instancia**

El Juzgado de primera instancia número 4 de Ourense dictó sentencia con fecha 12 de noviembre de 2012 estimando íntegramente la demanda interpuesta por la parte actora, acordando la nulidad de las cláusulas suelo al considerarlas abusivas, y condenando a la entidad demandada a eliminarla de los contratos, a la devolución de las cantidades cobradas de más en aplicación de la misma antes y durante el procedimiento, más el interés legal desde la fecha de cada cobro hasta la de su efectiva satisfacción; condenó igualmente a la demandada a recalcular los cuadros de amortización excluyendo la cláusula

suelo, contabilizando la cifra de capital que efectivamente debió considerarse amortizado. Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada. La sentencia de primera instancia es de fecha anterior a la Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo, por la que el Alto Tribunal sentó doctrina jurisprudencial en materia de control de transparencia y abusividad de las cláusulas suelo. Así, dicha sentencia de instancia apreció el carácter abusivo en atención a la falta de reciprocidad, pues la limitación al alza “era totalmente desproporcionada, no existiendo equivalencia económica entre las obligaciones que asume cada parte”. Por tanto, el Juzgado de Primera Instancia fundamentó su control de abusividad en una falta de equilibrio entre las prestaciones, realizando con ello un control de contenido de la cláusula.

### **3. Solución dada en apelación**

La Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ourense de 14 de abril de 2014 desestimó el recurso de apelación, confirmando la sentencia de instancia e imponiendo las costas del recurso a la parte apelante. La Audiencia confirma la decisión de instancia sobre la base de fundamentos jurídicos distintos a los de ésta, en la medida en que es posterior a la STS 241/2013, de 9 de mayo. Así, partiendo de la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo, confirma la declaración de nulidad de la cláusula pero por razón del hecho de no haber superado el control de transparencia, pues si bien, a juicio de la Audiencia, podría admitirse que la cláusula se muestra como elemento esencial del contrato al estar incluida en el apartado “tipo de interés/cálculo de tipo de interés”, lo cierto es que se presenta como contraprestación por la cláusula techo y sin justificación de que se haya acreditado la realidad de muestra de escenarios de simulación o contraste con otros productos financieros de igual objeto que permitan al cliente formarse una clara imagen de los escenarios que podrían presidir las consecuencias contractuales. Por tanto, y admitida por la Audiencia la imposibilidad de entrar a enjuiciar la abusividad de la cláusula por ser definitoria del objeto principal del contrato, señala en su sentencia que “este pronunciamiento (el de la imposibilidad de realizar un control de abusividad) carece de eficacia a los efectos pretendidos por la demandada, “habida cuenta de la nulidad de la cláusula por no superar el filtro de transparencia en los términos indicados”.

### **4. Los motivos de casación alegados**

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial la entidad financiera acreedora interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, siendo los motivos de casación los siguientes: 1.) Infracción de los artículos 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, y del artículo

82.1, de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, en relación con la infracción de la doctrina jurisprudencial contenida en la Sentencia 241/2013 y 2.) Infracción del artículo 1303 del Código Civil, en relación con el artículo 9.3 de la Constitución. El Tribunal Supremo admitió el recurso por auto de fecha 9 de diciembre de 2015, y por providencia de fecha 25 de enero de 2017 se dio traslado a la entidad recurrente para que formulara alegaciones a la vista de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016. Debemos recordar que tal sentencia consideró contraria al artículo 6.1 de la Directiva 13/93 la doctrina jurisprudencial resultante de la STS 241/2013, por la que se limitaban los efectos restitutivos de la declaración de nulidad por falta de transparencia material de la cláusula suelo a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión. En su escrito de alegaciones, la entidad acreedora pide que se aprecie de oficio los efectos de la cosa juzgada que la STS 241/2013 genera respecto de pleito.

## **5. Doctrina del Tribunal Supremo**

### *5.1. Cuestión previa: los efectos sobre el asunto enjuiciado de la cosa juzgada resultante de la citada STS 241/2013 de 9 de mayo*

Frente a la alegación realizada por la entidad acreedora de que se acordara el sobreseimiento del procedimiento por razón de la eficacia de la cosa juzgada resultante de dicha sentencia, la aquí comentada justifica su desestimación en la inexistencia de un efecto de cosa juzgada material resultante de las sentencias dictadas en procedimientos iniciados por el ejercicio de acciones colectivas y los que resultan del ejercicio de acciones individuales, dada la inexistencia de identidad objetiva entre las acciones individuales y las colectivas por razón de sus objetos y efectos jurídicos diferentes. En la justificación de dicha falta de identidad el Tribunal Supremo cita su sentencia 123/2017 de 24 de febrero y la sentencia del Tribunal Constitucional 148/2016 de 14 de abril, sentencia esta última que explica con claridad la causa de dicha falta de identidad, resultante del hecho de que en el proceso derivado del ejercicio de la acción colectiva, si bien se analiza una cláusula cuyo contenido coincide con el de la cláusula analizada en el proceso resultante del ejercicio de la acción individual, no se pueden tomar en consideración “las circunstancias concurrentes en su celebración” ni, por tanto, “el cumplimiento del principio de transparencia”, lo que determina que el objeto de los respectivos procesos sea “similar, pero no idéntico”. Sobre la base de tal criterio, la STS 123/2017 pone de manifiesto cómo una extensión de la cosa juzgada derivada de la acción de cesación a la universalidad de cláusulas de contenido coincidente podría pro-

ducir efectos indeseables, tales como cercenar la autonomía de la voluntad del consumidor que no quiere tal nulidad, o impedir el ejercicio de una acción individual en caso de que la demanda por la que se ejercitó la acción de cesación hubiera sido desestimada. Concluye finalmente la STS 123/2017, en doctrina recogida en la sentencia comentada, que “afectará únicamente a los consumidores no personados que estén determinados individualmente en la propia sentencia, conforme dispone el art. 221.1-1ª LEC”.

Una formulación distinta de tal criterio es recogida en la más reciente STS 219/2018, de 1 de febrero, que reitera doctrina contenida en la STS 367/2017 de 8 de junio, por la que se resuelve una acción individual que tiene por finalidad la declaración de abusividad de una cláusula suelo establecida por el Banco Popular que ya había sido declarada abusiva, y por tanto nula, por la STS 705/2015 de 23 de diciembre, por la que se resolvía la acción colectiva ejercitada por una Asociación de consumidores. Así, en la STS 219/2018 el Tribunal Supremo revoca la sentencia de la Audiencia y declara la abusividad de la cláusula sobre la consideración de que en el proceso derivado del ejercicio de la acción individual no concurren circunstancias excepcionales, relativas al perfil del cliente o a la información suministrada por el banco predisponente en el caso concreto, que se aparten de lo que puede considerarse el estándar medio y justifiquen que las razones por las que se estimó la abusividad de la cláusula en la sentencia que resolvió la acción colectiva no sean de aplicación en el litigio sobre acción individual. Y concluye que los argumentos expuestos por la Audiencia, –que basaba su decisión en que la cláusula aparecía escrita en términos que generaban la impresión general de que la referida cláusula “aparezca revestida de los elementos gráficos suficientes para que pueda ser conocida por el consumidor y consecuentemente tomada en consideración a la hora de formar su decisión contractual”– servirían para entender superado el control de incorporación, pero no el de transparencia.

El criterio jurisprudencial expuesto presenta alguna complejidad en su entendimiento, en la medida en que existe cierta contradicción entre el carácter abstracto que el Tribunal Supremo atribuye al control de transparencia material de las cláusulas esenciales de los contratos celebrados con consumidores, (lo define como un “parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito general de interpretación del Código Civil del “error vicio” o “error propio”, cfr. SSTs 241/2013, 138/2017, 705/2015, 123/2017), y la exigencia, en el desarrollo de tal control de transparencia, de tomar en consideración, según impone el artículo 4.1 de la Directiva 93/13, todas las circunstancias concurrentes en la celebración del contrato. Y es que esta última exigencia hace difícil entender los términos en que una sentencia resultante del ejercicio de una acción colectiva, –en la que no existe un consumidor cuyas circunstancias personales puedan ser apreciadas, ni pueden tomarse en consideración las circunstancias en que la información precontractual fue o no suministrada, o la existencia o no de un asesoramiento previo–, puede controlar la transparencia material de una cláusula definitoria del contenido esencial del contrato, en

términos que pueda afirmar que la misma ha sido redactada e integrada en el contrato en términos tales que el consumidor adherente no haya conocido o podido conocer con sencillez tanto la carga económica como jurídica del contrato. Sobre todo, si tenemos en cuenta que la STS 222/2015, de 29 de abril, citada por la aquí comentada, señala, al justificar la posible abusividad resultante de la falta de transparencia material, que aquella tendrá lugar si dicha falta de transparencia “*provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y contraprestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.*” A la vista de la doctrina sentada en la citada STS 219/2018, cabría concluir que el Alto Tribunal resuelve de forma algo forzada la contradicción expuesta partiendo de la consideración de que la declaración contenida en una sentencia resultante de un proceso derivado de una acción colectiva, de que una cláusula predispuesta no supera el control de transparencia material, no es que no tenga en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la celebración del contrato, sino que formula el control de transparencia material de la cláusula para un “estándar medio” de perfil de consumidor y de circunstancias relativas al suministro de información contractual. Siendo así, sólo podría llegarse a una conclusión diferente en un procedimiento resultante del ejercicio de una acción individual en el caso de que, ya en relación con el perfil del consumidor, ya en relación con las actuaciones previas a la firma del contrato, concurrieran circunstancias que se apartaran de dicho “estándar medio”. Estándar, debe señalarse, que tiene una definición legal o jurisprudencial precisa. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017, página 248) entra a considerar incluso la posibilidad de que, al revisar en un procedimiento individual la validez para el caso concreto de la cláusula declarada nula en abstracto por razón de la acción de cesación, pudiera producirse el resultado paradójico de que la entidad demandada, que hubiera dejado de aplicar la cláusula una vez declarada nula por la sentencia resultante de la acción colectiva, planteara en demanda reconventional su validez para el caso concreto, atendidas las circunstancias en que se contrató.

Cabe considerar que en el origen de la complejidad metodológica que supone armonizar un juicio abstracto sobre una reglamentación predispuesta y la exigencia de tomar en consideración todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, –ya referidas al perfil del consumidor, ya al suministro de información previa, o a la actividad de asesoramiento del notario–, está la distinción establecida por el Tribunal Supremo, ya desde la STS 241/2013 (cfr. Apdos. 209 y 201), entre la transparencia exigible a la cláusula predispuesta a efectos de su incorporación al contrato, definida por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que impone su redacción ajustada a los principios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, (cfr. art 5.5), y la transparencia exigida a efectos de poder admitir como válida, por no abusiva, una cláusula ya incorporada, de forma que, como señala la STS 464/2014, de 8 de septiembre, la reglamentación predispuesta incluya “*criterios precisos y comprensivos*”

*bles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada.”* De acuerdo con tal doctrina, el control de incorporación tiene un carácter meramente formal, y se extiende a cualquier contrato que incluya condiciones generales, imponiendo una exigencia claridad gramatical y documental que se concreta en una forma específica de expresar, organizar y presentar al adherente el contenido de la reglamentación predispuesta. Frente a ello, el control de transparencia material implica un juicio de validez de la cláusula predispuesta que define el contenido esencial del contrato celebrado con un consumidor, en la medida en que expresa la posibilidad que el adherente haya tenido posibilidad de comprender, de forma efectiva, el contenido económico y jurídico del contrato. Se trata de un control, el de transparencia material, estrechamente vinculado a la exigencia de buena fe, en la medida en que ésta impone al predisponente proteger la confianza que en la reglamentación predispuesta ha depositado el adherente, al aceptar tal forma de contratar. Protección que obliga al predisponente a posibilitar una identidad subjetiva entre la representación que el consumidor se hace de las consecuencias del contrato, y las que efectivamente habrán de resultar del mismo. Como señala Orduña Moreno, (2016, pág.34), es en el principio de buena fe donde encuentra su origen la exigencia de que el contenido contractual responda al cumplimiento que, según la naturaleza del contrato, razonablemente quepa esperar desde la posición contractual del adherente.

Tenemos por tanto un solo término, el de transparencia, cuya caracterización y significado es múltiple, de suerte que puede referirse a ciertas exigencias de carácter estrictamente objetivo que permitan superar un control de incorporación o a ciertas otras, también de carácter subjetivo, que permitan superar un control de abusividad. Ciertamente no es pacífica la doctrina en relación con la metodología expuesta, ni con la definición de lo que, tras el desarrollo jurisprudencial del concepto de transparencia material, debe entenderse por control de incorporación y control de abusividad. En este sentido, cabe citar la postura favorable a mantener el control de transparencia material fuera del control de incorporación y dentro del de abusividad que sostiene ORDUÑA MORENO, (2016, pag 74), y frente a ella la sostenida por CÁMARA LAPUENTE (2016) quien señala, como consecuencia capital de la inclusión del control de transparencia material dentro del control de incorporación, la posibilidad de extender aquél control de legalidad a la contratación entre empresarios (contratación a la que se extiende el control de transparencia material de la regulación contenida en el Proyecto de Ley Reguladora de Contratos de Crédito Inmobiliario, cuando se trate de empresarios individuales (cfr. art. 2.1 del Proyecto). Entendiendo el autor que “ningún obstáculo insalvable parece oponerse a que ese control de transparencia tenga los mismos rasgos que los desarrollados por la jurisprudencia tanto del TJUE como del TS: comprensibilidad real y no sólo formal o gramatical del contenido jurídico y económico.” En el mismo sentido que este último autor, CARRASCO PERERA, (2017, pag. 4)

considera que “la solución lógica es conducir el control de transparencia cualificada al ordinario control de inclusión a los artículos 5 y 7 de la LCGC y 80 del TRLGDCU (...)”

### 5.2. *Control de abusividad sobre cláusulas definitorias del objeto esencial del negocio. Efectos resultantes de la falta de transparencia*

La cuestión más relevante planteada en el recurso resuelto por la sentencia comentada es la de determinar el alcance que sobre la posible nulidad de una cláusula por la que se establece un suelo a la variabilidad del tipo de devengo del interés ordinario tiene la declaración judicial de su falta de transparencia material. Expresado en otras palabras: se trata de determinar si la sola declaración judicial del hecho de no haber superado dicha cláusula el filtro de transparencia, debe suponer, por sí misma, su nulidad o si, por el contrario, el único efecto que puede predicarse de la falta de transparencia ha de ser la posibilidad de que el Tribunal entre a examinar, no obstante el carácter definitorio del objeto principal del contrato que tenga la cláusula, su posible carácter abusivo. En definitiva, se pide al Tribunal Supremo que se pronuncie sobre si la falta de transparencia de la cláusula suelo implica su nulidad o, por el contrario, sólo la posibilidad de examinar su posible carácter abusivo y, con ello, nulo. La entidad acreedora considera que de la STS 241/2013, por la que se sentó la doctrina jurisprudencial en materia de validez de cláusulas suelo, es contraria al fallo de la Audiencia Provincial, en la medida en que de aquella resulta que la falta de transparencia no conlleva por sí misma la nulidad de la cláusula, sino que para que tal nulidad exista es preciso que la cláusula genere un desequilibrio contrario a las exigencias de la buena fe, en cuanto implique una falta de distribución al consumidor de la información necesaria relativa a la previsibilidad o predictibilidad de la oscilación a la baja del tipo de interés y la frustración de las expectativas del consumidor de beneficiarse de esa oscilación a la baja o minoración del tipo de interés variable.

Pues bien, la sentencia aquí comentada resuelve la cuestión planteada reiterando de forma literal la doctrina ya sentada en anteriores sentencias (138/2015, de 24 de marzo y 222/2015, de 25 de abril), de las cuales resulta una interpretación de la STS 241/2013 que parte de la consideración de que la afirmación realizada por ésta en su apartado 250 in fine, –en el que se afirma que “*la falta de transparencia no supone necesariamente que (las cláusulas) sean desequilibradas*”–, es de aplicación sólo a aquellos supuestos, –que el TS califica de excepcionales–, en los que la falta de transparencia resulta inocua para el adherente, pues pese a no poder hacerse una idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones contractuales pueden provocar sobre su posición económica o jurídica en el contrato, las mismas no tienen efectos negativos para el adherente. Y a juicio del Alto Tribunal, “*tal situación no puede darse en el supuesto de las cláusulas suelo*”, pues en ellas la falta de transparencia provoca, necesariamente, un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor,

objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe. Desequilibrio que, como señaló la STS 222/2015, no es el objetivo entre precio y contraprestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino subjetivo, entre el precio y la prestación, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación. Entiende por tanto el Tribunal Supremo que el establecimiento de una cláusula suelo tiene una incidencia directa sobre el objeto principal del contrato, en cuanto delimita su precio y, por tanto, la falta de transparencia material de dicha cláusula impide al adherente conocer, de forma suficiente, el coste económico del contrato. Coste que no sólo resulta del precio nominal fijado, sino de las posibilidades que el prestatario, de haber podido conocer de forma suficiente las condiciones contratadas, hubiera tenido de encontrar mejores productos en el mercado.

Por tanto, el razonamiento lógico seguido por el Tribunal Supremo se centra en una valoración de la posición de un prestatario consumidor concreto, en la medida en que para justificar que el efecto inevitable de la falta de transparencia material de la cláusula suelo es la abusividad se aleja del control abstracto de la reglamentación predisuelta y se adentra en su individualidad, al tomar en consideración la representación subjetiva que ése se pudo realizar de las consecuencias económicas de lo pactado, dadas las circunstancias concurrentes en la contratación. Fuerza con ello sus propias categorías, pues pese a la afirmación, contenida en el apartado 210 de la STS 241/2013, de que el control de transparencia está fuera de la configuración civil del “error vicio” o “error propio”, le da un fundamento muy cercano a ellas, en la medida en que la consecuencia inevitable de la no superación del control de transparencia material es una situación subjetiva en el prestatario que le lleva no poder enjuiciar, de forma completa y suficiente, las consecuencias del contrato. En definitiva, a padecer una situación de desconocimiento de lo realmente pactado muy cercana a la que resulta de la existencia de error. Y es que no resulta extraño a la jurisprudencia del Tribunal Supremo la consideración de que el incumplimiento por las entidades financieras de los estándares de información precontractual puede producir un error excusable. Tal es el criterio seguido en relación con la contratación con dichas entidades de productos complejos de inversión (cfr. por todas STS 676/2018, de 1 de marzo.)

Sin embargo, en la sentencia comentada el Tribunal consigue objetivizar el desequilibrio que él mismo define como subjetivo acudiendo a la jurisprudencia sentada por el TJUE en la sentencia de 26 de enero de 2017, Asunto C241/14, en la que se identifica el “desequilibrio importante” sobre la base de comparar la relación entre las prestaciones creadas por el contrato celebrado, y la que resultaría de aplicar las normas establecidas por el ordenamiento jurídico para el caso de que no hubiera existido acuerdo entre las partes. Y entendiéndose que se causa el desequilibrio contrariamente a las exigencias de la buena fe si el predisponente no podía razonablemente considerar que el consumidor adherente, en una negociación individual, desarrollada de forma leal

y equitativa, hubiera aceptado una cláusula similar. En definitiva, la Sentencia comentada, pese a negar que la falta de transparencia material equivalga, de forma necesaria, a una situación de abusividad, así lo afirma en el caso particular de cláusulas suelo establecidas en contratos de préstamo a interés variable de larga duración, en la medida en que dicha falta de transparencia produce, inevitablemente, la imposibilidad en el consumidor de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia, lo que le priva de la posibilidad de comparar entre las diversas ofertas en el mercado. Ocurre así que pese a que en la sentencia aquí comentada comienza la argumentación para resolver el primer motivo de casación citando su anterior sentencia 138/2015, de 24 de marzo, e indicando que en ella “*salimos al paso de crítica de que el juicio de abusividad queda diluido en el juicio de transparencia, de modo que toda cláusula suelo no transparente es abusiva*”, lo cierto es que el desarrollo posterior de su argumentación termina por dar la razón a dicha crítica: la falta de transparencia material en la contratación de préstamos que incluyan, como reglamentación predispuesta, una cláusula suelo, genera, por sí misma, un desequilibrio importante y contrario a las exigencias de la buena fe en el prestatario. Con ello, la jurisprudencia comentada redefine el concepto de desequilibrio importante y contrario a las exigencias de la buena fe contenido en la formulación de la cláusula general abusiva establecida por el artículo 82.1 del TRLGCU, en la medida en que éste podrá no sólo referirse a la relación entre los derechos y obligaciones que para cada una de las partes puedan resultar del contrato, sino a la relación existente entre la posibilidad que el consumidor adherente tiene de hacerse una representación subjetiva lo suficientemente completa del conjunto de consecuencias jurídicas y económicas que de la celebración del contrato deberán resultar, y lo efectivamente pactado. Y así, la falta de transparencia material de la cláusula suelo produce necesariamente tal desequilibrio.

Lo que no determina el Tribunal Supremo, ni en la sentencia comentada ni en las demás en que desarrolla el concepto de transparencia material, es el conjunto de actuaciones que necesariamente deben desarrollarse para que el prestatario tenga o pueda tener una comprensión real de la carga jurídica y económica que asume. En la fecha en que el presente comentario se entrega, la tarea de definir cuáles son tales actuaciones ha sido asumida por el legislador, a través del Proyecto de Ley Reguladora de Créditos Inmobiliarios, mediante la cual quedará parcialmente transpuesta la Directiva 2014/17 de Contratos de Crédito con los Consumidores sobre inmuebles de uso residencial, incluyendo una regulación del control de transparencia material en su artículo 13 que dista enormemente de la regulación “clara y sencilla, que evite dudas interpretativas innecesarias” que, según la Exposición de Motivos del proyecto, se pretende crear. Y ello, en la medida en que la regulación en proyecto diseña un sistema de control de transparencia material coetáneo a la fase de preparación notarial del contrato, a través de la imposición, como requisito

previo para que pueda ser otorgada la escritura de préstamo, de la autorización de un acta notarial que hará prueba del asesoramiento prestado y de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de la información precontractual entregada por el predisponente. De la redacción del proyecto, que esperamos sea revisada antes de su aprobación, no resulta claro si al autorizar dicha acta el notario debería emitir un juicio acerca de si el prestatario ha comprendido de forma real y efectiva las consecuencias jurídicas y económicas de la firma del contrato (a ello parece conducir el hecho de que la nueva regulación prevea que el notario recoja las pruebas realizadas por el prestatario de entendimiento de los diversos escenarios de aplicación práctica de las cláusulas financieras, en diversos escenarios de coyuntura financiera), o si habrá de limitarse a dar fe de que la documentación precontractual ha sido entregada y de que ha prestado asesoramiento (a lo cual parece conducir el efecto probatorio reconocido al acta, que se extiende únicamente al asesoramiento prestado por el notario y a la manifestación del prestatario de que comprende y acepta el contenido de los documentos transcritos). Por tanto, es de esperar que en la redacción definitiva de la nueva regulación, previsiblemente en vigor en la fecha de publicación del presente comentario, se introduzcan los cambios precisos para definir con mayor precisión qué debe entenderse, a los efectos de la Ley, por transparencia material, y cuál debe ser la finalidad de la actividad de control preventivo de su concurrencia, de tal modo la regulación se ajuste al desiderátum expresado en su Exposición de Motivos y, de una forma clara y sencilla, determine si el control de transparencia material a realizar con carácter previo a la firma del contrato debe ser de comprobación de la efectiva comprensión real por el prestatario, o si por el contrario el control de transparencia debe tener carácter objetivo, y limitarse al enjuiciamiento de la reglamentación predispuesta, a la comprobación de la entrega de la información contractual con el contenido y antelación ajustado a la norma y a la realización de una labor de asesoramiento, de modo que se limite a poner de manifiesto una situación de comprensibilidad del contenido jurídico y económico del préstamo para el consumidor medio.

*5.3. Los efectos resultantes de la declaración de abusividad de la cláusula suelo derivada de la falta de transparencia sobre la restitución de las cantidades abonadas*

El segundo motivo de casación alegado por el recurrente se plantea con carácter subsidiario y queda referido al efecto restitutorio que debiera reconocerse a la declaración de nulidad de la cláusula suelo por razón de su carácter abusivo resultante de la falta de transparencia. El Tribunal Supremo, ante la alegación de que la sentencia de la Audiencia contraviene los artículos 1303 CC en relación con el artículo 9.3 CE y los principios generales del derecho de seguridad jurídica, buena fe y orden público económico, tal y como fueron interpretados por la doctrina jurisprudencial sentada por la Sentencia 241/2013,

de 9 de mayo, opone la jurisprudencia sentada por la STJUE de 21 de diciembre de 2016, que declaró contrario al artículo 6.1 de la Directiva 93/13 el criterio sentado por el TS en la citada sentencia 241/2013, cuyo apartado 294 concluyó la “irretroactividad” de la misma, *“de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia.”*

El Tribunal Supremo apoyaba tal conclusión en una valoración compleja que incluía diversos aspectos enumerados en el apartado 293, de cuya lectura resultaba ya cierta contradicción con el fallo, en la medida en que incluía un conjunto de elementos definitorios de la cláusula suelo, de su utilidad, aceptación por el mercado, generalidad, falta de oscuridad, regularidad en la incorporación al contrato y posibilidad de exclusión voluntaria por el deudor vía subrogación de otro acreedor por el procedimiento previsto en la Ley 2/94, que podía hacer pensar en una posible falta de convicción en el propio Tribunal a la hora de declarar la nulidad de la cláusula por falta de transparencia. O de convicción, o de coherencia, dada la dificultad, una vez declarada la cláusula nula por abusiva, de excluir de las consecuencias resultantes de tal declaración de nulidad todos los pagos que, por razón de dicha cláusula nula hubieran sido realizados antes de la fecha de la Sentencia 241/2013. Tal y como señala la sentencia aquí comentada, la STJUE de 21 de diciembre de 2016 desatendió el conjunto de argumentos que a juicio del Supremo justificaban limitar los efectos temporales de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo e impuso un criterio radical al fijar las consecuencias resultantes de tal declaración, y así, en su considerando 61 estableció que *“(…) el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula”,* de tal forma que, según establece el considerando 72, *“la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013 equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.”*

En el recurso de casación aquí comentado la entidad acreedora recurrente, en el trámite de audiencia abierto por el Tribunal por razón de la doctrina sentada por la STJUE de 21 de diciembre de 2016, alegó que el efecto retroactivo de la nulidad de las cláusulas abusivas, previsto en dicha sentencia, no se proyecta sobre las situaciones resueltas mediante una resolución con efectos de cosa juzgada ni sobre pretensiones prescritas con arreglo a un plazo razonable, solicitando, por tanto, que se aprecie la cosa juzgada de la STS 241/2013

respecto del procedimiento, y se acuerde su sobreseimiento y, subsidiariamente, que para el caso de que se condene a la restitución de las cantidades cobradas se excluya el pago de los intereses legales, en atención a la buena fe. Pues bien, tales alegaciones son rechazadas por el Tribunal Supremo.

La primera, sobre la argumentación que ya ha quedado expuesta en el epígrafe 5.1 anterior, por la que se excluye la extensión del efecto de cosa juzgada resultante de la acción colectiva de cesación a las resoluciones resultantes del ejercicio de acciones individuales. Ello, sin embargo, no debe impedir que en este comentario nos planteemos si el efecto restitutorio previsto en la STJUE de 21 de diciembre de 2016 permitiría revisar la sentencia firme anterior al pronunciamiento del Tribunal de Justicia, recaída en un procedimiento seguido a instancia del mismo deudor y respecto de la misma deuda, y por la que tal efecto restitutorio hubiera sido desestimado. Y la respuesta, a la vista de lo establecido en la citada STUE, debe ser negativa, en la medida en que, según precisa su considerando 68 el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13. Cabe igualmente plantearse cuál hubiera sido el criterio seguido por el Tribunal Supremo si hubiera entrado a considerar la posible prescripción de la pretensión restitutoria, por haber transcurrido un “plazo razonable”, desde que se hicieron los pagos. Y a partir de lo establecido en el considerando 70 de la citada STJUE de 21 de diciembre de 2016, no parece posible considerar otro que no sea el plazo de prescripción de la pretensión restitutoria que sea de aplicación de conformidad con la legislación interna. Limitación temporal ésta que el propio tribunal de Justicia se ocupa, en el considerando referido, de distinguir de la “limitación en el tiempo de los efectos de la interpretación de una norma del Derecho de la Unión”, siendo el propio Tribunal de Justicia el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que pueden aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma de la Unión. Plazo cuya determinación exige distinguir, como pone de manifiesto CARRASCO PERERA (2017, pag. 3), entre la imprescriptibilidad de la acción declarativa de la nulidad de la cláusula por falta de transparencia, y la prescripción de la acción restitutoria de las cantidades indebidamente pagadas. Y sobre la base de tal distinción, el referido autor (2017 pag.18), después de argumentar acerca de la naturaleza de la nulidad resultante de la falta de transparencia de la cláusula suelo, y su inclusión dentro de una u otra de las categorías generales de nulidad radical o anulabilidad, concluye que está prescrita la acción de restitución de las cantidades pagadas en virtud de una cláusula suelo cuando han transcurrido cuatro años desde que la relación derivada del préstamo hipotecario ha terminado por cualquier causa.

Finalmente, en la Sentencia comentada el Tribunal Supremo desestima la pretensión de la entidad acreedora relativa a la exclusión del pago de intereses en la devolución de las cantidades indebidamente abonadas por la razón de la

cláusula suelo en su carácter extemporáneo y en la literalidad del artículo 1303 CC, sin entrar a valorar la alegación referida a la buena fe de la recurrente. Se remite el Tribunal a su sentencia 734/2016, de 20 de diciembre, que a su vez recoge la doctrina sentada en la Sentencia 716/2016 de 30 de noviembre, conforme a la cual el restablecimiento de la situación anterior a la celebración del contrato nulo impone que la restitución deba comprender no sólo las cosas en sí mismas, sino también los frutos, productos o rendimientos que hayan generado.

#### 5.4. *Conclusión*

En la sentencia comentada el Tribunal Supremo mantiene la línea jurisprudencial anterior, tanto del propio TS como del TJUE, relativa a la nulidad por falta de transparencia material de las cláusulas suelo, en aquellas materias sometidas a su decisión: la delimitación del efecto de cosa juzgada producido por sentencias dictadas como consecuencia del ejercicio de acciones de cesación sobre los procedimientos posteriores resultantes del ejercicio de acciones individuales, el alcance que la no superación del control de transparencia material debe producir sobre la declaración de abusividad de la cláusula y la delimitación de los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad por falta de transparencia. Línea jurisprudencial de extraordinaria relevancia por los siguientes factores: su fuerza generadora de nueva dogmática de la contratación bajo reglamentación predispuesta y de sus requisitos de validez y eficacia; la pendencia de un proceso legislativo que ha de culminar la transposición de la Directiva 2014/17, y que está centrada en la protección del consumidor a través del control de transparencia material en los préstamos y créditos hipotecarios sobre inmuebles de uso residencial; y la existencia de una muy intensa conflictividad en las materias que resuelve, en parte generada por la propia jurisprudencia. Todo ello hace especialmente relevante una más precisa definición de las categorías que van siendo creadas, y de su adecuado encuadre metodológico. Para ello es necesario superar las dudas todavía existentes en relación con la configuración del control de transparencia como un control de incorporación o de abusividad, y de su consideración como un enjuiciamiento objetivo de la reglamentación predispuesta, realizable de modo abstracto sobre un tipo de consumidor “estándar”, o como un juicio relativo a la comprensión real y efectiva del contrato por un consumidor individual.

## 6. **Bibliografía**

- ACHÓN BRUÑÉN, M.J. *“Las reclamaciones por cláusulas suelo y otras muchas cláusulas abusivas en las escrituras de hipoteca”* Madrid, Ed. Dykinson, 2017.
- CÁMARA LAPUENTE, S. *“El control de las cláusulas abusivas sobre los elementos esenciales del contrato”*, Thompson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2006. *“Control de cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios”* Artículo publicado en Almacén de Derecho, con fecha 27 de junio de 2016.

- CARRASCO PERERA, Á. “*La acción para reclamar intereses pagados en virtud de una cláusula suelo está prescrita cuando han transcurrido cuatro años desde que el contrato hipotecario ha sido consumado y cancelado.*” Artículo publicado en Centro de Estudios Jurídicos de la Universidad de Castilla la Mancha, con fecha 10 de marzo de 2017. <http://blog.uclm.es/cesco/files/2017/03/Prescripcion-accion-restitutoria-clausula-suelo.pdf>
- ORDUÑA MORENO, F.J., MARTÍN SÁNCHEZ, C. y GUILLÉN CATALÁN, R. «*Control de Transparencia y Contratación Bancaria. Régimen de Aplicación y Doctrina Jurisprudencial Aplicable.*” Valencia, ed. Tirant Lo Blanch, 2016.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. “*La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*” Valencia, ed. Tirant Lo Blanch, 2ª Edición. 2017.

