

## EL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LA CLÁUSULA SUELO Y SUS EFECTOS RESTITUTORIOS



En el ámbito de los contratos, se diferencian dos formas de contratación:

1. **Contrato por negociación:** presume un contrato entre partes iguales, de modo que el fundamento básico es el consentimiento ( Art. 1255 CC).
2. **Contratación en masa:** aplicando condiciones generales de contratación (CGC). Tienen poco que ver con la negociación y el consentimiento no juega con la misma fuerza. Hay una relación asimétrica, desigual entre las partes, que se vislumbra desde el inicio, con la denominación de las partes intervinientes: Predisponente y Adherente.

El arco que sostiene toda la bóveda es la **buena fe** como elemento de integración contractual (art. 1258 CC) y principio informador (art. 7 CC). La buena fe sirve de principio impositor de obligaciones a la parte predisponente para intentar equilibrar las obligaciones.

La buena fe impone dos obligaciones al predisponente:

- I. La primera, garantizar el equilibrio en la contratación. Es el primer deber del predisponente -**control de contenido**-. Si hay desequilibrio en el control de contenido, la cláusula es nula.
- II. El otro gran deber del predisponente es el de comprensibilidad real -control de comprensión-. Ambas partes tienen que conocer las cargas del contrato. El deber de comprensión impone al predisponente un deber de claridad, de conocer exactamente la carga económica del adherente. Aquí es donde juega el **control de transparencia**. Es un control de legalidad, de eficacia. Si no se cumple, determina la nulidad de la cláusula, la ineficacia.

El control de transparencia, en principio, no se reserva únicamente a los consumidores. Sin embargo, nuestra legislación sí reserva el control de contenido a los consumidores.

El control de transparencia puede tener dos fundamentos diferentes:

1. Sujeto a la legalidad, es decir, como una especificidad del control de incorporación (cláusulas claras y comprensivas. Art. 5 y 7 LCGC).

2. Como una vertiente más del control de abusividad en sentido amplio (transparencia más perjuicio).

La sanción en uno y otro caso es la total ineficacia. Debe desligarse de la relación de consumo.

### **¿QUÉ SUCEDE SI EL ADHERENTE NO ES UN CONSUMIDOR?**

El control de transparencia garantiza una eficiente contratación y en principio, este control de transparencia no estaría reservado únicamente a los consumidores. Sin embargo, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016**, sentencia núm. 367/2016, cercena la extensión del control de transparencia a la contratación bajo condiciones generales en que el adherente no tiene la condición legal de consumidor, lo que supone un varapalo para autónomos y pymes.

El supuesto sobre el que se pronuncia es de una persona física que suscribe un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con la finalidad de financiar la adquisición de un local para la instalación de una oficina de farmacia, préstamo que incluía una cláusula suelo. La actora demandó la nulidad de la cláusula suelo. El juzgado de primera instancia ordenó la eliminación de la cláusula litigiosa y recurrida la sentencia por la entidad prestamista, la Audiencia Provincial estima el recurso tras confirmar la calificación de la demandante como no consumidora y de la cláusula analizada como una condición general de la contratación.

La cuestión jurídica que se plantea en el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia de apelación es **si las condiciones generales incluidas en los contratos con adherentes no consumidores pueden someterse a lo que la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha denominado un segundo control de transparencia**, o control de transparencia cualificado.

El control de transparencia supone que no puedan utilizarse cláusulas que, aunque gramaticalmente sean comprensibles, impliquen inopinadamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación. El doble control de transparencia consiste en que, además del control de incorporación, que atiende a la mera transparencia documental o gramatical, hay otro que atiende al conocimiento sobre la carga jurídica y económica del contrato.

La Sentencia del TS concluye que **ese control de transparencia** diferente del mero control de inclusión **está reservado en la legislación comunitaria y nacional a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores**, ya que **se conecta la transparencia con el juicio de abusividad** porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, y precisamente esa aproximación entre transparencia y abusividad impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor.

### **EL CONTROL DE TRANSPARENCIA Y LA RETROACTIVIDAD EN EL TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO**

Tras numerosas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene pendiente pronunciarse respecto a ciertas cuestiones prejudiciales planteadas en relación con las cláusulas suelo.

El Tribunal Supremo estimó que las cláusulas suelo eran comprensibles gramaticalmente y que, por lo tanto, superaban el control de **transparencia formal**. No obstante, consideró que los profesionales que habían introducido esas cláusulas no habían proporcionado suficiente información para aclarar su significado real y que no se cumplía el requisito de **transparencia material**, estimando pues que superaba el nivel de protección establecido en la Directiva.

Sin embargo, las **Conclusiones del Abogado General**, presentadas el 13 de julio de 2016, no consideran que el Tribunal Supremo haya superado el nivel de protección ofrecido por la Directiva 93/13, sino que, por el contrario, aplicó las disposiciones contenidas en ésta.

Asimismo, el Tribunal Supremo declaró el carácter abusivo de dichas cláusulas y en lugar de aplicar la nulidad ab initio, decidió en atención a las circunstancias particulares, que la declaración de abusividad solo surtiera efectos a partir de la fecha de publicación de la primera sentencia dictada en este sentido (9 de mayo de 2013), limitando así la retroactividad.

Ante dichas circunstancias, una de las cuestiones prejudiciales que se planteó se articula en torno a la pregunta de si la limitación de los efectos restitutorios de la nulidad derivada de la calificación como abusivas de las cláusulas suelo es compatible con el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13.

El abogado general analiza varios extremos:

- I. En virtud del principio de autonomía procesal, la situación queda regida por el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, sin olvidar los principios de efectividad y equivalencia. El Derecho de la Unión no armoniza las sanciones aplicables en caso de reconocer la abusividad de una cláusula, ni tampoco las condiciones en las que un órgano jurisdiccional supremo decide limitar los efectos de sus sentencias.
- II. No hay una relación automática o sistemática entre el artículo y la nulidad de las cláusulas abusivas, es decir, no es la única respuesta jurídica.
- III. Añade que la protección del consumidor no es absoluta, y que el equilibrio entre el consumidor y el profesional no equivale a favorecer al consumidor. Por lo tanto, el restablecimiento del equilibrio no obliga necesariamente a restituir todas las cantidades abonadas en virtud de una cláusula suelo.

En definitiva, a la luz de todo ello, el Abogado General considera que **la limitación de la retroactividad de los efectos restitutorios parece admisible**, siempre que sea absolutamente excepcional y no perjudique la efectividad de los objetivos y derechos reconocidos por la Directiva.

Dado lo controvertido del asunto de las cláusulas suelo en España, todo indica que la próxima Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo probablemente se pronuncie a favor de dicho razonamiento del Abogado General.