

CONSEJO DE REDACCIÓN

SECRETARIO-CONSEJERO:

Juan José Jurado Jurado

DIRECTOR:

Juan María Díaz Fraile,

Director del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores

CONSEJEROS:

Basilio Aguirre Fernández, Registrador de la Propiedad y Mercantil
Ana del Valle Hernández, Registradora de la Propiedad y Mercantil
Jose Ángel García-Valdecasas Butrón, Registrador de la Propiedad y Mercantil
Luis Delgado Juega, Registrador de la Propiedad y Mercantil
Enrique Américo Alonso, Registrador de la Propiedad y Mercantil

Juan Carlos Casas Rojo, Registrador de la Propiedad y Mercantil
José Luis Valle Muñoz, Registrador de la Propiedad y Mercantil
Iván Heredia Cervantes, Prof. Titular Derecho Internacional Privado, UAM
Juan Pablo Murga Fernández, Prof. Doctor Derecho Civil, Universidad Sevilla

ISSN 2341-3417 Depósito legal: M. 6.385-1966

AÑO LII • Núm. 42 (3.ª Época) • JUNIO DE 2017

NOTA: A las distintas Secciones del Boletín se accede desde el SUMARIO pinchando directamente sobre cualquiera de ellas y desde el ÍNDICE se entra a los distintos apartados pinchando el seleccionado, salvo que este incluya en rojo un enlace web, al que se accede pulsando directamente sobre el mismo.

SUMARIO

NOTICIAS DE INTERÉS.

ESTUDIOS Y COLABORACIONES:

- LAS (SEIS) SS.T.S. POSTERIORES A LA S.T.J.U.E. 21 DICIEMBRE 2016. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA SIGUE EN CONSTRUCCIÓN, MUTA Y MUTARÁ AÚN MÁS: HACIA LA TRANSPARENCIA SUBJETIVA. (COMENTARIO A LAS SS.T.S. DE 24 FEBRERO 2017, 9 MARZO 2017, 20 ABRIL 2017 Y 25 MAYO 2017). *Por Sergio Cámara Lapuente, Catedrático de Derecho Civil. Universidad de La Rioja.*

NORMAS:

B.O.E.

CC.AA.

RESOLUCIONES LA D.G.R.N.

PUBLICADAS EN EL B.O.E.

PROPIEDAD. *(Basilio Aguirre Fernández y Pedro Ávila Navarro).*

MERCANTIL *(Ana del Valle Hernández y Pedro Ávila Navarro).*

PUBLICADAS EN EL D.O.G.C.:

PROPIEDAD. *(María Tenza Llorente).*

SENTENCIAS Y OTRAS RESOLUCIONES LOS TRIBUNALES:

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

TRIBUNAL SUPREMO:

SALA DE LO CIVIL.

* El Boletín no se identifica con las opiniones sostenidas por sus colaboradores.

COMENTARIOS SENTENCIAS DE PLENO. SALA 1ª:

- S.T.S. 19-10-2016.- PUEDE EL CONVIVIENTE DE HECHO DEL HEREDERO SER TESTIGO EN UN TESTAMENTO ABIERTO?: ENTRE LA ANALOGÍA Y LA INTERPRETACIÓN –¿EXTENSIVA O RESTRICTIVA?– *Por Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla Profesor Titular de Derecho Civil (Acreditado a Cate-drático) Universidad De Sevilla.*
- S.T.S. 154/2017.- 7-3-2017.- ACCIÓN DE REEMBOLSO DE UN HERMANO FRENTE A OTRO POR LOS GASTOS GENERADOS POR LA ESTANCIA DE LA MADRE EN UNA RESIDENCIA GERIÁTRICA. *Por M. Luisa Moreno-Torres Herrera. Profesora Titular de Derecho civil. Universidad de Málaga.*
- S.T.S. 232/2017.-6-4-2017- COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LOS DE FECTOS EN LA FORMULACIÓN DE LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS EN EL PROCESO CIVIL *Por M^a Victoria Sánchez Pos, Profesora contratada Doctora de Derecho Procesal Universidad de Na-varra.*

SENTENCIAS EN JUICIOS VERBALES CONTRA LA CALIFICACIÓN NEGATIVA DE LOS REGISTRADORES.

SENTENCIAS DE JUZGADOS Y AUDIENCIAS PROVINCIALES EN JUICIOS VERBALES. *Por Juan María Díaz Fraile, Registrador de la Propiedad (Se publica solo en el Boletín de la Intranet Colegial).*

- S.J.P.I. ALICANTE nº 7.- 18-5-2017.
- S.J.P.I. MÁLAGA nº 3.- 19-5-2017.
- S.J.P.I. BILBAO nº 11.- 23-5-2017.
- S.J.P.I. MADRID nº 32.- 5-6-2017.
- S.J.P.I. TENERIFE nº 5.- 14-4-2017.
- S.J.P.I. MADRID nº 32.- 1-6-2017

COMENTARIOS A LAS SENTENCIAS EN JUICIOS VERBALES. *Por Juan Carlos Casas Rojo, Regis-trador de la Propiedad. (Se publica solo en el Boletín de la Intranet Colegial).*

- S.J.P.I. 18-5-2017.- ALICANTE nº 7.- **PLAZO PARA INTERPONER LA DEMANDA DIRECTA CONTRA LA CALIFICACIÓN REGISTRAL. CÓMPUTO.** EL PLAZO PARA INTERPONER LA DEMANDA ES DE DOS MESES A CONTAR DESDE LA NOTIFICACIÓN DE LA CALIFICACIÓN. TRANSCURRIDO EL MISMO, LA DE-MANDA ES EXTEMPORÁNEA.
- S.J.P.I. 23-5-2017.- BILBAO nº 11.- **PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA.** CARÁCTER DE CON-SUMIDOR DE LA HIPOTECANTE NO DEUDORA. INTERÉS DE DEMORA DEL 20%. AUNQUE EL PRESTATARIO SEA UNA ENTIDAD MERCANTIL Y SU FINALIDAD SEA FINANCIAR SU ACTIVIDAD PROFESIONAL, LA HI-POTECANTE NO DEUDORA DE LA VIVIENDA HABITUAL TIENE LA CONSIDERACIÓN DE CONSUMIDORA SI OPERA AJENA A SU ACTIVIDAD EMPRESARIAL O PROFESIONAL, POR LO QUE RESULTA APLICABLE LA S.T.S. 3-6-2016, Y ES ABUSIVA EN EL PRESENTE CASO LA CLÁUSULA RELATIVA AL INTERÉS DE DEMORA DEL 20% POR NO RESPETAR SUS PARÁMETROS.
- S.J.P.I. 19-5-2017.- MÁLAGA nº 3.- **TRACTO SUCESIVO.** NO SE CUMPLEN LOS PRESUPUESTOS DEL TRACTO SUCESIVO DEL ART. 20 L.H. NI LOS REQUISITOS DEL ART. 82 Y CONCORDANTES DEL R.H. PA-RA CANCELAR UNA INSCRIPCIÓN DE CESIÓN DE UNA CONDICIÓN RESOLUTORIA, SI ÉSTA SE ENCUENTRA INSCRITA A NOMBRE DE PERSONA QUE NO HA TENIDO INTERVENCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.

NOTICIAS DE LA UNIÓN EUROPEA.

INFORMACIÓN JURÍDICA Y ACTUALIDAD EDITORIAL:

PRIMERA QUINCENA JUNIO DE 2017.

SEGUNDA QUINCENA JUNIO DE 2017.

ENLACES DE INTERÉS.

E y C Estudios y Colaboraciones

LAS (SEIS) SS.T.S. POSTERIORES A LA S.T.J.U.E. 21 DICIEMBRE 2016. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA SIGUE EN CONSTRUCCIÓN, MUTA Y MUTARÁ AÚN MÁS: HACIA LA TRANSPARENCIA SUBJETIVA. (Comentario a las SS.T.S. de 24 febrero 2017, 9 marzo 2017, 20 abril 2017 y 25 mayo 2017). *Por Sergio Cámara Lapuente, Catedrático de Derecho Civil. Universidad de La Rioja.*

SUMARIO:

1. PLANTEAMIENTO.
2. EN RESUMEN, «INSISTENCIAS EN LUZBEL» Y NOVEDADES: LAS PREVISIBLES Y LAS INESPERADAS.
3. RETROACTIVIDAD DE LOS EFECTOS DE LA NULIDAD.
 - 3.1. LA RECTIFICACIÓN.
 - 3.2. LA AUSENCIA DE COSA JUZGADA (DERIVADA DE LA S.T.S. 241/2013, DE 9 DE MAYO).
 - 3.3. EL RECHAZO A PLANTEAR NUEVAS CUESTIONES PREJUDICIALES («EN PRINCIPIO» Y «BUENA FE»).
4. LA FALTA DE TRANSPARENCIA ABRE EL JUICIO DE LA ABUSIVIDAD.
5. REQUISITOS DE LA TRANSPARENCIA: NO ES PRECISO MENCIONAR NI VERIFICAR TODOS LOS PARÁMETROS DE LA S.T.S. 241/2013, DE 9 DE MAYO.
6. ¿DEBE SER DISTINTO EL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN PROCEDIMIENTOS INDIVIDUALES Y EN PROCEDIMIENTOS COLECTIVOS?
 - 6.1. ALGUNAS AFIRMACIONES ANTERIORES CONTRADICTORIAS.
 - 6.2. LOS NUEVOS MEDIOS DE PRUEBA: EL PAPEL DEL NOTARIO.
 - 6.3. DE LA TRANSPARENCIA OBJETIVA A LA TRANSPARENCIA SUBJETIVA.
7. CONOCIMIENTO, COMPRENSIÓN, NEGOCIACIÓN Y CONSENTIMIENTO: LA AUTÉNTICA ENCRUCIJADA.
8. CONCLUSIÓN.

1. Planteamiento.

La Sala Civil del Tribunal Supremo difundió el mismo día 15 de febrero de 2017 sendas notas de prensa en las que explicaba el fallo de las dos primeras sentencias del Pleno posteriores a la S.T.J.U.E. 21 diciembre

2016¹ y anunciaba que sus textos se redactarían en los próximos días. El resultado fueron, por una parte, la *S.T.S. 123/2017, de 24 de febrero*² (contra la transparencia de ciertas cláusulas suelo de «BBVA»), en la que el Tribunal Supremo rectifica y acomoda su jurisprudencia a la del T.J.U.E. declarando la procedencia de la restitución de todas las cantidades indebidamente percibidas al amparo de una cláusula suelo no transparente que, por ende, en su concepción actual, es abusiva y nula *ex tunc*; y, por otra parte, la *S.T.S. 171/2017, de 9 de marzo*³ (a favor de la transparencia de cierta cláusula suelo de «Caja Rural de Teruel»), en la que el Alto Tribunal, desmintiendo cierta tendencia o inercia jurisdiccional y ciertas voces que imputaban a la jurisprudencia una suerte de automatismo en la declaración de la nulidad de estas cláusulas por falta de transparencia, tras repasar la naturaleza, fundamento y alcance de este control, declara la validez de una cláusula suelo por superar ese filtro, a la luz de algunos nuevos matices y valoración de determinados medios de prueba que modalizan su doctrina anterior.

En este sentido, si la *S.T.S. 123/2017, de 24 de febrero* pretende cerrar (sin ambages ni explicaciones de descargo) un capítulo turbio para la técnica jurídica y la seguridad del tráfico (retroactividad), la *S.T.S. 171/2017, de 9 de marzo* abre una nueva etapa respecto a la forma de operar el control de transparencia y su naturaleza misma (parámetros, medios de prueba, papel notarial). Presenta más interés *ad futurum* esta segunda resolución, porque los cambios, algunos muy sutiles, que introduce en la comprobación de la transparencia de las cláusulas no negociadas abrirán sin duda nuevas incógnitas.

Por todo ello, está justificado un comentario conjunto a ambas resoluciones, a las que deben agregarse, en la estela de la primera de ellas, a la que siguen sin apenas adiciones, las *tres SS.T.S. (no plenarias) de 20 de abril de 2017, en concreto, las SS.T.S. 247/2017, 248/2017 y 249/2017*⁴, así como la *S.T.S. (Plenaria) 334/2017, de 25 de mayo*⁵, que, en este caso, sí contiene un par de nuevas precisiones sobre el control de transparencia.

Las citadas tres sentencias de 20 de abril de 2017 representan una curiosa paradoja provocada por la *ananke* (mejor que *fatum*) a la que se ven sometidos nuestros tribunales por imperio de los dictados del T.J.U.E.. Las tres SS.T.S. revocan las sentencias de apelación procedentes de la Audiencia Provincial de Bizkaia que habían sido fieles precisamente a la doctrina sentada por el T.S. en las sentencias de 241/2103, de 9 de mayo, 139/2015, de 25 de marzo y 222/2015, de 29 de abril; en tanto que las sentencias de los Juzgados de lo Mercantil 1 y 2 de Bilbao, tras declarar la falta de transparencia de unas cláusulas suelo (predispuestas en contratos de la actual «Caja Laboral Popular») entendieron que su nulidad carecía de carácter retroactivo a efectos de devolución de las cantidades percibidas, las sentencias de la Audiencia revocaron ese último pronunciamiento para seguir la jurisprudencia de las SS.T.S. citadas en su integridad. Pues bien, a causa del cambio de jurisprudencia producido por la S.T.J.U.E. 21 diciembre 2016 (y consumado en la *S.T.S. 123/2017, de 24 de febrero*), el Tribunal Supremo se ve en la tesitura de revocar esos fallos fieles a su propia jurisprudencia anterior. Estas SS.T.S. de 20 abril 2017 desestiman la alegación de inadmisión del recurso, «porque el interés casacional es manifiesto, a la vista de la Sentencia del T.J.U.E. de 21 de diciembre de 2016»; y cierran tajantemente la cuestión al estimar el recurso de casación, asumir la instancia y desestimar así íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la entidad financiera, con confirmación íntegra de la sentencia de primera instancia. El cambio operado por la *S.T.S. 123/2017, de 24 de febrero*, deviene con estas nuevas sentencias jurisprudencia consolidada.

¹ S.T.J.U.E. 21-12-2016, *Francisco Gutiérrez Naranjo c. Cajasur Banco, S.A.U., Ana María Palacios Martínez c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA), Banco Popular Español, S.A., c. Emilio Irlés López, Teresa Torres Andreu*, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, en la cual, como es de sobra conocido, entre otros extremos relativos al control de transparencia de las cláusulas predispuestas sobre elementos esenciales del contrato, se declaró que el carácter (parcialmente) irretroactivo de la nulidad de las cláusulas suelo es contrario a la Directiva 93/13.

² Magistrado Ponente (M.P., en adelante): P.J. Vela Torres.

³ M.P.: I. Sancho Gargallo.

⁴ Las tres del mismo M.P.: P.J. Vela Torres. Las dos primeras tienen unos fundamentos de derecho (F.D.) prácticamente idénticos al responder al motivo único planteado (infracción del art. 1.303 C.C.); la tercera, la *S.T.S. 249/2017, de 20 de abril*, es también casi igual en argumentación, aunque emplea algún párrafo adicional –sin mayor relevancia a los efectos de este comentario– para responder a los cinco motivos en que se sustentaba el recurso de casación, los cuales, a la postre versan también sobre el art. 1.303 C.C. (se descarta expresamente la alegada infracción de los arts. 8 y 9 L.G.D.C.U. de 1984).

⁵ M.P.: I. Sancho Gargallo.

La sexta S.T.S. en examen, la 334/2017, de 25 de mayo, confirma el criterio de la J.P.I. y de la S.A.P., y ratifica el carácter abusivo por falta de transparencia de una cláusula suelo de la actual «Abanca» (antes «NGC Banco») y, en origen, de donde procedía la cláusula, «Caixanova»), con carácter plenamente retroactivo de la nulidad así declarada desde el J.P.I. nº 4 de Ourense de 12 de noviembre de 2012 –antes, por tanto de la S.T.S. 241/2013 de 9 de mayo–, confirmada en todos sus extremos por la S.A.P. Ourense 14 de abril de 2014 –posterior a la S.T.S. 241/2103 de referencia–.

Examinemos, por tanto, este nuevo cuerpo jurisprudencial (compuesto por tres sentencias del Pleno de la Sala Primera del T.S. y otras tres no plenarias, las de 20-4-2017), del que, de entrada, cabe predicar varias virtudes: la claridad con que están redactadas las seis sentencias, su esfuerzo por seguir perfilando el control de transparencia en línea con las directrices del T.J.U.E. y con la búsqueda de la justicia del caso concreto y su plena rectificación sin estridencias ni subterfugios. Sin embargo, el cariz que está adoptando la *naturaleza de la transparencia*, que comienza desde la S.T.S. 171/2017, de 9 de marzo⁶ a *mutar de un control objetivo del cumplimiento de los deberes informativos y de la cláusula en sí a un control subjetivo del consentimiento emitido por el adherente*, aproximándola así a otros expedientes e introduciendo nuevos requisitos, plantea varias cuestiones sobre el incierto futuro de este avance.

2. En resumen, «insistencias en Luzbel»⁷ y novedades: las previsibles y las inesperadas.

Por una parte, el Tribunal Supremo, especialmente en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, *insiste* en algunos extremos que, a juicio de quien escribe, podrían o deberían merecer un enfoque distinto⁸, como considerar que «la cláusula suelo forma parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, y por ello del objeto principal del contrato» (F.D. 2.4) y que «cabe el control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación si no es transparente» (F.D. 2.2), de manera que la falta de transparencia podrá tener como sanción el carácter abusivo de dichas cláusulas, lo cual cuenta desde la S.T.J.U.E. 26 enero 2017 (*Banco Primus*) con refrendo (extralimitado) del Tribunal de Luxemburgo⁹. Además, con mayor certeza, se reafirma el Alto Tribunal en el concepto (comprender realmente la carga económica y jurídica), justificación (art. 4.2 de la Directiva 93/13) y fundamento (la ausencia de suministro de información suficiente por la entidad financiera provoca una alteración subrepticia del precio y altera el acuerdo económico que el consumidor creía haber alcanzado al emitir su consentimiento) del nuevo control de transparencia.

Por otra parte, es posible catalogar en dos grupos los aspectos auténticamente novedosos de estas sentencias: en primer lugar, existen *novedades* que cabe calificar de *previsibles*, evidentes en algún caso y, si se admite el juicio de valor, muy *razonables*. En este grupo se integra: el cambio a la retroactividad plena de la nulidad de las cláusulas abusivas por no transparentes [SS.T.S. 24-2-2017, 20-4-2017 y 25-5-2017]; la constatación de que, bajo ciertas circunstancias, determinadas cláusulas suelo pueden haber sido presen-

⁶ La única de las seis sentencias que declara válida la cláusula suelo por transparente.

⁷ Permítaseme el préstamo, con sus ecos, del conocido poemario de Francisco BRINES (Visor, Madrid, 1977).

⁸ Me he ocupado en detalle de estas y otras cuestiones relacionadas en los siguientes trabajos, a donde se remite al lector, para evitar reiteraciones, citas ajenas y autocitas innecesarias en este breve comentario: CÁMARA LAPUENTE, S., «Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, LV, 2014-2015, pp. 549-643; ID., «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014 (3903/2014). El control de transparencia de las cláusulas suelo como causa única y directa de su carácter abusivo (crítica y reconducción hacia el control de incorporación)», en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil). Volumen 6º (2013-2014)*, Dykinson/BOE, Madrid, 2016, pp. 201-221; ID., «El control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación: un necesario replanteamiento», en número monográfico sobre «Ejecución civil: especial referencia a la ejecución hipotecaria» de *Cuadernos Digitales de Formación (C.G.P.J.)*, 33, 2016, pp. 1-50; ID., «Doce tesis sobre la S.T.J.U.E. 21 diciembre 2016: su impacto en la jurisprudencia del T.J.U.E. y del T.S., no sólo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo», *Indret*, 1, 2017, pp. 1-32 (disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1287.pdf>).

⁹ Un resumen del desenfoco del T.J.U.E. en este punto, sobre todo en esa sentencia (además de en la última referencia de la nota anterior), en CÁMARA LAPUENTE, S., «La S.T.J.U.E. 21 diciembre 2016 en clave europea: limitaciones y extralimitaciones del T.S., pero también del T.J.U.E.», *El notario del siglo XXI*, 71, enero-febrero 2017, pp. 16-21 (también disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/7334-limitaciones-y-extralimitaciones-del-ts-y-tambien-del-tjue>). La S.T.S. 9 marzo 2017 cita en refuerzo de sus tesis sobre «el fundamento y alcance del control de transparencia» las SS.T.J.U.E. 30 abril 2014 (*Kásler*), 21 diciembre 2016 (*Gutiérrez Naranjo*) y 26 enero 2017 (*Gutiérrez García*).

tadas en forma transparente y, por tanto, ser válidas [S.T.S. 9-3-2017]; la precisión –que algunos consideran revocación¹⁰ o desvío¹¹ de su jurisprudencia anterior, aunque parece más bien sólo una aclaración, aunque muy importante y sensata– acerca de que no es preciso mencionar ni verificar todos y cada uno de los parámetros fijados en la S.T.S. 241/2013, de 9 de mayo para poder concluir que las cláusulas superan el filtro de transparencia, relajando así el elenco de criterios, que ni es cerrado (puede haber otros) ni es ineluctable (puede haber otras circunstancias que acrediten que se cumplió o incumplió la exigencia de transparencia) [S.T.S. 9-3-2017, F.D. 2.7]; 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 [S.T.S. 9-3-2017, F.D. 2.8], cuestión esta obvia, pero que en la sentencia reviste su peculiaridad al poner al mismo nivel, en cierta forma, transparencia y negociación.

En segundo lugar, existen otras *novedades* más *inesperadas*, algo *larvadas* y, pese a su buena intención e incluso *sensatez*, *peligrosas* por el cariz que pueden adquirir en su desarrollo posterior y en su contraste lógico con la jurisprudencia anterior. Se trata [S.T.S. 9-3-2017, sobre todo F.D. 2.5 y 2.6] de: el valor de la labor del notario que autoriza la operación y de su declaración en el juicio en que se examina el carácter abusivo de una cláusula; la admisión, sólo para acciones individuales (no para colectivas), de medios de prueba para acreditar el juicio de transparencia distintos del documento en que consta la cláusula o de documentos relacionados; e, inferido de ahí, cabría por nuestra parte agregar, la distinción entre una distinta forma de operar el control de transparencia en acciones individuales y en acciones colectivas, de manera que, en el primer caso, el juicio de transparencia se desliza hacia –hasta el punto de poder acabar confundiendo con– la valoración de los vicios del consentimiento (error, dolo) y de la prueba de la negociación, en un cambio sin precedentes que podrá traer otros (nuevo aparato probatorio, plazo de ejercicio de la acción, control de oficio o no, etc.) y que pone en entredicho la, hasta ahora, consolidada doctrina (también jurisprudencial) que distingue el fundamento de ambos expedientes: vicios del consentimiento en contratos negociados y transparencia en contratos *no negociados*, seriados o en masa (con independencia de que la tacha de falta de transparencia se promueva en una acción individual de no incorporación, en una individual de nulidad por abusiva o en una acción colectiva de cesación). Y, por último [ex S.T.S. 25-5-2017] cabe destacar el paso hacia una auténtica abusividad ponderada y no meramente directa por falta de transparencia, en particular para estipulaciones distintas de la cláusula suelo, así como la (esta sí, muy oportuna) clarificación del sentido de la «buena fe» que, cuando se alega por las entidades bancarias, no tiene que ver, como se esgrime de sólito, con sus conocimientos sobre las previsiones futuras del comportamiento de los índices hipotecarios de referencia.

Las sentencias objeto de análisis apuntan alguna otra cuestión (como si el banco estaría exento de pagar intereses legales por las cantidades cobradas que deben restituirse, SS.T.S. 24-2-2017 y 25-5-2017, ambas *in fine*)¹² y dejan aún sin desarrollar más otras materias (como la forma en que habrá de hacerse el test de abusividad de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato una vez que se declaran como no transparentes)¹³. Sólo la S.T.S. 334/2017, de 25 de mayo ha comenzado a dar ese paso, usando retazos de

¹⁰ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Las cláusulas suelo pueden ser introducidas de forma transparente en el contrato y, en tal caso, probablemente son indistinguibles de una cláusula negociada individualmente», *Blog de Derecho Mercantil*, 10.3.2017, disponible en: <http://derechomercantiles.elpanama.blogspot.com.es/2017/03/las-clausulas-suelo-pueden-ser.html> (fecha de consulta: 22-5-2017)

¹¹ PANTALEÓN PRIETO, F., «10 tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato», en *Almacén de Derecho*, 12 marzo 2017 (disponible en: <http://almacendederecho.org/10-tesis-la-falta-transparencia-las-clausulas-referidas-los-elementos-esenciales-del-contrato/>, fecha de consulta: 22-5-2017): «prudente desviación».

¹² La sentencia 123/2017, de 24 de febrero desestima esta petición de carácter subsidiario de BBVA –que éste fundaba en su «buena fe»–, fundamentalmente por su planteamiento nuevo y extemporáneo, aunque la resolución también apunta que en casos de nulidad conforme al art. 1303 C.C. el alcance restitutorio sí incluye el pago de los intereses devengados por las respectivas cantidades restituibles y se remite al efecto a la S.T.S. 734/2016, de 20 de diciembre. La S.T.S. 334/2017, de 25 de mayo utiliza el mismo argumento. Recientemente, puede verse un tratamiento pormenorizado de la cuestión, que, a buen seguro, seguirá planteándose ante las diversas instancias jurisdiccionales, en la ST.S. 270/2017, de 4 de mayo (M.P.: M.A. Parra Lucán), que aborda las consecuencias de la restitución –intereses desde la entrega de la prestación tras celebrar el contrato, no desde la reclamación judicial de nulidad– al hilo de la anulación de participaciones preferentes y productos subordinados.

¹³ Dado que en la S.T.S. 171/2017, de 9 de marzo la cláusula se consideró transparente, el tribunal no estaba obligado a entrar en esta cuestión vidriosa que podrá a prueba la manera en que el T.S. reformula su visión de la naturaleza del control de transparencia (= abusividad directa o casi) hacia la visión del T.J.U.E. (= abusividad ponderada). Como se explica en texto, la S.T.S. 334/2017, de 25 de mayo sí ha tenido que afrontar, dos meses después, en esta cuestión ante una cláusula suelo no transparente.

resoluciones anteriores y tratando de cohonestarlos con la nueva doctrina del T.J.U.E. claramente sentada en la sentencia de 26 de enero de 2017 (*Banco Primus*). A continuación nos detendremos en algunos de los aspectos más novedosos y cruciales de entre los apuntados.

3. Retroactividad de los efectos de la nulidad.

3.1. La rectificación

La S.T.S. 123/2017, de 24 de febrero anuncia (F.D. 4.º *in fine*) que «*lo que procede es la asunción de lo resuelto por el T.J.U.E., con el consiguiente cambio de jurisprudencia*». Tras repasar los fundamentos de la primacía del Derecho de la Unión Europea y la fuerza obligatoria *erga omnes* de las SS.T.J.U.E. que resuelven cuestiones prejudiciales, acata los nuevos criterios sentados por la S.T.J.U.E. 21 diciembre 2016 (cuya síntesis más descarnada y precisa no huye de plasmar) en los siguientes términos del F.D. 5.º (apartado 3):

«En consecuencia, procede modificar la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo, toda vez que la citada S.T.J.U.E. de 21 de diciembre de 2016 ha considerado que:

a) 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, se opone al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y 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 en virtud de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.

b) Dicha jurisprudencia nacional sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo; y tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE.»

Tanto se ha escrito ya sobre la infracción que suponía esa nulidad (parcialmente) irretroactiva para el propio Derecho español (art. 1.303 C.C.) y, ahora, para el Derecho de la Unión Europea –que crea así un estándar mínimo de ineficacia predicable del carácter «no vinculante» de las cláusulas abusivas *ex art. 6 de la Directiva*–, que no merece la pena extenderse sobre ello¹⁴. Apurando por la vía inversa la paradoja ya referida, el T.S. debe desestimar el recurso de BBVA en el que interesaba la aplicación de la retroactividad, «ya que aunque en su momento lo planteado en dicho recurso era acorde con la jurisprudencia de esta Sala, no lo es una vez que la misma ha de acomodarse a lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión» y, por tanto, «la sentencia recurrida se ajustaba a lo que ha venido a resolver posteriormente la S.T.J.U.E.»; la S.A.P. «rebelde» es la confirmada en este caso. De forma similar ha procedido la S.T.S. 334/2017, de 25 de mayo¹⁵.

3.2. La ausencia de cosa juzgada (derivada de la S.T.S. 241/2013, de 9 de mayo).

Con carácter previo a esa solución, la S.T.S. 123/2017, de 24 de febrero (derivada de una acción individual) hubo de resolver si existía cosa juzgada respecto al examen de la validez de una cláusula suelo en la que el recurrente era también BBVA, en concreto en la S.T.S. 241/2013, de 9 de mayo (en la que se dilucidaba

¹⁴ Me remito a CÁMARA LAPUENTE, «Doce tesis...» (2017), cit., donde argumento que la forja de esa ineficacia para cláusulas abusivas por control de contenido es competencia del T.J.U.E. (art. 6), pero en cambio no lo es para la sanción de la falta de transparencia (arts. 4.2 y 5).

¹⁵ Esta S.T.S. ha confirmado los pronunciamientos «discolos» con la jurisprudencia del Alto Tribunal tanto de la S.J.P.I como de la S.A.P.; la primera (de 2012) centró su argumentación sobre la abusividad en la falta de reciprocidad (al considerar ilusorio el techo correspondiente) –control de contenido, por tanto–, en tanto que la S.A.P. Ourense de 14 de abril de 2014 abordó principalmente el control de transparencia –obligado ya por la S.T.S. 241/2013–, aunque no entró en consideraciones sobre los efectos (retroactivos) de la cláusula nula por abusiva, por entender confirmados los efectos declarados en la instancia, lo cual fue uno de los motivos del recurso de infracción procesal (desestimado) que se plantearía ante el Tribunal Supremo (cfr. FD 3.º).

una acción de cesación colectiva). El T.S. no aprecia que concurra identidad ni objetiva —cláusula distinta— ni subjetiva —el predisponente fue otro y BBVA sólo se subrogó en su posición—. La cuestión no sólo tiene trascendencia procesal, sino supone el inicio del camino de mayor calado que pocos días después consolidará la S.T.S. 171/2017, de 9 de marzo, en cuanto a la distinción novedosa del distinto examen de la transparencia en procesos individuales y colectivos (*infra*, apartado 6). Para resolver ahora la cuestión procesal, el T.S. hace una cuidada selección de su propia jurisprudencia y de la del T.C. y el T.J.U.E. En particular, en primer lugar, niega que exista identidad de redacción de la cláusula en examen con la enjuiciada en la S.T.S. 241/2013; en segundo lugar, aunque BBVA fuese parte en ambos procedimientos, en el actual lo era por una doble sucesión procesal, de manera que la predisponente originaria fue la Caixa d'Estalvis Comarcans de Manlleu (adquirida por Unnim, que la cedió después a BBVA). En consecuencia, BBVA litigó en la S.T.S. 241/2013 en defensa de sus propias condiciones generales, mientras que en la S.T.S. 123/2017 lo hizo para defender otra cláusula distinta preestablecida por otra entidad bancaria, en cuya posición se subrogó.

A partir de ahí, esta S.T.S. 123/2017, de 24 de febrero trae a cuento primero los pronunciamientos de la S.T.J.U.E. 14 abril 2016 (asunto *Sales Sinués*)¹⁶ sobre posible litispendencia y prejudicialidad civil en relación con reclamaciones individuales cuando se está juzgando una acción colectiva relacionada con cláusulas suelo en contratos de consumo; la mencionada S.T.J.U.E. (§ 30) indicó que «las acciones individuales y colectivas tienen, en el marco de la Directiva 93/13, objetos y efectos jurídicos diferentes, de modo que la relación de índole *procesal* entre la tramitación de las unas y de las otras únicamente puede atender a *exigencias de carácter procesal asociadas*, en particular, a la recta administración de justicia y que respondan a la necesidad de evitar resoluciones judiciales contradictorias», de donde el T.S. infiere que «*para la apreciación de cosa juzgada, entre acciones colectivas y acciones individuales no existe identidad objetiva*», dando así un paso más respecto a lo ya resuelto en las SS.T.S. 139/2015, de 25 de marzo y 705/2015, de 23 de diciembre (sólo habrá cosa juzgada si se trata de cláusulas *idénticas* a las enjuiciadas en la S.T.S. 241/2013 y en relación a los predisponentes demandados en esos procedimientos). La S.T.S. 123/2017 apuntala su conclusión también en la S.T.C. 148/2016, de 19 de septiembre —reiterada por tres SS.T.C. (206/2016, 207/2016 y 208/2016) de 12 de diciembre de 2016—, la cual plasma igualmente sus dudas sobre la identidad de objeto en procesos derivados de acciones colectivas y de acciones individuales y concluye que extender la eficacia de las sentencias dictadas en respuesta a las primeras también a las segundas puede atentar contra la autonomía de la voluntad del consumidor o cercenar las posibilidades de su impugnación individual. La S.T.S. 334/2017, de 25 de mayo, sigue en esta materia los raíles argumentales trazados por la S.T.S. 123/2017, de 24 de febrero¹⁷.

Sin duda, nuevas cuestiones difíciles sobre cosa juzgada y petición de admisión de nuevas pruebas no propuestas en su momento seguirán tras el viraje producido por efecto de la S.T.J.U.E. 21 diciembre 2016 (v. gr.: mismos predisponentes que en sentencias recaídas sobre acciones individuales [*exempli gratia*, S.T.S. 139/2015, de 25 marzo, BBVA], con una cláusula idéntica o muy similar pero en el nuevo proceso se alegan los «nuevos» medios de prueba del cumplimiento de la transparencia admitidos en la S.T.S. 171/2017, de 9 de marzo, *vid. infra*).

3.3. El rechazo a plantear nuevas cuestiones prejudiciales («en principio» y «buena fe»).

De forma subsidiaria, el recurrente en la S.T.S. 123/2017, de 24 de febrero (BBVA) pretendió defender su pretensión tratando de ensanchar dos pequeñas «grietas» en la argumentación primero de la omnipresente

¹⁶ S.T.J.U.E. 14 abril 2016, *Jorge Sales Sinués c. CaixaBank, S.A., y Youssouf Drame Ba c. Catalunya Caixa, S.A. (Catalunya Banc, S.A.)*, asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14, la cual declaró contrario a la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas que el juez que conoce de una acción individual deba suspender automáticamente la tramitación de esa acción en espera de que exista una sanción firme en relación con una acción colectiva.

¹⁷ En el escrito de alegaciones, «Abanca» solicitaba que se apreciase de oficio la eficacia de cosa juzgada generada por la S.T.S. 241/2013, de 9 de mayo y se acordase el sobreseimiento. El T.S. desestima esta pretensión (FD 2.1), por una parte, porque la invocación de la eficacia de cosa juzgada material en sentido negativo constituye cuestión nueva y, en segundo lugar, porque «podría haber estado justificada, en su caso, la invocación de la eficacia de cosa juzgada material para limitar los efectos de devolución de cantidades cobradas en aplicación de las cláusulas declarada nulas, sin perjuicio de que tal pretensión hubiera sido desestimada por la inexistencia de eficacia cosa juzgada material», con los argumentos ya empleados en la S.T.S. 123/2017, de 24 de febrero.

S.T.S. 241/2013, de 9 de mayo y después de la revolucionaria S.T.J.U.E. 21 de diciembre de 2016 utilizando la cuña (aquí forzada) de las cuestiones prejudiciales. Así, por una parte, el recurrente se agarró al clavo ardiendo del circunloquio o cautela de la sentencia europea que, por tres veces (§§ 61 y 62), emplea la locución «*en principio*» al redactar su conclusión más radical y novedosa sobre el efecto restitutorio pleno de la declaración de nulidad por abusividad; BBVA propone al T.S. en el trámite de alegaciones habilitado tras la sentencia europea plantear la siguiente cuestión prejudicial (F.D. 2.3, énfasis añadido):

«Ya que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas *solo genera el correspondiente efecto restitutorio* en relación con tales importes «*en principio*», ¿en qué circunstancias, por qué causas y con arreglo a qué criterios puede limitarse o excluirse el efecto restitutorio de la declaración judicial de abusividad de una condición general cuya aplicación hubiere dado lugar al pago de cantidades que en ausencia de esa condición general no hubieran debido pagarse?»

El Tribunal Supremo rechaza esta petición (F.D. 4.º) pues considera que «tales cuestiones están resueltas explícita o implícitamente en la S.T.J.U.E. de 21 de diciembre de 2016», que fija, según el T.S., que «la consecuente obligación de devolución de las cantidades indebidamente cobradas *no permite matiz alguno*, so pena de no garantizar los derechos del consumidor afectado e infringir el art. 7.1 de la misma Directiva». Probablemente cabe compartir con el T.S. que, al hilo de la primera sentencia que fija las consecuencias (retroactivas) de la nulidad de la cláusula suelo no transparente, rectificando su jurisprudencia anterior, no es necesaria esta cuestión prejudicial. A los efectos de su resolución, el dictado del T.J.U.E. no deja lugar a dudas. Cosa distinta es que esos cautelosos «en principio» de la S.T.J.U.E., adoptados al hacer el Tribunal de Luxemburgo afirmaciones generales sobre el alcance de la ineficacia contemplada en el art. 6 de la Directiva para cualesquiera cláusulas declaradas abusivas, puedan merecer en el futuro el planteamiento de tales prejudiciales y la oportunidad de que el T.J.U.E. las aclare al hilo de otro tipo de cláusulas abusivas¹⁸ cuyo efecto restitutorio pleno pueda ser más dudoso en el plano de la justicia conmutativa (v. gr., en ciertos contratos de servicios o de tracto duradero); el propio T.J.U.E. parece con esas expresiones entrever que esa regla general podría acaso tener excepciones o matices¹⁹, pero no parece dudoso a la luz de su doctrina recién proclamada que, aplicado al caso de las cláusulas suelo enjuiciadas, la regla de la restitución total resulta plenamente idónea y es la interpretación del Derecho de la Unión Europea existente en este momento. De forma casi coetánea a la resolución de este litigio no ha huido el Tribunal Supremo de plantear al T.J.U.E. dos cuestiones prejudiciales importantes, aunque más bien en estos casos con técnica defensiva de sus construcciones anteriores, para acumularlas a prejudiciales ya planteadas desde órganos inferiores: se trata de los Autos (T.S.) de 8 febrero 2017²⁰ (efectos de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado) y 22 febrero 2017²¹ (sobre los efectos de la nulidad de los intereses moratorios y su relación los remuneratorios).

La otra cuestión prejudicial solicitada por BBVA trae causa de la otra gran rémora que aportó la S.T.S. 241/2013 a los procedimientos subsiguientes. Si el T.S. ha conseguido cortar con el pesado lastre de la irretroactividad en esta S.T.S. 123/2017 (gracias al corte radical efectuado por la S.T.J.U.E. 21 diciembre 2016), aún le acompañan sus declaraciones sobre «la buena fe de los círculos interesados» en las alegaciones de las entidades financieras de cara a tratar de mitigar los efectos de las cláusulas abusivas que predispusieron. Es muy importante reparar en que esas afirmaciones sobre la buena fe de los bancos involucrados en la S.T.S. 241/2013, tomadas inoportunamente de la S.T.J.U.E. 21 marzo 2013, asunto *RWE Vertrieb* –S.T.J.U.E. 21 diciembre 2016 *dixit*–²², las hizo el Tribunal Supremo precisamente para justificar el carácter no retroactivo de la nulidad de las cláusulas suelo no transparentes. Esa irretroactividad ha sido desactivada. Mantener la valía de esa afirmación tan cuestionable sobre la buena fe y, mucho menos, pretender que se someta

¹⁸ Es este un problema paralelo al del examen del potencial «desequilibrio» existente en las cláusulas no transparentes que, como se verá forzada a decir *mutatis mutandis* la S.T.S. 334/2017, de 25 de mayo, podría ser distinto para cláusulas suelo y para otro tipo de cláusulas más «definitivas del objeto principal», más esenciales que la propia cláusula suelo: *vid. infra*, apartado 4.

¹⁹ Así lo hice notar y argumenté en CÁMARA LAPUENTE, «Doce tesis...» (2017), cit., pp. 6 y 11.

²⁰ MP: R. Sarazá Jimena.

²¹ MP: P. J. Vela Torres (mismo MP de la S.T.S. 123/2017 en estudio).

²² Pues según esta sentencia (§ 70), el T.J.U.E. «es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión», que era lo abordado, entre otras, por la S.T.J.U.E. 21 marzo 2013, *RWE Vertrieb*.

su sentido a cuestión prejudicial ligada a la transparencia material²³ parece desproporcionado y así lo ve también el T.S., máxime cuando la ligazón pacífica entre ambas (existencia de buena fe y declaración de abusividad por falta de transparencia material) parece un oxímoron de difícil explicación: como bien señaló la Comisión Europea en sus alegaciones²⁴ durante el procedimiento que desembocó en la S.T.J.U.E. 21 diciembre 2016, según el art. 3.1 de la Directiva, por definición la buena fe queda excluida cuando se trata de una cláusula abusiva, por lo que los predisponentes no pueden invocar su «buena fe» para limitar los efectos de la abusividad.

Ha habido que esperar hasta la S.T.S. 334/2017, de 25 de mayo, para que el T.S., con pleno acierto y en sintonía total con el T.J.U.E., clarifique el sentido de esa «buena fe». Como señala su F.D. 4.4, «*el juicio sobre la incompatibilidad con las exigencias de la buena fe no se centra en que la entidad financiera que introdujo la cláusula suelo tuviera o no previsiones muy certeras acerca de la evolución a la baja de los tipos de interés, sino en si «podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual»*», que es el criterio con que certeramente describe el concepto de buena fe por primera vez la S.T.J.U.E. de 14 de marzo de 2013 (*Aziz*, § 69) y recuerda recientemente la S.T.J.U.E. de 26 de enero de 2017 (*Banco Primus*, § 60). Concluye el T.S. que al consumidor, obviamente, no le hubiera resultado indiferente la inclusión de esa cláusula si hubiese existido negociación, por lo que deviene ineficaz el alegato de la buena fe usado en un sentido y con una finalidad distinta (no determinar si una cláusula es abusiva, sino limitar en el tiempo los efectos de una sentencia europea) por otras SS.T.J.U.E. , como se ha explicado.

4. La falta de transparencia abre el juicio de la abusividad.

Detrás de esta afirmación, que se deduce de la S.T.S. 171/2017, de 9 de marzo y se desarrolla algo, como era inevitable ya, en la S.T.S. 334/2017, de 25 de mayo, hay una larga historia sobre las vacilaciones del Tribunal Supremo acerca de la naturaleza jurídica y fundamento del control de transparencia desde 2013 hasta hoy. De forma muy sintética puede decirse que *el T.S. ha pasado de entender que la falta de transparencia de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato desemboca en su «abusividad directa», a encontrar un fundamento genérico o presunto del desequilibrio que causa la falta de transparencia (ex SS.T.S. 138/2015, de 24 de marzo, 139/2015 de 25 de marzo, 29 de abril de 2015 y 705/2015, de 23 diciembre 2015: «la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado») a, por último, y siguiendo el nuevo, grande y controvertido paso dado por la S.T.J.U.E. 26 enero 2017 (Banco Primus), decantarse por una «abusividad ponderada» al modo de la jurisprudencia alemana que ha influido en la citada S.T.J.U.E.²⁵. Podría decirse que la decisión del T.S. de desconectar el control de transparencia («material») del control de incorporación de las condiciones generales, que hubiera sido preferible por múltiples razones, y conectarlo en cambio con el control de contenido propio de las cláusulas abusivas (desequilibrio, perjuicio, afrenta a la buena fe), es decir, conectarlo con la abusividad, se ha visto reforzado con esa última sentencia del Tribunal de Luxemburgo, que la S.T.S. 171/2017, de 9 de marzo, ob-*

²³ Cuestión distinta podrá ser que acaso resurja ese concepto en relación con la declaración excepcional de efectos no retroactivos de la interpretación del Derecho de la U.E. que realice el T.J.U.E. (como se ha explicado en la nota anterior), pero que es una cuestión de Derecho de la U.E. más amplia y general (basada en la buena fe y los graves trastornos económicos) que la noción de buena fe empleada en la noción de cláusula abusiva de la Directiva 93/13.

²⁴ Esto era lo pretendido por BBVA (en los siguientes términos interesados: «*¿El control de transparencia material, cuando no es considerado como un estándar de protección de los consumidores de naturaleza externa y complementaria a las determinaciones de la directiva, permite la existencia de abusividad pese a que el tribunal nacional haya declarado la buena fe del predisponente?*» ¿La decisión del T.J.U.E. significa que cuenta con competencias para revisar la calificación de la buena fe de las partes que ha sido realizada por el tribunal supremo de un estado miembro?» [cursivas añadidas]). Ya las cuestiones prejudiciales 2.^a, 3.^a y 4.^a de los dos asuntos provenientes de la Audiencia Provincial de Alicante que dieron lugar a la S.T.J.U.E. 21 diciembre 2016 planteaban si «la buena fe de los círculos interesados» es un concepto autónomo de la U.E., en caso afirmativo cuáles serían sus presupuestos y si puede ser conforme a buena fe la actuación que motiva la transparencia. La citada S.T.J.U.E. no respondió a estas cuestiones una vez declarado el carácter de ineficacia plena, no moderable y *ex tunc* de la nulidad de las cláusulas abusivas.

²⁵ Sobre todo ello (y sobre la oportunidad de reconducir el control de transparencia al de incorporación), me remito *in extenso* a los trabajos citados en la nota 8.

viamente cita. La frase en la que el Tribunal Supremo forja con total nitidez la idea en esta última sentencia es esta (F.D. 2.2): «*cabe el control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación si no es transparente*». En la resolución, sin embargo, no desarrolla cómo ha de hacerse ese examen de abusividad de un elemento, como el precio, que carece de una regla jurídica de contraste, pues dicho elemento apela al desequilibrio económico y no al desequilibrio jurídico que contemplan el art. 3 de la Directiva y el art. 82 T.R.-L.G.D.C.U. («desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes»); y no lo hace (en esta ocasión) porque concluye que la cláusula enjuiciada sí es transparente. Con cierta habilidad técnica se consigue ganar un tiempo precioso para ver cómo evoluciona este control de transparencia material en el T.J.U.E. al haber eludido hacer este tipo de declaraciones en la casi coetánea S.T.S. 123/2017, de 24 de febrero, en la que la cláusula suelo sí se consideró abusiva por falta de transparencia. El desarrollo o (más bien) matización sobre cómo llevar a cabo la abusividad ponderada se ha producido unos meses después, con la S.T.S. 334/2017, de 25 de mayo.

Repárese, antes de examinar esta sexta y última sentencia, en que la posición actual del Tribunal Supremo (cabe control de abusividad de una cláusula sobre precio y contraprestación si no es transparente) contrasta con la inicialmente planteada en la S.T.S. 241/2013, de 9 de mayo (§§ 196 y 197): «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»²⁶. La segunda sentencia plenaria sobre la transparencia de las cláusulas suelo, la S.T.S. 464/2014, de 8 de septiembre fue más tajante al considerar que la cláusula no transparente era abusiva y la tercera y subsiguientes sentencias plenarios sobre la materia (desde la S.T.S. 138/2015, de 24 de marzo), afirmando ya sin dudas esa conclusión, aportaron el fundamento genérico de ese carácter abusivo²⁷, la causa del desequilibrio (F.D. 3.3): «el art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad (...) porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá».

La actual S.T.S. 171/2017, de 9 de marzo, con una redacción clara y diáfana sobre el fundamento del control de transparencia (como lo fue en su momento la redacción del voto particular²⁸ a la S.T.S. 464/2014, de 8 de septiembre por el ponente de esta S.T.S. 171/2017, I. Sancho Gargallo), elude insistir en ese fundamento genérico del desequilibrio por privar de la oportunidad de comparar (lo diluye)²⁹ y centra la justificación en su carácter sorprendente para el consumidor y en el menoscabo de su consentimiento, sobre la base de la distinción doctrinal³⁰ entre la mera adhesión al contrato con condiciones generales y el auténtico consentimiento a los elementos esenciales del contrato aunque éstos se encuentren predispuestos. El F.D. 2.º, apartado 4 lo explica así (cursivas añadidas):

«Si partimos 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*, esto presupone la plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, para lo cual es preciso que el consu-

²⁶ O, como refirió el tan repetido § 195 de la S.T.S. 241/2013, aunque algunas S.T.S. de 2010 «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– (...), de tal forma que no cabe un control de precio». Ahora bien, a diferencia de S.T.S. plenarios posteriores que identificaron falta de transparencia con abusividad, algún inciso aislado de la S.T.S. 241/2013 parecía poner en duda esa aproximación, como el § 250 (o el § 229), en que tras recordar que en cláusulas claras no cabe el control de abusividad si aquellas definen el objeto principal del contrato, señalaba en cambio que «ese control sí es posible en el caso de cláusulas claras y comprensibles que no se refieren al objeto principal del contrato. *De forma correlativa, la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas*».

²⁷ Una crítica de esa argumentación, oriunda de la doctrina alemana, en CÁMARA LAPUENTE, «Transparencias...» (2015), pp. 603-605; en contra, apoyando los razonamientos del T.S., PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 108-115, quien ya venía sosteniendo esos argumentos con anterioridad.

²⁸ Que en esa fecha fueron unas de las páginas más claras y esclarecedoras sobre la materia condensadas en menos espacio.

²⁹ Aunque parece recuperarlo en la S.T.S. 334/2017, de 25 de mayo el mismo ponente.

³⁰ Por todos, *vid.* ALFARO ÁGUILA REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991. Y véanse los importantes matices a esta concepción en MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., «Comentarios al art. 82 T.R.-L.G.D.C.U.», en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 717-718 y 727 y ss.

midor 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.*»

Sin desconocer la valía de estas líneas tan convincentes como sintéticas y bien escritas, lo cierto es que con ellas *comienza la mutación del control de transparencia*: la propia S.T.S. 171/2017 recuerda que «la ratio de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, era básicamente que la ausencia de información suficiente por parte del banco (...) y la inclusión de tal cláusula en el contrato, oculta (...) provoca una alteración subrepticia del precio (...)». Es decir, *la sentencia seminal de 2013 configuró el control de transparencia desde unos parámetros objetivos relativos al deber de suministrar información*, que fueron seguidos por las sentencias posteriores (sin perjuicio de seguir refinando el fundamento); *en cambio, esta S.T.S. de 9 marzo 2017, al poner el énfasis en la manipulación del consentimiento del consumidor, abre la puerta a tener en cuenta más circunstancias subjetivas para verificar el grado de comprensión (prácticamente equiparado a grado de consentimiento) del concreto consumidor adherente*. Y ahí es donde radica la principal novedad de esta sentencia, al abrir la puerta a otro tipo de pruebas distintas de las documentales valoradas hasta la fecha y aproximar mucho lo que era un control abstracto de transparencia en un control específico del consentimiento cercano al que se efectúa en los procesos sobre vicios del consentimiento. Y esto se consuma en los tres pasos que se abordan en los tres siguientes epígrafes.

Pero cerrar la cuestión de la abusividad ponderada de este epígrafe exige examinar su renovado tratamiento en la última S.T.S. hasta la fecha. En síntesis, la S.T.S. 334/2017, de 25 de mayo –refrendando en realidad lo que ya se apuntó incipientemente en la S.T.S. 138/2015, de 24 de marzo– *viene a sostener que en general cuando una cláusula no supere el control de transparencia es preciso demostrar que causa desequilibrio (abusividad ponderada: la falta de comprensibilidad daría paso a aplicar los criterios propios del control de contenido de las cláusulas abusivas ex art. 82 T.R.-L.G.D.C.U.), pero no es precisa esa indagación circunstanciada en el caso de las cláusulas suelo porque en todas las que no sean transparentes existe el mismo desequilibrio de derechos y obligaciones perjudicial y contrario a la buena fe: le impide representarse las consecuencias de la cláusula y le priva de la posibilidad de comparar con otras ofertas; es decir, existe una suerte de desequilibrio presunto en las cláusulas suelo no transparentes, pero abría que demostrar ese desequilibrio en el resto de cláusulas definatorias del objeto principal de los préstamos hipotecarios o de cualquier otro tipo de contrato*. Sin incidir ahora más en la crítica, cuánto más sencillo y técnicamente correcto parece expulsar la cláusula (cualquiera) directamente del contrato por no superar un control de incorporación (al que puede reconducirse el de transparencia), sin entrar en la complicación de declararla abusiva cuando además apenas existirán parámetros jurídicos para calibrar el desequilibrio (jurídico) del precio.

El itinerario que sigue la S.T.S. 334/2017, de 25 de mayo, para llegar a esta conclusión es el siguiente: recuerda primero que la S.T.S. 241/2013, de 9 de mayo, apuntó que «la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas» y que con la S.T.S. 138/2015, de 24 de marzo, «salimos al paso de la crítica de que “el juicio de abusividad queda diluido en el juicio de transparencia, de modo que toda cláusula suelo no transparente es abusiva”», al indicar que «esa falta de transparencia puede ser excepcionalmente inocua para el adherente (...) pero no es ese el supuesto de las llamadas cláusulas suelo». A continuación, la S.T.S. 334/2017, de 25 de mayo, trae en auxilio de su esfuerzo por transitar desde una abusividad directa o cuasi-directa (pese a esas menciones ciertas y correctas, pero algo marginales) a una abusividad ponderada la reciente S.T.J.U.E. de 26 de enero de 2017 (*Banco Primus*), en la que el Tribunal de Justicia ciertamente ha dado un paso –erróneo y extralimitado en sus competencias³¹ de sostener que la transparencia de la Directiva 93/13 ha de comportar un juicio completo sobre la abusividad de los elementos esenciales de un con-

³¹ Vid. de nuevo CÁMARA LAPUENTE, S., «La S.T.J.U.E. 21 diciembre 2016 en clave europea...», cit. (*supra* n. 9).

trato presentados sin la debida transparencia. Repárese en que en esta S.T.J.U.E. versa no sobre cláusulas suelo, sino sobre el cálculo de los intereses ordinarios o remuneratorios del préstamo y ofrece una serie de parámetros para determinar si la cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre derechos y obligaciones de las partes (mediante la comparación con el tipo de interés que resulte de los modos de cálculo generalmente aplicados, el tipo legal de interés, los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha de celebración del contrato). De ahí la S.T.S. 334/2017 colige (F.D. 4.3) que «nuestra jurisprudencia se acomoda a esta doctrina del T.J.U.E.» y busca zanjar de una vez por todas la cuestión del argumento o fundamento de por qué una cláusula suelo que no sea transparente será declarada abusiva (pues siempre causará el mismo tipo de desequilibrio jurídico), sin perjuicio de que el desequilibrio de otras cláusulas haya de seguir desarrollándose caso por caso. Y lo hace con estos términos (énfasis en cursiva añadido):

[F.D. 4.2]: «*No negamos que, con carácter general, la nulidad de una cláusula como consecuencia de la falta de transparencia requiera que dicha cláusula provoque «un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe», pues pudiera ser que la falta de transparencia fuera inocua para el adherente. Esto es, cabría que el adherente no pudiera hacerse una idea cabal de la trascendencia de determinadas previsiones contractuales sobre su posición económica o jurídica en el contrato, pero estas previsiones no tuvieran efectos negativos para él. Pero en el caso de las cláusulas suelo, por su contenido, hemos entendido que la falta de transparencia provoca «un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe», pues le impide representarse las consecuencias de la cláusula suelo en el préstamo a interés variable contratado y le priva de la posibilidad de comparar lo realmente contratado con otras ofertas existentes en el mercado»*

[F.D. 4.3]: Nuestra jurisprudencia se acomoda a esta doctrina del T.J.U.E. porque partimos de la base de que «*la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor»* (sentencia 241/2013, de 9 de mayo); y, consiguientemente, entendemos que «*esa falta de transparencia puede ser, excepcionalmente, 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»* (sentencia 138/2015, de 24 de marzo). *No es incompatible con lo anterior que, a renglón seguido, a la vista del contenido de la cláusula («suelo») y del contrato en el que está incorporada (préstamo hipotecario a largo plazo de interés variable), hayamos considerado que «la falta de transparencia en el caso de este tipo de condiciones generales provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad 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 priva al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado»* (sentencia 138/2015, de 24 de marzo). ***Esta valoración, en principio, resulta aplicable a cualquier cláusula suelo que no pase el control de transparencia.»***

Pero dejemos ya las consecuencias de la falta de transparencia (abusividad) y retornemos al hilo conductor de la anterior S.T.S. 171/2017, de 9 de marzo, en relación con el paso de la transparencia objetiva a la transparencia subjetiva centrada en los defectos del consentimiento, consumada en los pasos que reflejan los epígrafes siguientes.

5. Requisitos de la transparencia: no es preciso mencionar ni verificar todos los parámetros de la S.T.S. 241/2013, de 9 de mayo.

La S.T.S. 171/2017, de 9 de marzo (F.D. 2.7) considera, al igual que las dos instancias anteriores de las que trae causa, que la cláusula suelo predispuesta por Caja Rural de Teruel es perfectamente transparente de acuerdo con los parámetros objetivos fijados por la S.T.S. 241/2013 («la cláusula cumple los requisitos de transparencia exigidos por la sala»). Cabría decir que al margen de las circunstancias probatorias (fundamentales, como luego se verá) específicas de este caso concreto, la cláusula sometida al juicio del T.S. sí cumplía esos parámetros de la sentencia de 2013, porque, como aclara razonablemente la sentencia de 2017, no es preciso que un tribunal «*tenga que mencionar todos y cada uno de los parámetros empleados por la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, para poder concluir, en aquel caso, que las cláusulas enjuiciadas superan el control de transparencia.»* Como es sabido, esa S.T.S. 241/2013 (§ 225 y apartado séptimo del fallo)

identificó seis motivos distintos cuya conjunción determinó la falta de transparencia de esas cláusulas (falta de información suficiente sobre ser un elemento definitorio del objeto principal, inserción de cláusulas techo como aparente contraprestación, falta de simulaciones de escenarios, enmascaradas en una abrumadora cantidad de datos, apariencia de préstamo a interés variable, etc.); el A.T.S. 3 junio 2013, aclaratorio de dicha sentencia, ya explicó que ni se trataba de una relación exhaustiva de circunstancias que excluyese otras ni «tampoco determina que la presencia aislada de alguna o algunas sea suficiente» para considerar una cláusula no transparente³². La S.T.S. 171/2017 apuntala razonablemente ese entendimiento indiciario de tales parámetros y vuelve a negar su carácter ni exclusivo ni excluyente para determinar el cumplimiento de los deberes de transparencia de una cláusula.

Pero donde viene la afirmación más novedosa en relación con dichos parámetros es aquí: «*lo verdaderamente relevante*» es que «*en cada caso pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia*». Esto no es más que un corolario de lo anterior (la transparencia o su falta puede quedar acreditada fuera de los seis parámetros inicialmente fijados), pero al dotar el Tribunal Supremo de nuevo valor a determinadas pruebas de corte subjetivo sobre el consentimiento emitido por el consumidor es donde la S.T.S. obra la mutación referida, como a continuación se explica.

6. ¿Debe ser distinto el control de transparencia en procedimientos individuales y en procedimientos colectivos?

6.1. Algunas afirmaciones anteriores contradictorias

La respuesta de la S.T.S. 171/2017, de 9 de marzo, parece ser afirmativa, pues al enjuiciar una acción individual es posible tener constancia de esas «circunstancias propias» de cada caso que permitan acreditar que el consentimiento sobre los elementos esenciales del contrato se emitió correctamente por cumplirse todos los deberes informativos previos. La sentencia (F.D. 2.5) lo expresa en estos términos (cursivas añadidas):

«En una acción individual como la presente, 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.»

Por lo tanto, a diferencia de lo que acontecía en la S.T.S. 241/2013, que enjuiciaba el resultado de una acción de cesación colectiva, a juicio de la S.T.S. 171/2017, el examen del cumplimiento de los requisitos de transparencia no ha de quedarse en un examen neutro, abstracto, de los documentos obrantes en autos, sino que es posible valorar «otros medios» más apegados a las circunstancias que rodearon el caso concreto del adherente ahora parte procesal, entre los que menciona la declaración notarial en juicio. En definitiva, parece querer decirse, *el juzgador tiene una superior capacidad valorativa de las circunstancias en un proceso individual que las que tiene en un proceso colectivo. Pero esta línea argumental puede acabar llevando a otra que, a mi juicio, entraña nuevos peligros para la seguridad jurídica: existirían requisitos distintos para el control de transparencia en procesos individuales y en procesos colectivos, lo que puede abocar en subtipos nuevos de transparencia material*, que dependerían sólo del cauce procesal empleado para impugnar la misma cláusula suelo³³ (o la cláusula predispueta sobre elementos esenciales de que se trate en cualquier

³² La S.T.S. 171/2017 cita este auto y también el A.T.S. 21 septiembre 2016 de inadmisión de un recurso de casación en que la valoración probatoria de la sentencia de la Audiencia conducía a entender que la cláusula fue transparente.

³³ Ya hay quien critica abiertamente, tras comparar el tenor y circunstancias similares de la cláusula de esta sentencia y la de BBVA en la S.T.S. 241/2013, esa distinción entre acciones individuales y colectivas y considera que «es obvio que una cláusula esencialmente coincidente en ambas resoluciones no podría, por una cuestión de lógica elemental, producir la nulidad en la acción abstracta de cesación y la validez en la individual, porque si la cláusula no es en general transparente, circunstancias concretas no podrán nunca mejorar la situación, de mismo modo que una venta por incapacitado es nula y el examen del contrato concreto no la va a hacer válida»; así lo argumenta el notario Ignacio GOMÁ LANZÓN, «Continúa el culebrón: las cláusulas suelo son válidas o réquiem por la transparencia material», en *Hay Derecho (Blog)*, 4 abril 2017 (disponible en: <http://hayderecho.com/2017/04/04/continua-el-culebron-las-clausulas-suelo-son-validas-o-requiem-por-la-transparencia-material/>, fecha de consulta 26.5.2017); ID., «El alcance de la intervención notarial en la contratación bancaria (I)», *El Notario del siglo XXI*, 72, marzo-abril 2017, p. 62.

otro contrato). La S.T.S. 171/2017, de 9 de marzo, evita adentrarse en posibles distinciones sobre pretensiones, objetos, trámites procesales y efectos dispares derivados de acciones individuales y colectivas; sólo realiza sus afirmaciones respecto a la acción individual que está examinando y lo mismo hace, siguiendo a ésta, la S.T.S. 334/2017, de 25 de mayo (que enjuicia dos acciones individuales acumuladas). La S.T.S. 123/2017, de 24 de febrero, en cambio, como se ha examinado, sí recurre a la distinción entre ambos tipos de acciones (con cita de la S.T.J.U.E. 14 abril 2016, *Sales Sinué* y la S.T.C. 148/2016, de 19 de septiembre), si bien a los solos efectos procesales de la cosa juzgada.

Ahora bien, en el panorama de la jurisprudencia anterior destacan muy especialmente las afirmaciones de la S.T.S. (Pleno) 139/2015, de 25 de marzo³⁴, cuando consumó el trasvase a procesos individuales de la jurisprudencia del T.S. sobre el carácter irretroactivo de la nulidad de las cláusulas suelo no transparentes creado en un proceso colectivo. Recuérdese el contexto: la S.J.P.I. y mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz de 2 julio 2013 y la S.A.P. Álava (sec. 1.ª) de 21 noviembre 2013, al resolver una acción individual de nulidad de cláusula suelo por falta de transparencia, concluyeron que, debido a la diferente naturaleza de las acciones ejercitadas en la S.T.S. 241/2013 (de cesación) y ante dichos órganos (individual de nulidad por abusiva), debía acogerse la pretensión de devolución íntegra (retroactiva) de todas las cantidades percibidas indebidamente. La S.T.S. 139/2015, de 25 de marzo (F.D. 7.º) lo expresa en estos términos (cursivas añadidas): «sin embargo, tal distinción entiende la Sala que no se contempla en la Sentencia del Tribunal Supremo³⁵ (...). Además, añadimos que *no resulta trascendente, al efecto aquí debatido, que se trate de una acción colectiva o de una individual, puesto que el conflicto jurídico es el mismo* y estamos en presencia de una doctrina sentada por la repetida sentencia para todos aquellos supuestos en que resulte, tras su examen, el carácter abusivo de una cláusula suelo inserta en un préstamo de interés variable cuando se den las circunstancias concretas y singulares que el Tribunal Supremo entendió que la tiñen de abusiva, debiendo ser, por ende, expulsada del contrato». Ha de traerse también a la memoria el conocido voto particular del magistrado F. J. Orduña Moreno a esta sentencia, en el cual defendía la eficacia plenamente retroactiva de la nulidad y, entre otros argumentos, apuntaba (F.D. 2.º y 3.º) la distinción entre los procedimientos y la improcedencia de aplicar «en bloque» la fundamentación técnica de la S.T.S. 241/2013 a casos derivados de acciones individuales

Acaso pueda vaticinarse que, liberado del argumento contrahecho de la irretroactividad, y de la presión del planteamiento de infinidad de acciones individuales que hicieran retornar el riesgo de «graves trastornos económicos» que buscó eludir con su S.T.S. 241/2013, el Tribunal Supremo ha comenzado una labor más matizada de distinción de las peculiaridades de ambos tipos de procesos en relación con la transparencia de idénticas cláusulas.

Queda por ver si la dinámica judicial ya consolidada sobre el error vicio en determinados productos financieros (también procedente de acciones individuales, pero con fundamento en el Código civil y en el paradigma de la negociación) no acaba fagocitando –para bien o para mal– los caracteres con que nació la «transparencia material»; y, más aún, si ese futuro desarrollo de nuestra jurisprudencia nacional acaba siendo o no acorde con la jurisprudencia del T.J.U.E. que, con clara extralimitación, ha asumido la competencia para perfilar las consecuencias de la falta de transparencia del art. 4.2 de la Directiva, pero que, desde luego, sí es competente para delimitar los requisitos de esa transparencia, como viene haciendo en diversas sentencias, especialmente desde 2014.

6.2. Los nuevos medios de prueba: el papel del Notario.

La S.T.S. 171/2017, de 9 de marzo otorga a la intervención notarial en el proceso de plasmación documental de la cláusula suelo un valor que hasta la fecha le había negado o, cuando menos, puesto en duda en sentencias anteriores. En la presente alude a que «puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación» para cumplir con la exigencia de que la cláusula en cuestión no pasara inadvertida para el consumidor y pudiera conocer su carga jurídica y económica. En el caso, la notario que autorizó la escritura testificó en el juicio que había advertido a los contratantes de la cláusula de variación del tipo de interés y ese dato, junto con los correos internos entre empleados de la entidad financiera (y acaso el con-

³⁴ MP: E. Baena Ruiz.

sumidor) y la prueba de que la cláusula se había negociado (porque se le rebajó al consumidor del 4% que empleaban al 3%, ya que el cliente esgrimía haber encontrado una cláusula más baja en la competencia), lleva a la conclusión de la sentencia recurrida que 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» (nótese el empleo de los términos que aquí se enfatizan, pues son la clave de la mutación del control de transparencia que se examinará en el último epígrafe).

En definitiva, en esta S.T.S. el papel del notario en la verificación de la transparencia se revaloriza mucho respecto a anteriores y recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo en que se le concedía una función muy marginal. Baste recordar que la S.T.S. (Pleno) 464/2014, de 8 de septiembre³⁶, la segunda sobre las cláusulas suelo, apuntó 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 según la S.T.S. (Pleno) 138/2015, de 24 de marzo³⁷ «la intervención del notario tiene lugar al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, a menudo simultáneo a la compra de la vivienda, por lo que no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada». Aunque es cierto que algunas otras sentencias coetáneas destacaron la importancia de la intervención notarial en cuanto a la información y asesoramiento que presta al adherente³⁸, lo cierto es que *el T.S. mantenía bastante desconectado el control de transparencia de la labor notarial*. En la S.T.S. 171/2017, de 9 de marzo la conexión se produce y, cabría decir, por todo lo alto; según el F.D. 2.5, la labor del notario, supone un elemento para efectuar el juicio de transparencia, porque «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». Por lo tanto, no sólo puede verificar si se han cumplido los deberes de transparencia que pesan sobre la entidad financiera predisponente, sino que incluso puede «complementar» los requisitos informativos asumiendo así el propio notario unos deberes de transparencia que, en principio, recaen sobre el predisponente.

Pero esta revalorización no deja de presentar algunos problemas hacia el futuro: en primer lugar, la hasta la fecha casi residual práctica de interrogar al notario en este tipo de litigios³⁹ (bien porque no se solicitaba, bien por su inadmisión por el tribunal, bien por excusar el notario su asistencia dado que, al amparo del art. 319 L.E.C., su propio testimonio no podrá desvirtuar lo que obra bajo su fe pública ni aportará, en general, más datos sobre la comprensión de la cláusula que reafirmar que hizo las advertencias legales sobre las cláusulas suelo), podrá convertirse en una prueba indefectiblemente solicitada por las entidades financieras. En segundo lugar, en la mayoría de los casos, el notario poco más hará al comparecer, si recuerda los detalles del concreto acto de otorgamiento, que refrendar que cumplió las exigencias informativas y asesoras de la legislación notarial. En tercer lugar, no parece que un predisponente que consiguió incorporar a la escritura una cláusula no transparente que también pasó el filtro notarial pueda alegar que cumplió diligentemente sus deberes informativos para quedar exento del control judicial de la transparencia.

En cualquier caso, con la admisión de este medio de prueba (la testifical del notario) se constata de nuevo cómo el control de transparencia está mutando, al pasar de lo que claramente se residenciaba en un deber de información positivo del predisponente a un conjunto de informaciones más amplio suministrable por

³⁵ Y sigue: «recogiendo su parágrafo 282 que «como apunta el Ministerio Fiscal, la finalidad de las acciones de cesación no impide el examen de los efectos de la nulidad determinante de la condena a cesar en la utilización de las cláusulas abusivas y a eliminar de sus contratos los existentes, cuando éstas se han utilizado en el pasado».

³⁶ M.P.: F.J. Orduña Moreno.

³⁷ M.P.: R. Sarazá Jimena.

³⁸ Así, la S.T.S. (Pleno) 466/2014, de 12 de septiembre (M.P.: E. Baena Ruiz) relativa al carácter abusivo de la firma por un fiador de un pagaré en blanco que permite eludir así la intervención de fedatario público, lo cual en modo alguno beneficia al consumidor y causa desequilibrio, pues «el interés parece residenciarse en el abaratamiento de costes, pero tal ahorro arancelario en el fedatario público sería a base de sacrificar la función de información, asesoramiento previo, control de la legalidad, fehaciencia y seguridad jurídica que son funciones que llevan a cabo los notarios».

³⁹ Vid. GOMÁ LANZÓN, *ibidem*; FERNÁNDEZ BENAVIDES, M., «Cláusulas suelo: ¿está todo el pescado vendido?», *Hay Derecho (Blog)*, 24 marzo 2017 (disponible en: <http://hayderecho.com/2017/03/24/hd-joven-clausulas-suelo-pescado-vendido/>; fecha de consulta: 26-4-2017).

diversos operadores jurídicos o por terceros, siempre que se llegue a la constatación extradocumental de que el adherente comprendió el alcance de la cláusula, en definitiva, que hubo un consentimiento informado. ¿Cuáles pueden ser esos «otros medios» de prueba (además de la intervención y testimonio notarial)? *Rectius*, por seguir el tenor literal de la sentencia, ¿cuáles pueden ser esos «otros medios» a través de los que se pudo cumplir con las exigencias de la transparencia (que a la postre se convertirán en pruebas en sede judicial)? La sentencia no los concreta más, pero sí reproduce los que llevaron a la Audiencia Provincial a la convicción de que la cláusula era transparente (o negociada, matiz trascendental como en seguida se verá): la negociación que permitió rebajar el suelo, la declaración de la persona que negoció el préstamo, las comunicaciones documentadas entre ésta y la entidad matriz al solicitar autorización para modificar las condiciones contractuales y las declaraciones en el acto del juicio de la notaria que «expresamente reconoció la advertencia legal a los contratantes sobre la cláusula de variación del tipo de interés». El elenco, obviamente, podría crecer en el futuro, por el carácter abierto con que la S.T.S. formula la admisión de esos «otros medios»; de hecho, en el comentario del magistrado ponente de la S.T.S. 123/2017, de 24 de febrero, a esta S.T.S. 171/2017, de 9 de marzo se menciona como otra circunstancia digna de examen «la capacidad de negociación del adherente»⁴⁰. Y esto nos conduce a una penúltima reflexión sobre cómo está mutando el control de transparencia.

6.3. De la transparencia objetiva a la transparencia subjetiva.

Conviene recordar cómo quedó cristalizado el fundamento o justificación del control de transparencia en la S.T.S. 241/2013, de 9 de mayo: se consideró desde el inicio (§ 210) un «parámetro *abstracto* de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código civil del “error propio” o “error vicio”». La S.T.S. (Pleno) 464/2014, de 8 de septiembre⁴¹ (que versaba sobre varias acciones individuales acumuladas) recalzó (F.D. 2.7) que el estar el control de transparencia fuera del paradigma del contrato por negociación y del expediente de los vicios del consentimiento es la causa de que «*no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado*, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes (...), sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta». Este fundamento –el incumplimiento de deberes de información precontractual por el predisponente y la referencia a tratarse de un «parámetro *abstracto* de validez– se ha repetido y mantenido incesantemente hasta la S.T.S. 171/2017 objeto de actual análisis, incluso en las sentencias que comenzaron a aplicar la doctrina de la S.T.S. 241/2013 (pues podría objetarse a ese parámetro «abstracto» que la configuración proviene de una acción colectiva de cesación) al resolver acciones individuales. Así, la S.T.S. (Pleno) 139/2015, de 25 marzo (ya sobre acción individual) añadió (F.D. 10.º) que las cláusulas suelo, «*en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información, en los términos indicados en el párrafo 225 de la sentencia [241/2013]*». Incluso en un proceso derivado de una acción colectiva –debe añadirse, por nuestro lado–, al identificarse cláusula no transparente con cláusula abusiva ha de resultar posible examinar, además de la naturaleza del objeto contractual y las demás cláusulas del contrato, «todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración», como exige el art. 82.3 T.R.-L.G.D.C.U. (= art. 4.1 Directiva 93/13), sin que ello suponga descender a comprobar el grado de consentimiento o comprensión de cada consumidor involucrado, sino el grado de cumplimiento de los deberes informativos para que cualquier consumidor normal hubiese advertido la importancia y alcance de la cláusula.

En resumen, según la jurisprudencia previa del T.S.: el control de transparencia es un parámetro abstracto de validez, se funda en los especiales deberes de información precontractual que corresponden al predisponente y es distinto de la evaluación del consentimiento propia de la acción de anulabilidad por error-vice. Esta concepción estaba en línea con la evolución del control de transparencia en la mayoría de

⁴⁰ VELA TORRES, P. J., «Condiciones generales de la contratación. Comentario a la S.T.S. Civil 171/2017, de 9 de marzo», *Diario La Ley*, n.º 8969, 27 de abril de 2017 quien, por lo demás, destaca la importancia de la sentencia por dos motivos: la conexión de la transparencia con la abusividad y los nuevos criterios para enjuiciar la transparencia en una acción individual sin juicios estereotipados.

⁴¹ MP: F. J. Orduña Moreno.

⁴² Al respecto, con diversa cita de doctrina europea, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, «Transparencias...», *cit.*, (2015), p. 571.

los ordenamientos, en que se fue pasando de un límite o control ligado al proceso de contratación a un requisito o deber de información positivo y eficaz, de manera que un control inicialmente negativo (que permite eliminar cláusulas que no sean claras y comprensibles) se convierte en una regla que exige deberes (positivos) de información activa⁴².

Por eso, en la delimitación de esta transparencia «objetiva», correctamente el Tribunal Supremo había apelado a la comprensión no de un concreto consumidor, sino de un *consumidor medio* a la luz de las circunstancias (principalmente documentales, pero no sólo, en función, por ejemplo de las testificales aportadas sobre el proceso de formación y conclusión del contrato) que rodearon los contratos litigiosos. Así, correctamente, lo hacía ya la S.T.S. 241/2013, de 9 de mayo, la cual, tras recordar que el art. 3 de la Directiva «delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula» y que tampoco la norma española concreta más qué es el desequilibrio contrario a la buena fe, por lo que «no es posible limitarla a la esfera subjetiva», concluye (§ 253): «antes bien, es necesario proyectarla sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre». Y la S.T.S. 138/2015, de 24 de marzo (aunque también resolviendo una acción colectiva) reincide en que el control abstracto de validez debe tomar el punto de vista del consumidor medio y rechaza el alegato de que el control de transparencia sólo pueda ser apreciado caso por caso, porque eso impediría el control abstracto propio de los procesos colectivos⁴³.

Si ahora, por efecto de la S.T.S. 171/2017, de 9 de marzo, se difuminan por un lado los parámetros objetivos de verificación de que se suministró la información pertinente, se da valor destacado a nuevas pruebas acerca de la comprensión del consumidor concreto del caso y se busca primordialmente constatar la existencia de un consentimiento pleno del adherente, en lugar de hacer un examen más neutro acerca de si cualquier consumidor medio, a la luz de las circunstancias de ese caso hubiese comprendido la cláusula (más o menos compleja en función de la complejidad del propio contrato y su objeto)⁴⁴, por haber adoptado el predisponente los cauces informativos necesarios para ello⁴⁵ *se habrá producido un tránsito desde una «transparencia objetiva» a una «transparencia subjetiva»*. Y de ahí el siguiente paso sería poner en cuestión lo que hasta la fecha ha sido un paradigma incontrovertido (tanto en nuestra jurisprudencia como en la del T.J.U.E.), cual es, en materia de cláusulas abusivas, *que el concepto de consumidor si tiene tintes objetivos, pues mientras actúe fuera del ámbito de su actividad profesional, es irrelevante su formación, conocimientos, capacidad de negociación o experiencia en la materia*. Ahí radica una de las celadas de considerar que la falta de transparencia comporta abusividad, pues el concepto legal de consumidor que firma un contrato de adhesión con cláusulas abusivas no distingue acerca de su carácter de experto o su mayor o menor formación sobre la materia. *El desequilibrio contrario a la buena fe se producirá también con independencia del grado de conocimiento del adherente*. Como muy bien señala la S.T.S. 222/2015, de 29 de abril, «que el consumidor tenga una mayor o menor formación tampoco excluye el carácter impuesto de una condición general (...) sin que la mayor formación del consumidor incida en la posibilidad de negociarlas»⁴⁶. Y como sentó la

⁴³ En concreto, lo expresa así en el F.D. 5.7: «de acuerdo con la tesis mantenida en el recurso, nunca podría realizarse un control abstracto de la validez de las condiciones generales (...) porque sería incompatible con tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, y lo que para un consumidor pudiera considerarse abusivo por causar un desequilibrio perjudicial para sus derechos en contra de las exigencias de la buena fe, para otro consumidor con una superior formación o posición económica no lo sería» (desestima el argumento apuntando que, de seguirlo, no podría haber acciones colectivas en materia de publicidad engañosa, confusión marcaría o competencia desleal e impondría obligar a cada consumidor a litigar para conseguir la nulidad, obstáculo no acorde con la protección de los consumidores). Como se puede ver por la cursiva, al menos en sede de procesos derivados de acciones colectivas, el T.S. ha rechazado el argumento de la capacidad de negociación o formación del consumidor (*vid. cita antepenúltima*) que, acaso a partir de la S.T.S. 9 marzo 2017 pueda comenzar a considerarse en acciones individuales, contra el parecer que aquí expresamos.

⁴⁴ Como recuerda la S.T.S. 267/2017, de 4 de mayo (M.P.: I. Sancho Gargallo).

⁴⁵ Para una defensa de este carácter objetivo y no subjetivo también en procesos derivados de acciones individuales, *vid. CÁMARA LA PUENTE*, «Comentario a la S.T.S. 8.9.2014...», cit. (2016), e ID., «El control de incorporación...», cit., pp. 25-28.

⁴⁶ En esta sentencia (M.P.: R. Sarazá Jimena) se explica que «si el consumidor tuviera una cierta formación, un empleo estable un sueldo mínimo y hubiera contratado unos productos bancarios y de ahorro básico, ya no concurriría el requisito de la imposición. Tampoco esta tesis es correcta (...). La protección que el ordenamiento jurídico da a los consumidores y usuarios no está condicionada a que concurra en ellos una situación de desvalimiento o ignorancia». En esta línea, *vid. también* la S.A.P. Girona (sec. 1.ª) 261/2014, de 2 octubre. Cfr. en cambio los fallos de la S.A.P. Valladolid (sec. 3.ª) 58/2015, de 16 marzo y la S.J.Merc. nº 2 de Barcelona 3 febrero 2015 y su examen en la segunda obra de la nota anterior.

S.T.J.U.E. 3 septiembre 2015 (asunto *Costea*)⁴⁷, en el caso de un abogado en ejercicio especializado en Derecho mercantil que concertó un contrato de crédito hipotecario sin especificar el destino que daría al dinero recibido e impugnó por abusiva una comisión de riesgo, el concepto legal de consumidor «tiene un carácter objetivo y es independiente de los conocimientos concretos que pueda tener la persona de que se trata, o de la información de que dicha persona disponga» (§§ 20-21).

La clave, por tanto, radica en comprobar si el consumidor negoció o no, y si no lo hizo, en si la cláusula en cuestión era «clara y comprensible» (ese es el tenor de los arts. 4.2 y 5.1 de la Directiva 93/13), no si el concreto adherente la comprendió a plenitud o no.

El último hito jurisprudencial aporta alguna enseñanzas más relacionada con la transparencia subjetiva⁴⁸. La S.T.S. 334/2017, de 25 de mayo supone un perfecto ejemplo de lo inoportuno e innecesario de transitar hacia el subjetivismo (por más que esta S.T.S. 25-5-2017, importa resaltar, no retoma los argumentos de la S.T.S. 9-3-2017 sobre la evaluación del consentimiento mediante «otros medios» no documentales). En esta sentencia (sobre dos acciones individuales acumuladas, mismo ponente que la S.T.S. 171/2017, de 9 de marzo), tras apuntar que el desequilibrio proviene de haber impedido al consumidor representarse el impacto económico para el préstamo que produce la cláusula suelo, recordar que la buena fe tiene que ver con lo que sería aceptable en una negociación leal y apostillar que no se valora «el equilibrio objetivo sino el subjetivo entre precio y prestación, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación», concluye (F.D. 4.4): «*Es difícil que, a la vista del contenido de la cláusula suelo, que comporta para el consumidor que no pueda beneficiarse de la bajada de los tipos una vez alcanzado el suelo, le hubiera resultado indiferente su inclusión en el contrato si hubiera existido una negociación individual*»; es decir, la sentencia no concluye que los cuatro concretos consumidores involucrados en las dos acciones individuales admitiesen en juicio que su consentimiento estaba «viciado» y que de haber sido conscientes y haber negociado no hubiesen aceptado la cláusula suelo, sino que *para cualquier consumidor en esas circunstancias* la cláusula suelo no transparente (la enmascarada/oculta/incomprensible, etc.) resulta perjudicial y supone un desequilibrio de derechos y obligaciones de las partes contractuales.

7. Conocimiento, comprensión, negociación y consentimiento: la auténtica encrucijada.

La distinción de estos cuatro términos, que pueden verse tan próximos en relación con las cláusulas que definen el precio y la contraprestación, resulta capital para delimitar bien la noción de transparencia (objetiva/subjetiva, *ex* acciones individuales o colectivas). Las especiales circunstancias probatorias del caso que desembocó en la S.T.S. 171/2017, de 9 de marzo, en el que todas las instancias consideran la cláusula suelo transparente y válida, hacen que *haya podido culminar una doble mutación*: en el entendimiento de fondo de esta sentencia, *la comprensión prácticamente equivaldría a la negociación y, dado que lo que ha de evaluarse es el consentimiento del adherente, el control de transparencia estaría aproximándose mucho, casi identificándose, con la evaluación de los vicios del consentimiento (error-vicio)*⁴⁹.

⁴⁷ S.T.J.U.E. 3 septiembre 2015, *Horatiu Ovidiu Costea c. SC Volksbank România SA*, asunto C-110/14.

⁴⁸ Conviene atajar un posible malentendido terminológico: cuando esta S.T.S. 334/2017, de 25 de mayo se refiere, como se transcribe en el texto y recuerda en otro párrafo que parafrasea la S.T.S. 22/2015, de 29 de abril, que el desequilibrio sustancial «no puede referirse al *equilibrio objetivo* entre precio y prestación, que escapa al control judicial», sino que «ha de venir referido al *equilibrio subjetivo* de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación», el razonamiento es preciso y abonado: no debe haber control judicial de precios porque ese sería un control del equilibrio económico del contrato, no contemplado en nuestra Constitución (y porque, de normal, no habrá parámetros legales de comparación), sino que el equilibrio que se evalúa es jurídico; en este sentido, no hay criterios objetivadores de la relación calidad/precio, sino que se busca garantizar la decisión bien formada del contratante por adhesión mediante la potenciación de los deberes informativos del predisponente. En este sentido ese «equilibrio subjetivo» (no objetivo) no debería estar reñido con mantener una «transparencia objetiva» (no subjetiva), en el sentido ya apuntado de que cualquier consumidor medio en las circunstancias concretas de ese caso no hubiese comprendido la trascendencia de la cláusula. O, como se acaba de afirmar, si el consumidor no negoció la cláusula, lo que debe comprobarse es si ésta era «clara y comprensible» no si el adherente del caso concreto la comprendió a plenitud o no (para lo cual ya está el expediente del error-vicio, que si recae sobre un auténtico elemento esencial del contrato ocasionará la anulabilidad del entero contrato).

⁴⁹ Estos cambios no han pasado desapercibidos a los primeros comentaristas de la sentencia: así, *vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, «Las cláusulas suelo pueden ser introducidas de forma transparente...» (cit., *supra*, nota 8); AGÜERO ORTIZ, A., «Cláusula suelo transparente por quedar probado que el consumidor tuvo un conocimiento de la misma: ¿existe alguna diferencia entre el control de transparencia y la evaluación del consentimiento? Comentario a la ST.S. de 9 de marzo de 2017», en *CESCO. Publicaciones jurídicas*, 11 marzo 2017 (disponible en: <http://blog.uclm.es/cesco/files/2017/03/sts-transparencia-suelo-v2.pdf>; fecha de consulta: 22.5.2017)

En la base de esas conclusiones está, en primer lugar, *el planteamiento del litigio por las partes y la valoración de diversas pruebas que atestiguan que existió negociación* (correos, rebaja de la cláusula suelo), más que indicios de comprensión efectiva –que normalmente cabrá presuponer si se negoció la cláusula, aunque podría haber casos en que la respuesta no fuese unívoca, con una negociación basada en un entendimiento erróneo que aprovecha el predisponente–; en este caso ya no nos encontraríamos en el régimen de protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas, pues al haber negociación no puede haber cláusula abusiva. Acaso con un exceso de respeto al planteamiento del pleito por los recurrentes, el T.S. es plenamente consciente de esto y lo alerta, en un *dictum* obvio pero muy importante; podría haber resuelto el caso por la vía de la existencia de la negociación y no de la transparencia, pero respetar el planteamiento de los litigantes (pues «ninguna de las partes ha cuestionado que la cláusula suelo hubiera sido predispuesta por el banco y, por lo tanto, no negociada») le permite hacer todas las novedosas afirmaciones que contiene la S.T.S. 171/2017, de 9 de marzo; ésta es la forma en que se cierra su texto (F.D. 2.8), con «una aclaración complementaria, para evitar equívocos» (cursivas añadidas):

«La Audiencia, para remarcar el *conocimiento* que el cliente tenía de la cláusula suelo antes de la firma del contrato, llega a afirmar que «existe(n) en el procedimiento elementos probatorios que revelan que el establecimiento de dicha cláusula *fue 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 (...)». Si no fuera por el respeto debido a lo que ha sido objeto de debate entre las partes, *este hecho declarado probado* por la Audiencia *hubiera permitido que nos cuestionáramos en qué medida en este contrato la cláusula suelo no había sido predispuesta por el banco, al haber sido negociada, y si por ello no resultaba de aplicación la normativa y la jurisprudencia sobre cláusulas abusivas, al quedar en entredicho la propia cualidad de condición general* de la contratación de la cláusula litigiosa».

En segundo lugar, en las citadas conclusiones obra *el peso o inercia de las numerosísimas sentencias del Tribunal Supremo que en los últimos años han reformulado el criterio de la excusabilidad en el error vicio*, de manera que se ha facilitado la anulabilidad del contrato cuando la entidad financiera no cumplió todos sus deberes informativos con el cliente bancario que no fuese inversor profesional; radicar en el incumplimiento de las exigencias de información precontractual una parte importante del examen del consentimiento viciado, hace que este examen pueda hermanarse con cierta facilidad con el control de transparencia que, como se ha visto, tiene una premisa similar, y más cuando lo que está en análisis es el consentimiento relativo a los elementos esenciales de un contrato de adhesión por parte de un consumidor. Éste es el punto de intersección (deberes informativos más auténtico consentimiento) donde confluyen ambos expedientes y donde es preciso profundizar para determinar si el control de transparencia en España (¿coincidirá con lo que diga el T.J.U.E.?), que es un control genuino de los contratos de adhesión en masa (TR-LGDCU, Directivas), debe coincidir con la evaluación de los vicios del consentimiento, que es un instrumento propio de los contratos negociados (Código civil). A la luz de lo ya expuesto, a mi juicio la respuesta debería ser negativa, el control de transparencia debería seguir siendo objetivo y el cauce más idóneo para darle curso sería el existente control de incorporación, no el error vicio (ni tampoco el dolo incidental, igualmente basado en la evaluación del consentimiento, como recientemente proponen algunos autores)⁵⁰.

Si se repasan las afirmaciones de *la más reciente jurisprudencia sobre el error vicio en productos financieros y su relación con el control de transparencia* (y con el de incorporación) hay que concluir que se ha realizado una encomiable tarea acerca de los perfiles de cada una y el deslinde entre ambas que, no obstante, por lo dicho, podría estar a punto de quebrar. Así, podría destacarse en síntesis que para el Tribunal Supremo:

– El control de transparencia es distinto de la evaluación del consentimiento viciado por error (entre otras muchas, las ya citadas SS.T.S. 241/2013, de 9 de mayo, 464/2014, de 8 de septiembre, etc.).

⁵⁰ PANTALEÓN PRIETO, *op. cit.* (*supra*, nota 8); ALFARO ÁGUILA-REAL, «Cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato», *Almacén de Derecho*, 21 marzo 2017 (disponible en <http://almacendederecho.org/clausulas-predispuestas-describen-objeto-principal-del-contrato/>; fecha de consulta: 22-5-2017). Sobre las consecuencias (y nuevas complejidades) de esta mutación *vid.* lo dicho *supra* en el apartado 2.

– El control de incorporación de las condiciones generales (arts. 5 y 7 LCGC, ahora llamado por el T.S. control de transparencia formal) también es distinto del juicio sobre el error-vicio en el consentimiento: así, la S.T.S. 688/2015, de 15 de diciembre y S.T.S. 267/2017, de 4 de mayo⁵¹.

– Es posible durante el examen de un contrato de *swap* desde la óptica solicitada del error vicio, proceder al control de oficio de una cláusula como abusiva, en cualquier instancia procesal (S.T.S. 267/2017, de 4 de mayo)⁵².

– No cabe la nulidad parcial de contrato por error vicio (esto es, la nulidad de una concreta cláusula como sí ocurre con la transparencia), sino la nulidad de todo el contrato (S.T.S. 104/2017, de 17 de febrero)⁵³.

– Cuando una cláusula supera el control de incorporación, si no resulta probada la existencia de un déficit de información ni se demuestra la existencia de un vicio del consentimiento, no procede anular una cláusula por tal vicio (S.T.S. 41/2017, de 20 de enero⁵⁴, en un contrato en que el adherente era empresario y pretendía la ineficacia de una cláusula suelo).

– Y en cuanto al papel del incumplimiento de los deberes de información de la entidad financiera en relación con la aplicación del error vicio a productos financieros complejos (*swaps*, preferentes, subordinadas, etc.), la consolidada doctrina del T.S. (desde la S.T.S. [Pleno] 840/2013, de 20 de enero de 2014) puede resumirse así: «la falta de acreditación del cumplimiento de los deberes de información permite *presumir* en el cliente la falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados y, consiguientemente, la existencia de un error excusable» (S.T.S. 292/2017, de 12 de mayo)⁵⁵; en definitiva, procede «la nulidad del contrato por concurrencia de error en el consentimiento cuando el mismo ha sido causado por el incumplimiento por la empresa de servicios de inversión del deber de información al cliente que le impone la normativa sectorial» (S.T.S. 282/2017, de 10 de mayo)⁵⁶.

Volvamos para concluir a los conceptos legales involucrados en la intersección de ambos expedientes (transparencia y error): el «*conocimiento*» de una cláusula es un requisito previo para un válido «*consentimiento*»⁵⁷, aunque ninguna de las dos actividades garantiza por sí sola la *comprensión* de la estipulación. El control de incorporación (arts. 5 y 7 L.C.G.C.) sin duda garantiza ese *conocimiento* (primer filtro de transparencia, formal) y, según el T.S., el genuino control de transparencia (material) es la garantía de la *comprensión* de la cláusula que afecta a la definición del objeto principal del contrato (*ex art. 4.2 Directiva*; por más que el control de incorporación tiene una elasticidad suficiente como para garantizar lo mismo sin necesidad de concluir el carácter abusivo de la cláusula, como demuestra que el propio art. 5 L.C.G.C. se

⁵¹ En ambas (MP I. Sancho Gargallo, mismo ponente que en la S.T.S. 9 marzo 2017 en examen), se enjuicia la posible aplicación del control de incorporación a una cláusula sobre el coste de cancelación de contratos de *swap*. Y en ambas se sienta que «*hemos de recordar que estamos bajo el ámbito del control de incorporación y no juzgamos el eventual error vicio en el consentimiento*»; se advierte, asimismo, que «la exigencia de claridad y comprensibilidad de una condición general, a los efectos de realizar el control de incorporación, no es uniforme, sino que depende de la propia complejidad de la materia sobre la que versa el contrato, y, más en concreto, de la cláusula controvertida», además de que conforme al art. 7 L.C.G.C., «para que puedan considerarse incorporadas al contrato, las condiciones generales han de ser claras, concretas, sencillas y comprensibles directamente en atención al producto que se comercializa».

⁵² M.P.: I. Sancho Gargallo. En el caso, no se practicó prueba alguna porque desde la instancia se consideró que era una cuestión meramente jurídica, por lo que el examen fue solo de la cláusula, que superó el control de incorporación y el de contenido.

⁵³ M.P.: I. Sancho Gargallo.

⁵⁴ M.P.: P. J. Vela Torres.

⁵⁵ M.P.: M. A. Parra Lucán, F.D. 5.º La sentencia precisa (F.D. 3.º): «*en cuanto a la trascendencia del cumplimiento insuficiente de los deberes de información en la validez del consentimiento, esta sala ha reiterado que no comporta necesariamente la existencia de error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo*, en tanto que la información –que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros– es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. *Lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información*»; y recuerda (F.D. 4.º) que «según dijo la sala en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015 y 676/2015, de 30 de noviembre, es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación -activa y no de mera disponibilidad- de facilitar la información que le impone dicha normativa legal y no son sus clientes –que no son profesionales del mercado financiero y de inversión– quienes deben averiguar (...)».

⁵⁶ M.P.: F. Marín Castán.

⁵⁷ Así lo reflejó la S.T.S. 241/2013, de 9 de mayo (§§ 143 y 144): el conocimiento de una cláusula «no excluye su naturaleza de condición general y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentidas e incorporadas al contrato», pues «el conocimiento de una cláusula –sea o no condición general o condición particular– es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias –singularmente para el imponente– no obligaría a ninguna de las partes».

refiere a que la redacción deberá ajustarse a los criterios de «*transparencia*, claridad, concreción y sencillez» y el art. 80.1 T.R.-L.G.D.C.U. apela a que la cláusula tiene que tener «posibilidad de *comprensión* directa»).

Y aquí es donde se inserta un constructo doctrinal, siempre debatido, en relación con el consentimiento en los contratos en masa: en tanto que en términos generales, en relación con las condiciones generales de la contratación (o con las cláusulas de adhesión no negociadas) el consumidor no emite un auténtico *consentimiento* en el sentido genuino del Código civil (un consentimiento basado en la *negociación*), sino que simplemente *se adhiere* al contenido contractual, *en cambio respecto a los elementos esenciales* de ese mismo contrato de adhesión (precio/contraprestación) *si habría un auténtico consentimiento*, pues no sólo son la base imprescindible del contrato en sí (art. 1261 C.C.), sino que podría entenderse –en la citada concepción– que han sido realmente *negociados*. De ahí el fundamento de evaluar el consentimiento (vía *transparencia*) en relación con los elementos esenciales del contrato. Ahora bien, la *negociación* en este ámbito se cifra no en un intercambio de ofertas y contraofertas en el proceso de formación del contrato entre esas concretas partes (como ocurre en el ámbito del Código civil), sino más bien en la posibilidad de «negociar» en el mercado, es decir, buscar y aceptar una oferta distinta (otro precio sobre el mismo o similar objeto) de un oferente/predisponente distinto. Este presupuesto sobre en qué estriba «negociar» llevó hace unos años a que se planteara una y otra vez ante los tribunales si las condiciones generales sobre elementos esenciales eran realmente «condiciones generales» por haber sido «negociadas»⁵⁸; superado ese escollo en sentido afirmativo –son tan condiciones generales como el resto, pues están igualmente predispuestas e impuestas–, queda el examen *ad casum* acerca de si esas cláusulas sobre el objeto principal del contrato fueron o no *negociadas* en el sentido genuino del Código civil, pues cuando el consumidor «no haya podido influir sobre su contenido» (art. 3.2 Directiva) no habrá existido *negociación* y cuando sí hubo esa oportunidad, culminara o no el cambio de esa cláusula o de otras, se entenderá que existió *negociación* y, en consecuencia, no será aplicable el régimen de protección de los consumidores sobre cláusulas abusivas (ni, por ende, el control de *transparencia*), sino, en su caso, el régimen nacional sobre los vicios del consentimiento. La cuestión de cuándo ha existido *negociación* en estos contratos de adhesión ha sido abordada una y otra vez por los tribunales como *prius* para entrar a evaluar la aplicación de esta normativa de consumo; diversos supuestos limítrofes parecen estar ahora ya bien delimitados: por todas, una de las sentencias más certeras en sintetizar esos logros jurisprudenciales es la S.T.S. (Pleno) 265/2015, de 22 abril 2015⁵⁹, a donde cabe remitirse ahora.

En este punto, la novedad que representa la S.T.S. 171/2017, de 9 de marzo es que se dio por plenamente probado que existió auténtica *negociación* de la cláusula suelo entre las partes contratantes (hasta el punto de rebajar su porcentaje), pero en lugar de, por las razones ya expuestas, declarar simplemente que en tal caso, salvo prueba de error-vicio en el consentimiento, la cláusula era válida, su validez se predicó de la *transparencia*, porque el consumidor la conocía, la comprendió y la consintió. Y en esa simbiosis o fusión entre *transparencia* y *negociación* (inexacta, pues no siempre se habrá negociado lo que el consumidor comprendió a la perfección) es donde radica el nuevo maridaje entre *transparencia* y error como vicio del consentimiento, un control subjetivo que no parece compadecerse del todo bien con el tinte objetivo que el art. 4.2 de la Directiva da al control de *transparencia*: no se producirá la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato «siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible» (cláusulas comprensibles en una contratación estandarizada, no consumidor más avezado e informado que comprendió lo que otros en circunstancias similares no).

8. Conclusión.

El examen anterior demuestra que se han producido algunos cambios oportunos e imprescindibles en la naturaleza y requisitos del control de *transparencia*, como el carácter retroactivo de la ineficacia de la cláusula suelo no transparente (considerada abusiva) *ex* S.T.S. 123/2017, de 24 de febrero y sus secuelas (SS.T.S. 247/2017, 248/2017 y 249/2017, de 20 de abril, así como la S.T.S. 334/2017, de 25 de mayo), o la matización

⁵⁸ Entre las últimas que aún hubieron de abordar la cuestión –tantas veces resuelta con la distinción entre la libertad de contratar y la libertad de fijar el contenido contractual–, puede verse la omnipresente S.T.S. 241/2013 citada en la nota anterior.

⁵⁹ M.P.: R. Sarazá Jimena, F.D. 3.º

de que no es preciso mencionar y verificar los seis parámetros o requisitos de transparencia fijados en la S.T.S. 241/2013, de 9 de mayo, para colegir el carácter transparente de una cláusula suelo si ésta resultaba comprensible a la luz de las circunstancias probadas en el caso, según aporta la S.T.S. 171/2017, de 9 de marzo; o, por último, el sentido de la «buena fe» por parte de la entidad financiera, en el sentido de haber predispuerto una cláusula de manera que en una auténtica negociación leal que no existió un consumidor razonable la hubiera aceptado, lo cual nada tiene que ver con si la entidad financiera disponía o no de previsiones certeras sobre la evolución de los tipos de interés (S.T.S. 334/2017, de 25 de marzo).

Sin embargo, en el interés bienintencionado de la S.T.S. 171/2017, de 9 de marzo (asunto «Caja Rural de Teruel») por hallar la justicia del caso concreto y atajar una tendencia jurisprudencial proclive a sancionar el carácter no transparente de la mayoría de las cláusulas suelo por faltar cualesquiera requisitos informativos, el Tribunal Supremo ha generado mutaciones adicionales en el entendimiento del control de transparencia hasta la fecha: por una parte, al dar un valor relevante a «otros medios» de acreditar la exigencia de que la cláusula no pasara inadvertida al consumidor y éste comprendiese su carga jurídica y económica (medios extradocumentales, como la declaración del notario que autoriza la operación), el Tribunal Supremo comienza a transformar una transparencia hasta ahora objetiva, basada en el cumplimiento de deberes de información precontractual, en una transparencia subjetiva, centrada en la evaluación de la comprensión y consentimiento de un concreto consumidor, que aproxima (discutiblemente) falta de transparencia tanto a vicio de consentimiento como a falta de negociación; por otra parte, esa novedad se complementa con otra afirmación acerca de la diferencia de comprobación de la transparencia en procesos derivados de acciones individuales y de acciones de cesación colectivas. *Si ya asistimos en su día al desdoblamiento de dos transparencias (formal/material), ahora estamos a punto de contemplar una nueva mitosis del control de transparencia material, según se impetre mediante una acción individual o mediante una acción colectiva, con su correspondiente sesgo subjetivo u objetivo en cada caso.* El siguiente paso podrá ser, al enfocar el punto de mira hacia el consentimiento efectivo, tomar en consideración la formación, experiencia, capacidad negociadora y otras circunstancias del consumidor concreto que se adhirió al contrato, cuando dichos factores, según el T.S. y el T.J.U.E., hasta la fecha son y deben ser irrelevantes en el control de transparencia (abusividad) del consumidor que actúa fuera de su ámbito profesional, según la noción legal que define los sujetos incluidos en esta protección especial. Además, por último, el nuevo entendimiento del *control de transparencia como abusividad ponderada (y no directa)* que, por ahora queda cristalizada y cerrada para las cláusulas suelo al fijar, para todas ellas, en qué consiste el desequilibrio de derechos y obligaciones que comportan, *se deja en cambio abierto para otras estipulaciones* (S.T.S. 334/2017, de 25 de mayo), como no podía ser de otra forma; quién sabe en qué acabará al evaluar la transparencia de otras cláusulas definitorias de objetos principales de diversos contratos (pertenezcan también a la contratación bancaria o a otros sectores de la contratación como los seguros, transportes, compraventa de inmuebles, etc.). Seguimos en construcción, pues.