

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 367/2016, de 3 de junio [ROJ: STS 2550/2016]

NULIDAD DE CLÁUSULAS SUELO EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS: NO APLICACIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA QUALIFICADO A ADHERENTES NO CONSUMIDORES

Al igual que en los anteriores pronunciamientos sobre cláusulas suelo, se trata de una Sentencia del Pleno del TS y, por tanto, con la capacidad de crear por sí sola jurisprudencia. En concreto, la STS 367/2016, de la cual ha sido ponente el magistrado Pedro José Vela Torres, sienta como doctrina que el llamado segundo control de transparencia o control de transparencia cualificado, diferente del mero control de inclusión, no se extiende a los contratos de adhesión en los que el adherente no tiene la condición de consumidor.

Como hechos destacables, la demandante había suscrito un contrato de préstamo con garantía hipotecaria por importe de 1.230.000 euros para financiar la adquisición de un local para la instalación de una oficina de farmacia. En él se contenía una cláusula de limitación de variabilidad del tipo de interés, disponiendo que, en todo caso, el tipo resultante de las revisiones no podría ser inferior al 4,45% nominal anual. Formuló una demanda contra la entidad bancaria, en la que solicitó la nulidad de la cláusula suelo. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y ordenó la eliminación de la cláusula litigiosa del contrato, atendiendo a que el control de incorporación de las condiciones generales se extiende a cualquier cláusula, con independencia de que el adherente sea consumidor, y al hecho de que no estaba acreditado que la prestataria fuera consciente de la operatividad de la cláusula.

La Audiencia Provincial estimó el recurso interpuesto por la entidad prestamista, tras confirmar la calificación de la demandante como no consumidora. Consideró que la información ofrecida a la prestataria había sido suficiente, que no se trataba de una cláusula ilegible, ambigua e incomprensible, y que el denominado doble control de transparencia únicamente era aplicable en contratos con consumidores. Planteado recurso de casación por la demandante en atención al interés casacional de la cuestión, es desestimado. A la desestimación del recurso contribuye el no haberse discutido que la cláusula supera el control de incorporación, en cuanto a su comprensibilidad gramatical, y que se declara probado que hubo negociaciones entre las partes, que la prestataria fue informada de la cláusula suelo y que se le advirtió de su funcionamiento y consecuencias –base fáctica de la que se ha de partir al no haberse sostenido recurso de infracción procesal–.

Ha de partirse de la doctrina jurisprudencial en materia de cláusulas suelo, sentada a partir de la conocida STS de 9 de mayo de 2013 –y el Auto TS de aclaración de 10 de junio de 2013–, junto a la STS núm. 139/2015, de 25 de marzo, relativa al alcance del efecto restitutorio de los contratos con cláusulas suelo declaradas abusivas. Se caracterizan por introducir un moderno deber de transparencia, dando lugar al denominado

doble control de transparencia, o control de fondo sobre la comprensibilidad real del clausulado, que se suma al control de inclusión, que sería un control más formal sobre la claridad y legibilidad del clausulado. Ha sido reafirmado posteriormente por las SSTs de 8 de septiembre de 2014, 23 de marzo de 2015 –entre otras–, y consagrado por la STSJUE de 26 de febrero de 2015.

También ha de tenerse en cuenta que tal argumentación fue necesaria, dado que las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato y forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, por lo que no podía cuestionarse directamente su abusividad, en atención al artículo 4.2 de la Directiva 93/13, que no permite el control de abusividad de las cláusulas que sean definitorias del objeto principal del contrato, «siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible».

Como aspectos claves, la Sentencia recuerda que el TS tiene declarado que el control de transparencia supone que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen inopinadamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Es decir, que provocan una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del 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.

Lo consagra la STJUE de 23 de febrero de 2015 al señalar que la moderna configuración del control de transparencia exige que el consumidor conozca y comprenda las consecuencias jurídicas de aquellas cláusulas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, afecten a las prestaciones o elementos básicos del contrato en orden a la comprensibilidad, tanto de la carga económica que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume el consumidor en los aspectos básicos que se deriven del objeto y ejecución del mismo. Por ello, ya se viene advirtiendo la conveniencia de incluir este control en el RDLeg. 1/2007, TRLGDCU.

También destaca el TS que este control de transparencia, diferente del mero control de inclusión,

está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y TS, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Y que el artículo 4.2 de la Directiva 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 obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

Y concluye que, precisamente, esta aproximación entre transparencia y abusividad es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor. «Y no corresponde a los tribunales la configuración de un “tertium genus” que no ha sido establecido legislativamente, dado que no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa».

Gran interés tiene el voto particular que emite el magistrado Francisco Javier Orduña Moreno, con el que coincidimos, el cual contiene un certero análisis del papel que ha de cumplir el control de transparencia. No cuestiona el fallo y la desestimación del recurso de casación, dado que se llegó a la conclusión de que el clausulado fue negociado, sino que mantiene la discrepancia con la fundamentación que la sentencia desarrolla para justificar, con carácter general, la no extensión del control de transparencia a la contratación bajo condiciones generales entre empresarios. Carece de sentido dejar sin la protección que deriva de la aplicación del control de transparencia a los pequeños empresarios, dado que asumen una idéntica posición negocial que los consumidores, la de ser meros adherentes de una reglamentación predispuesta por la entidad financiera.

Se cuestiona el criterio de la Sentencia de calificar el examen de fondo o de comprensibilidad real del clausulado como un segundo control o un control de transparencia cualificado, distinto del control de incorporación, que en realidad constituye un control de abusividad que ha de quedar reservado a la esfera de los consumidores. Hay que estar de acuerdo en que el control de transparencia ha de reconducirse hacia el control de incorporación, dado que éste no puede escindirse y aplicarse sólo formalmente a los efectos de examinar el carácter predispuesto y su mera inteligibilidad gramatical, sino que comprende el control de fondo de la transparencia como comprensibilidad real del clausulado. El presupuesto de aplicación en este control de incorporación, al igual que el control de transparencia, no es otro que el carácter predispuesto de la reglamentación y la posición de inferioridad del adherente.

Por otra parte, también se destaca la imprecisión técnica en la que incurre la sentencia de la Sala al asimilar los conceptos de transparencia y abusividad: el concepto de transparencia responde necesariamente al objeto de dicho control, al enjuiciamiento de la comprensibilidad real del clausulado predispuesto. Por lo que la abusividad es siempre la calificación de la cláusula predispuesta, y la transparencia el instrumento o parámetro que permite llegar a dicha calificación.

Lo cierto es que hasta el momento, si bien el TS había tendido a justificar el control de transparencia en el plano del control de abusividad de la cláusula, no obstante, se ha hecho dejando claro que dicho control de transparencia representa una vertiente diferenciada en el control de abusividad y, por tanto, distinta del juicio de abusividad por falta de contenido o desequilibrio patrimonial, supuesto que realmente queda excluido para los adherentes que no sean consumidores.

Por ello, lo relevante de esta sentencia es que, por primera vez, la doctrina jurisprudencial se pronuncia expresamente sobre la asimilación entre el control de transparencia y el concepto de abusividad, a los efectos de excluir dicho control de la contratación entre empresarios bajo condiciones generales, manteniendo un criterio restrictivo que ha de ser criticado.

José Antonio MARTÍN PÉREZ
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Salamanca
jamp@usal.es