



A S O C I A C I O N
DE JUEGES Y MAGISTRADOS
FRANCISCO DE VITORIA



BOLETÍN DIGITAL
NÚMERO ESPECIAL
MONOGRÁFICO
DERECHO CIVIL

Nº 10 DICIEMBRE
2016

EDICIÓN: AJFV

MAQUETADO Y
DISTRIBUCIÓN:
Secretaría AJFV

DIRECCIÓN:
COMITÉ NACIONAL

COORDINACIÓN:
Natalia Velilla Antolín



Santander
JUSTICIA



Sanitas

BREVE HISTORIA DE LA CLÁUSULA SUELO

Jaime Anta González

Magistrado

Juzgado de Primera Instancia nº 2

Santander

Diciembre 2016

BREVE HISTORIA DE LA CLÁUSULA SUELO

Jaime-Francisco Anta González. Magistrado

Ante la notable expectación que ha generado la noticia de que en breve tiempo, el 21/12/2016, el TJUE tiene anunciado dar a conocer su muy esperada sentencia sobre la cláusula suelo parece oportuno revisar el curioso periplo que han experimentado en nuestro derecho tanto la misma cláusula suelo como el control de transparencia de cláusulas predispuestas a que se le asocia.

Este último instituto, nacido en el Derecho Alemán, encuentra un punto de expansión clave cuando se promulga la Directiva 93/13/CEE, de absorbente protagonismo en los últimos tiempos. Lo cierto es que aunque esta Directiva tiene un fuerte sesgo intervencionista (si se quiere superador del dogma contractual) pretende equilibrarse arbitrando dos cláusulas de cierre, plasmadas una en su artículo 1.2, al dejar fuera del control de contenido (control de abusividad, como ahora se dice, un término novedoso nunca antes usado en el uso forense) las cláusulas que reflejen disposiciones legales (imperativas y dispositivas) y la otra, en lo que viene al caso, en su artículo 4.2, según el cual no pueden ser objeto de control de contenido las cláusulas contractuales relativas a la definición (o descripción) del objeto principal o la relación calidad/precio, salvo (ahí está el *quid*) que se redacten de manera clara y transparente. Es la llamada cláusula de exclusión, marco en que se insertan el control de transparencia y la cláusula suelo.

Sin duda que la incorporación a nuestro derecho de esta cláusula y con ella del control de transparencia tiene un lugar muy destacado pero, por la manera en que se ha producido, ha creado un escenario caracterizado por una notable, y siempre dañina, inseguridad jurídica.

¿Y cómo se ha llegado a ese contexto que se supone zanjará la esperada STJUE? Quizás un repaso a su historia, que este artículo pretende abordar, aporte alguna clave, aunque se adelanta un diagnóstico: la culpa es de un legislador torpe y un abordaje jurisprudencial desventajoso.

Lo primero es indiscutible. La historia, bien conocida, la cuenta magnífica y amenamente el gran especialista SERGIO CÁMARA LAPUENTE (*El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, Aranzadi 2006) y tiene su momento clave cuando, en sede parlamentaria, se discute el texto de la Ley 7/1998, de condiciones generales de la contratación, y el mismo Diputado que momentos antes cuestionaba una enmienda (nº 71) que pretendía no incorporar el artículo 4.2 vota a favor de ella, así que, respecto al trascendental artículo 4.2 de la Directiva 93/13, ocurre que hay tres tipos de países en la Unión Europea:

1/ Estados que intencionadamente no lo incorporan porque prefieren una regulación de corte más social, con los jueces controlando los precios, como sucede singularmente con los países escandinavos. 2/ Los que conscientemente o bien lo transponen o entienden que no hacía falta (con mayor o menor fortuna, porque Holanda sufre una condena en sentencia del 10/5/2001 al estimar el TJUE insuficiente una asimilación jurisprudencial del deber de transparencia). 3/ En categoría única, España que, queriendo incorporar el artículo, no lo hace.

Y aún más insólito: se desaprovechan tres oportunidades (Ley 44/2006, TR 1/2007, Ley 3/2004) de subsanar este dislate.

Este el punto de arranque al que cabe atribuir un buen porcentaje de culpa y es además el contexto que afronta la Sala 1ª de nuestro Tribunal Supremo cuando dicta su famosa STS de Pleno nº

241/2013, solo que lo hace de un modo tal que, desafortunadamente, ha generado más inseguridad que antes.

Tras un período confuso en que son objeto de control de contenido cláusulas contractuales relativas al precio (sucede con los redondeos en contratos hipotecarios y de aparcamiento) el TS se hace cargo del problema que había generado un legislador negligente y como primera medida suscita su primera cuestión prejudicial ante el TJUE que da lugar a la STJUE *Caja Madrid* de 3/6/2000, C-484/08, aunque lo cierto es que no resulta ser una iniciativa afortunada y termina añadiendo más confusión.

Es así porque el Tribunal Supremo, tras conceptuar la cláusula de redondeo como afectante a un elemento esencial (más tarde rectificará), da al TJUE indicaciones que llevan al Tribunal europeo a pensar que en nuestro Derecho cabe el control judicial de precios (al fin y al cabo no se había transpuesto el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE) al punto en que el TJUE así lo proclama en un pronunciamiento invasivo e inquietante.

Consciente de este preocupante frente el TS aprovecha el recurso de Ausbanc sobre la cláusula suelo para poner orden con dos aportaciones de indudable calado y acertado criterio:

1/ Al profundizar en el criterio que ya había expresado en su STS de 18/6/2012 excluyendo el control judicial de los precios desarrollando una suerte de transposición jurisprudencial del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE. 2/ Al sumar, junto al control de incorporación y el control de contenido, un tercer género, el control de transparencia que se concibe como comprensibilidad real y no sólo formal o gramatical tanto de la carga jurídica como económica de la cláusula suelo.

Cierto es que el Abogado General le niega ese mérito en sus Conclusiones sobre el caso C-154/15, que es donde el TJUE está llamado a revisar la doctrina del TS, pero en este punto el Sr. Mengozzi es injusto. A la luz de las Conclusiones del Abogado General en el caso *Kásler*, C-26/13, se ve que el TS se adelantó al TJUE. Otra cosa es esta interpretación del TS en sí sea novedosa porque no lo es. El primero fue el Tribunal Federal Alemán en 1988.

Ahora bien, pese a esos y otros aciertos y al intenso desempeño desarrollado con su STS de Pleno nº 241/2013 y en las posteriores sentencias que han abordado el asunto, la mayoría plenarias (STS nº 464/2014, nº 138/2015, nº 139/2015, nº 222/2015, nº 705/2015, nº 367/2016 y nº 483/2016), la Sala 1ª no logra despejar el panorama y se llega a generar un escenario de insólita incerteza y, aunque no todas las razones, le son achacables entre ellas está que, a junto a los aciertos sume soluciones que no son convincentes o entrañan desventajas:

1/ En un primer paso considerar al suelo como elemento esencial del contrato cuando, como lúcidamente advierte, el especialista SERGIO CÁMARA LAPUENTE, no toda cláusula que afecta al precio, guarda relación a él o se refiere a él forma parte del objeto *principal* del contrato (porque la fórmula del artículo 4.2 deja fuera de control no el objeto ni el precio en sí sino la definición o descripción del objeto *principal* o la adecuación del precio con el bien o servicio prestado), idea más en consonancia con la interpretación restrictiva que merece esta categoría de acuerdo con la STJUE *Kásler y Karlene Rabai* de 30/4/2014. Si verdaderamente fuera esencial el contrato no podría subsistir sin la cláusula suelo. Y es que hay una fundamental diferencia entre la cláusula suelo y la relativa al tipo de cambio que estudia la STJUE *Kásler*. Si necesariamente tiene que haber un tipo de cambio no ocurre igual con el suelo, que es elemento tan adventicio que sin él el préstamo persiste, e incluso como préstamo a interés variable.

2/ Dar por bueno un amplio control de oficio en el ámbito de un recurso, además extraordinario, cuando la posterior STJUE *Erika Jorós* 30/5/2013 lo proclama pero con un importante matiz: según las reglas procesales internas, que en España siguen siendo las que son. Es una apuesta discutible y poco definida.

3/ Ubicar el control de transparencia en el de contenido y además conforme la tesis de la abusividad directa que postula que si la cláusula es intransparente es abusiva sin precisar mayor inquisición acogiendo el argumento del profesor PERTINEZ VILCHES de que el desequilibrio consiste en haber perdido la oportunidad de elegir una mejor oferta. De nuevo CÁMARA LAPUENTE nos recuerda que en la doctrina y jurisprudencia alemanas esta es una tesis anticuada y ahora prevalece la de la abusividad ponderada (esto es, que si es intransparente *puede* que sea abusiva si así resulta de la valoración de las demás circunstancias del artículo 4.1 de la Directiva 93/13) y que su inserción en el control de incorporación (lo propio, la cláusula suelo no es cuestionable en sí y lo que ha ocurrido es que se ha incorporado indebidamente) era factible y más ventajosa.

4/ Limitar los efectos de la nulidad por intransparencia, pese a asimilarla a abusividad, a la publicación de una sentencia.

A pocos días de conocer la definitiva solución a esta última polémica y aunque todo apunta a que el criterio del TS sobrevivirá a su revisión por el TJUE se entiende su puesta en cuestión. Los argumentos son débiles (en el fondo uno solo: un apodíctico efecto pandémico para la economía nacional) y la solución, al asimilar dos causas de nulidad (por intransparencia y por abusividad) para otorgarles efectos dispares, extraña. Y por eso, por más que el TJUE la valide, que lo hará, ateniéndose a las Conclusiones del Abogado General, no se entiende:

1/ Que el TS no hubiera planteado cuestión, lo que el Sr. Mengozzi reprocha. 2/ Que aunque el Derecho de la Unión no haya fijado las consecuencias de la nulidad por intransparencia y que estas no tengan por qué pasar necesariamente por la nulidad de la cláusula afectada no sea sino esta la solución acorde con el Derecho español, que es lo que el Sr. Mengozzi piensa y así afirma. 3/ Que, contrariamente a lo que ocurre en Europa, se haya creado una institución de control sólo aplicable a los contratos con consumidores (STS nº 367/2016) corolario tan lógico de las premisas que antes había sentado el TS como desventajoso porque entre empresarios también pueden darse las mismas razones que fundamentan el nuevo Derecho de consumo: cláusulas predispuestas y desigualdad. 4/ Que se sostenga que el control de transparencia se proyecta únicamente sobre los elementos esenciales (STS nº 483/2016) cuando el TJUE ha afirmado (sentencias *Invitel* 26/4/2012, *Kásler* 30/4/2014, *Matei* 25/2/2015) justo lo contrario de forma repetida y clara.

Y, en definitiva, si los jueces civiles últimamente nos vemos enfrentados a dos ordenamientos (Derecho nacional y Derecho de la Unión) cada uno con un ámbito de aplicación propio y si las relaciones de esos órdenes se rigen según una regla de competencia, que no jerárquica, según la cual en el ámbito de aplicación de la norma de la Unión la norma nacional (¿también su interpretación?) es desplazada por aquella (efecto directo y primacía) no se entiende muy bien que dos órganos superiores (TS y TJUE) interpreten de forma dispar una misma institución, no cuando la aplican en un mismo ámbito: cláusulas predispuestas.

Si ese escenario persiste es bien posible que ni siquiera la STJUE sobre la cláusula suelo logren despejar las dudas que hay.