

CLÁUSULAS ABUSIVAS

Inexistencia de falta de transparencia

[STS, Sala de lo Civil, núm. 669/2017, de 14 de diciembre, recurso: 1394/2016. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres. Presidente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán.](#)

Requisitos para poder hablar de una condición general de la contratación – Control de transparencia de la cláusula de interés variable referenciada al IRPH – Voto particular formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco Javier Orduña Moreno, y al que se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas (sinopsis de Fernando Zunzunegui e Ignacio Martín).

Requisitos para poder hablar de una condición general de la contratación: “[...] Como puso de manifiesto la sentencia del pleno de esta sala 241/2013, de 9 de mayo, la exégesis del art. 1 LCGC lleva a concluir que los requisitos para ser condición general de la contratación son los siguientes: a) Contractualidad: se trata de «cláusulas contractuales» y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión. b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, por lo que no es fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular, en el caso de los contratos de adhesión. c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes. Aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato no pueda obtenerse más que mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula. d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin, ya que se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse. [...] **2.-** Aunque en principio resulte lógico que una cláusula que afecta al objeto principal del contrato, como es el interés remuneratorio (el precio de la operación), se incluya como una condición particular, es posible que una cláusula que se refiere al objeto principal del contrato se haya incluido en el clausulado general y se configure como una condición general de la contratación (por ejemplo, en el caso de la cláusula suelo). En este sentido, la sentencia 222/2015, de 29 de abril, indica: «[...] Que la cláusula de un contrato celebrado con un consumidor regule un elemento esencial del contrato no obsta a que tenga la consideración legal de condición general de la contratación si concurren los requisitos para ello (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad), ni la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 1993/93/CEE ni de las normas de Derecho interno que la transponen, como es el caso de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el TRLCU. »Esta cuestión fue ya resuelta en la STJUE de 10 de mayo de 2001, asunto C- 144/99, caso "Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos". La legislación holandesa no permitía el control de contenido por falta de transparencia, ni la interpretación "contra proferentem" (que se prevén en los citados arts. 4.2 y 5 de la Directiva) de las condiciones generales relativas a los elementos esenciales del contrato, porque el artículo 231 del libro VI del "Burgerlijk Wetboek" (Código Civil holandés) excluía del concepto de condiciones generales aquellas que tuvieran por objeto las "prestaciones esenciales", que por tanto estaban sometidas al régimen general de ineficacia contractual de los contratos por negociación. Pues bien, el Tribunal de Justicia, en la citada sentencia, entendió que Holanda había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 93/13 /CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al no haber adoptado las disposiciones legales,

reglamentarias y administrativas necesarias para garantizar la adaptación completa del Derecho neerlandés no sólo al art. 5 de la Directiva (interpretación "contra proferentem"), sino también al artículo 4.2 de la citada Directiva (posibilidad de tal control de abusividad si hay una falta de transparencia en esas condiciones generales reguladoras de las prestaciones esenciales)». **3.-** Igualmente, en la sentencia 166/2014, de 7 de abril, también afirmamos la posibilidad de que una cláusula que recae sobre el objeto principal del contrato no haya sido objeto de negociación individual. Para que pueda existir negociación individual, como mínimo, ambas partes habrán de tener capacidad de influir en la configuración del contrato, aunque ello no signifique que efectivamente se haya influido en la fijación de la cláusula. Desde esta perspectiva, la propia noción de negociación individual tiene difícil encaje en los contratos de consumo, en los que el consumidor no tiene capacidad para modificar el clausulado predispuesto que le ofrece el empresario. [...] Además, como resaltamos en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo, y 265/2015, de 22 de abril, el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas conforme a cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio. Cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a la cual vea rechazado su intento de negociar. Tampoco es obstáculo a la aplicación del régimen jurídico de las condiciones generales que haya varios empresarios o profesionales que oferten los servicios o productos demandados por el consumidor, porque no es preciso que exista una posición monopolística del predisponente para que las cláusulas de los contratos que celebra con los consumidores puedan ser consideradas como no negociadas. **4.-** En consecuencia, como conceptualmente no es imposible que una cláusula en la que se establece el interés remuneratorio de un contrato de préstamo sea una condición general de la contratación, y como no consta que la que aquí nos ocupa fuera negociada individualmente, debe considerarse que tiene tal cualidad de condición general, en tanto que reúne todos y cada uno de los requisitos que hemos visto que son necesarios para su calificación como tal. **5.-** Así lo ha considerado también el TJUE en diversas sentencias relacionadas con intereses remuneratorios de préstamos a consumidores, por ejemplo en materia de cláusula suelo [...] o de hipoteca multidivisa [...].”

Control de transparencia de la cláusula de interés variable referenciada al IRPH:

“[...] **3.-** Como reconoce la propia sentencia recurrida, no puede controlarse judicialmente el carácter abusivo de una condición general de la contratación cuando la misma responda a una disposición administrativa supletoria, ya que en estos casos el control sobre el equilibrio entre las obligaciones y derechos de las partes viene garantizado por la intervención de la administración pública, siempre y cuando su contenido no haya sido modificado contractualmente. Lo que tiene como consecuencia que, en el marco de una acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación, no pueda valorarse el modo en el que se ha fijado un índice de referencia legalmente predeterminado, ni quepa analizar si ese índice puede ser manipulado por las entidades financieras, o si en la configuración del índice se han podido tener en cuenta elementos, datos o factores no adecuados. Tampoco cabe ponderar el grado de incidencia o influencia de las entidades financieras en la concreta determinación del índice. Todos estos factores los fiscalizan los órganos reguladores de la administración pública. [...] Solamente puede controlarse que la condición general de la contratación por la que se incluye en un contrato con consumidores esa disposición o previsión legal esté redactada de un modo claro y comprensible y sea transparente. Para lo cual, ha de tenerse en cuenta, como ya se ha dicho, que el interés remuneratorio es el precio del contrato de préstamo. En consecuencia, las cláusulas que se refieren al modo de determinación del interés remuneratorio afectan a los elementos esenciales del contrato que determinan su objeto principal [...]. [...] **6.-** En cuanto al control de transparencia, postulado por el demandante y realizado por la sentencia recurrida, se dice que el mismo obligaba a la prestamista a: (i) explicar cómo se configuraba el tipo de referencia, cómo había evolucionado y cómo podría evolucionar en el futuro; (ii) poner en relación el tipo de referencia elegido con otros tipos legalmente previstos; y (iii) ofrecer al prestatario la posibilidad de elección entre los diversos tipos existentes en el mercado. Como veremos a continuación, estos requerimientos no eran exigibles. En la antes citada sentencia 367/2017, de 8 de junio, así como en la 593/2017, de 7

de noviembre, definimos el control de transparencia respecto de las cláusulas que afectan a elementos esenciales del contrato, al decir: «4.- [...] además del filtro de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato. Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo. »5.- A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se facilitó al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula». [...] 8.- En consecuencia, para determinar la transparencia de la cláusula que incorpora el índice de referencia (IRPH-Entidades) habrá que ver si el consumidor era consciente, porque había sido informado, de que esa cláusula configuraba un elemento esencial, así como la manera en que se calculaba el interés variable. Dado el carácter esencial de la propia cláusula, no cabe considerar que el consumidor no se apercibiera de su importancia económica y jurídica y que pudiera conocer que el interés resultante en dicho periodo se calculaba mediante la aplicación de un índice oficial consistente en una media de los índices hipotecarios de todas las entidades que actuaban en España al que se sumaba un margen o diferencial. Al tratarse de índices oficiales utilizados por las diversas entidades financieras en sus ofertas comerciales, resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo del interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas en un elemento tan esencial como el propio precepto del préstamo. 9.- Igualmente, no se puede obligar a una entidad financiera a utilizar u ofrecer varios de los índices oficiales, por la misma razón que no se le puede exigir que únicamente ofrezca tipos fijos o solo tipos variables. Ni era exigible a la entidad prestamista una explicación pormenorizada del modo en que se determina el índice de referencia, porque su elaboración estaba bajo la supervisión del Banco de España. Además, en este caso, la mención del índice no se hacía siquiera mediante una denominación que pudiera resultar desconocida para el consumidor, sino mediante su definición básica, que resultaba ilustrativa: «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de entidades de crédito». [...] 14.- Como consecuencia de todo lo expuesto, el segundo motivo de casación debe ser estimado, porque la cláusula controvertida superaba el control de transparencia. Y al no apreciarlo así, la Audiencia Provincial infringe los arts. 80.1 y 82 TRLGCU y 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Lo que le lleva, no solo a anular y expulsar del contrato la cláusula de interés remuneratorio, sino incluso a dejar el préstamo sin interés (ni siquiera sobrevive el diferencial del 0,50%), como si se tratara de un préstamo usurario [...].”

Voto particular formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco Javier Orduña Moreno, y al que se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas: “[...] 2. Contexto valorativo de la discrepancia. Conforme a lo anteriormente expuesto, y dado que la sentencia entra en el fondo de la cuestión, es decir, en el control de transparencia del tipo o índice de referencia relativo al IRPH-Entidades, fundamentos de derecho quinto y sexto, la razón de nuestra discrepancia que justifica el presente voto particular radica en la «aplicación» que realiza la sentencia del control de transparencia. En nuestra opinión, esta aplicación o proyección del control de transparencia que realiza la

sentencia, con relación a la validez de la cláusula predispuesta por la que el profesional utiliza o incluye el índice de referencia, no se ajusta a los parámetros y contenido que la doctrina jurisprudencial del TJUE ha establecido para proceder, correctamente, a la aplicación del control de transparencia. En este sentido, si se analiza con atención la argumentación de la sentencia se observa que llega a la conclusión de que la «mera referencia a un tipo o índice oficial no supone falta de transparencia», esto es, con otros términos, que la aplicación del control de transparencia en el presente caso comporta que la utilización de este índice de referencia oficial sea suficiente, por sí solo, para superar dicho control, sin que resulte exigible al profesional predisponente ninguna otra información al respecto. Lo que supone, a su vez, en puridad y de forma inversa a lo que hemos señalado acerca de los distintos planos normativos a considerar, que en los supuestos de referencia a estos índices oficiales el plano de la disposición legal o administrativa de dichos índices no sólo se superpone al plano sustantivo del control de transparencia, sino que acaba por «integrarlo» o «subsumirlo». [...] Con estos argumentos, la sentencia alcanza la conclusión señalada de que la mera referenciación a un índice oficial no supone falta de transparencia, pues el adherente puede conocer, sin especiales esfuerzos, cuál es el índice de referencia que resultará aplicado, entre los autorizados legalmente, y el precio del préstamo de manera sencilla, al sumar el índice y el diferencial; fundamento de derecho sexto, apartado 9 in fine y apartado 11, segundo párrafo. En nuestra opinión, la proyección del control de transparencia que realiza la sentencia, simplificándolo en atención a criterios de valoración que reconducen, presumen o alteran el contenido de dicho control resulta no ajustada a derecho [...]. **2.1. Extensión del control de transparencia.** [...] Por lo que a los efectos del presente caso, resulta incorrecto, tal y como hace la sentencia, «limitar» el control de transparencia hacia formulaciones más amplias y genéricas del IRPH-Entidades, como su reconducción al concepto de intereses remuneratorios del préstamo, o a la mera composición descriptiva del interés variable, formulaciones que desatienden o no reflejan tanto la importancia o incidencia que tiene este índice de referencia para valorar el alcance del compromiso que realmente asume el consumidor, como la «dificultad» o «complejidad implícita» de dicho elemento y, en consecuencia, la posibilidad de facilitar o procurar la correcta comprensión por parte del adherente. En segundo lugar, también hay que resaltar que esta extensión del control de transparencia no sólo es cuantitativa, respecto del análisis de todos los elementos relevantes, sino también «temporal». Es decir, como señalan la SSTJUE de 21 de marzo de 2013, caso RWE Vertrieb, C-92/11, la citada sentencia de 30 de abril de 2014, y la más reciente de 20 de septiembre de 2017, caso Andriuc y otros, C-186/16, dicha extensión debe alcanzar a todas las fases de formación del contrato, con especial atención a la denominada fase precontractual; en donde la información que se le debe suministrar al consumidor reviste una importancia fundamental para que este pueda valorar correctamente el alcance del compromiso que va a asumir con la celebración del contrato. En el presente caso, ha resultado acreditado que el profesional «no suministró» información específica acerca de la peculiar configuración del índice IRPH-Entidades y de su funcionamiento concreto en el contrato ofertado, tanto en la fase precontractual, como en las fases de perfección y ejecución del contrato [...]. **TERCERO.-** En virtud de todo lo razonado anteriormente, y centrándonos en la exigencia de transparencia, la aplicación del control de transparencia debía haber comportado la declaración de abusividad de la cláusula objeto de la presente litis y, en consecuencia, la estimación parcial del recurso de casación en el sentido de que declarada la abusividad de la cláusula, conforme a la sentencia de esta sala 608/2017, de 15 de diciembre, el índice de referencia que resultaría aplicable sería el Euríbor, lo que conllevaría la no imposición de costas del recurso de casación y las consecuencias que se deriven en las costas de las instancias arts. 394 y 398 LEC [...].”

[Texto completo de la sentencia](#)
