

CLÁUSULA SUELO «NEGOCIADA» CON CONSUMIDORES*

Sheila Martínez Gómez
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 5 de julio de 2022

I. STS núm. 366/2022 de 4 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:1720)

1. Antecedentes

El 14 de julio de 2017, D. Erasmo y D.^a Crescencia formularon demanda de juicio ordinario contra Banco Popular por incluir, sin información previa y de manera oculta, una cláusula de limitación a la variabilidad del interés pactado en la escritura de compraventa y subrogación hipotecaria, solicitando, por ende, la declaración de abusividad por falta de transparencia.

La demanda fue desestimada íntegramente por el JPII n.º 2 de Ciudad Real al considerar que, si bien la cláusula suelo no superaba los cánones de transparencia, no podía estimarse abusiva porque el establecimiento de un suelo del 1,90% y de un techo del 4,40% «denota, sin lugar a dudas, y pese al escaso esfuerzo probatorio desplegado por la entidad demandada, la constitución de un crédito con garantía hipotecaria negociado en beneficio de los prestatarios, *como pone de manifiesto la simple comparación de lo pactado con las*

* Trabajo realizado en el marco del Contrato con referencia 2022-COB-10927 con cargo a la Ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha” (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana; en el marco de la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2021-GRIN31309, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco" (GIPAC) y del Proyecto de Investigación PID2021-128913NB-I00, del Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social: seguimiento y avances”, del que son investigadores principales el profesor Ángel Carrasco Perera y la profesora Encarna Cordero Lobato, conforme a la resolución provisional de fecha 23 de junio de 2022.



cláusulas suelo-techo aplicadas en cientos de contratos similares. Por ello, atendiendo a las obligaciones pactadas, se entiende que no hay desequilibrio relevante e importante entre las prestaciones de ambas partes... ».

Recurrida la sentencia de primera instancia por los prestatarios, la AP de Ciudad Real dictó sentencia núm. 98/2018 de 11 de abril¹ en la que desestimó el recurso de apelación, si bien por motivos diferentes a los acogidos por el Juzgado, pues consideró que la cláusula superaba el control de transparencia por haber sido negociada (!). Concretamente, señaló que «... *la presente cláusula es transparente en cuanto que ha sido negociada*, de ahí que la misma resulte transparente no atendiendo al posible desequilibrio como más adelante se dirá que no existe, sino a la base de la negociación de las cláusulas negociadas, *y entendemos que lo es así en tanto que si examinamos la cláusula suelo esta tiene un límite nominal de 1,90% lo que ya resulta muy inferior al resto de las cláusulas recogidas en otras escrituras de préstamos hipotecarios, donde es habitual que no sea inferior a 3 o 3,50%*. [Por ello], y a pesar de que no se haya aportado oferta vinculante ni la realización de otros posibles escenarios, debemos llegar a la conclusión que sí hubo negociación».

Ante este pronunciamiento, los prestatarios interpusieron (i) un recurso extraordinario por infracción procesal, alegando la vulneración del art. 386.1 LEC por cuanto la sentencia recurrida utiliza la presunción judicial y considera probado la existencia de negociaciones entre las partes en base a que la cláusula suelo es muy inferior al resto de cláusulas conocidas por el tribunal, incurriendo en un error patente en la valoración de la prueba; y (ii) un recurso de casación por infracción del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE y la pacífica jurisprudencia sobre el contenido y alcance del control de transparencia material en las cláusulas suelo al declarar la sentencia recurrida que la cláusula de limitación a la variabilidad del interés pactado es transparente a pesar de reconocer la ausencia total de información precontractual.

2. Pronunciamiento del Supremo

Después de rechazar el recurso extraordinario por infracción procesal al considerar que, sobre la base de que el límite mínimo de variabilidad fijado en la cláusula suelo del 1,90% era un límite muy inferior al utilizado habitualmente para operaciones de préstamo similares (límite habitual que la Audiencia cifra entre el 3% y el 3,5%), e igualmente era muy inferior al usual el límite máximo de variabilidad pactado en el contrato (el 4,40%),

¹ ECLI:ES:APCR:2018:344.



«la conclusión que alcanza el tribunal de apelación al apreciar la certeza, como hecho presunto, de la existencia de una negociación entre las partes sobre la cláusula litigiosa, en beneficio de los prestatarios, sólo podría ser cuestionada, por la vía de un recurso extraordinario de infracción procesal, afirmando que la apreciación de dicha certeza, por la existencia de un "enlace preciso y directo" entre los hechos probados o admitidos y el hecho presunto, constituye, conforme a las reglas de la sana crítica, un error notorio y patente, o una arbitrariedad, lo que no cabe sostener (...) en un caso como el presente en el que la conclusión de la existencia de una negociación se infiere del hecho de que los límites a la variabilidad pactados, tanto mínimo como máximo, son notoriamente inferiores a los habituales en el mercado», procede a desestimar el único motivo de casación con base en los siguientes motivos:

«1.- Como hemos dicho en otras ocasiones, por ejemplo, en la sentencia 222/2015, de 29 de abril, para que las cláusulas de los contratos celebrados con consumidores puedan ser anuladas por abusivas es requisito imprescindible que constituyan condiciones generales de la contratación, esto es, cláusulas contractuales predispuestas, impuestas en tanto que no negociadas, y destinadas a una pluralidad de contratos. O, cuanto menos, que se trate de cláusulas no negociadas, aunque falte el último de los requisitos indicados. Así resulta del art. 3 de la Directiva 1993/13/CEE y de los arts. 80 y siguientes del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, encuadrados en el capítulo titulado como "cláusulas no negociadas individualmente".

Si se tratara de una cláusula negociada, tal circunstancia excluiría la posibilidad de realizar un control de abusividad como el pretendido por los demandantes.

2.- Conforme al art. 3.2 de la Directiva 93/13, debe entenderse que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente por el profesional y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, tal como sucede, en particular, en el caso de los contratos de adhesión. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que es una cláusula no negociada individualmente aquella que está redactada con vistas a una utilización generalizada (sentencia de 15 de enero de 2015, Siba, C-537/13, EU:C:2015:14, apartado 31).

Como hemos dicho reiteradamente, para que se dé el requisito de la generalidad de las condiciones generales de la contratación, 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.

3.- La Audiencia, a la vista de las concretas circunstancias del caso, concluyó que la cláusula litigiosa había sido negociada individualmente por las partes contratantes.



Partiendo de esta base fáctica, que ha quedado incólume tras resolver el recurso extraordinario por infracción procesal, y que en esta sede casacional resulta intangible, al aplicar la jurisprudencia reseñada debemos desestimar el recurso, pues el motivo combate exclusivamente el pronunciamiento sobre el carácter transparente de la cláusula suelo, por lo que deja al margen de su impugnación el fundamento decisorio esencial de la sentencia de apelación, la verdadera ratio decidendi de la decisión de la Audiencia, basada fundamentalmente en el carácter negociado de la cláusula impugnada.

[...]

Aunque la Audiencia concluyó que la cláusula suelo no sólo había sido negociada y que no era abusiva, sino que también la consideró transparente, discrepar de este último extremo carece de efecto útil en el ámbito de este recurso, pues una cláusula negociada individualmente, en cualquier caso, no podría ser anulada por abusividad».

II. Comentario

Es más que sabido que, tras la transposición de la Directiva 93/13/CEE a nuestro ordenamiento jurídico, para que las cláusulas insertas en contratos celebrados con consumidores puedan ser anuladas por abusivas es requisito *sine qua non* que sean condiciones generales de la contratación (arts. 1.1 y 8.2 LCGC) o cláusulas no negociadas individualmente (art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE y art. 82.1 TRLGDCU), de manera que, *a contrario sensu*, el carácter negociado de una cláusula excluye la posibilidad de someterla al control de validez del TRLGDCU [STS núm. 740/2021 de 2 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:3970)].

Precisamente, el carácter negociado de una cláusula debe ser probado por el profesional o empresario, si bien, y a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la *transparencia material*, donde el TS² y el propio TJUE³ han determinado que para que una cláusula suelo se repute transparente es necesario, con carácter general⁴, que el consumidor haya recibido, con antelación suficiente a la firma del contrato, información relativa a la

² SSTS núm. 654/2017 de 1 de diciembre (ECLI:ES:TS:2017:4260); núm. 247/2019 de 6 de mayo (ECLI:ES:TS:2019:1441); núm. 334/2020 de 22 de junio (ECLI:ES:TS:2020:2069) y núm. 68/2021 de 9 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:384).

³ SSTJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso *Matei* (ECLI:EU:C:2015:127); de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso *Van Hove* (ECLI:EU:C:2015:262); y de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, caso *Gutiérrez Naranjo* (ECLI:EU:C:2016:980).

⁴ Falta de transparencia incluso existiendo información precontractual. *Vid.* SSTS núm. 433/2019 de 17 de julio (ECLI:ES:TS:2019:2503); núm. 516/2020 de 8 de octubre (ECLI:ES:TS:2020:3134) y núm. 539/2019 de 11 de octubre (ECLI:ES:TS:2019:3138), entre otras.



cláusula suelo a fin de que pueda conocer su existencia, transcendencia e incidencia en la ejecución del contrato y, por ende, pueda tomar una decisión con pleno conocimiento de causa, en el ámbito de la *negociación* no existen pautas que determinen qué hay que hacer para que una cláusula suelo revista el carácter de negociada.

Lo que sí se ha dicho es que para que una cláusula se repute fruto de una negociación y quede excluida del control de transparencia y abusividad, no basta con la posibilidad real del consumidor de escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación⁵, ni con «incluir en el contrato predispuesto un epígrafe de “condiciones particulares” o menciones estereotipadas y predispuestas que afirmen su carácter negociado (...), ni tampoco con afirmar sin más en el litigio que la cláusula fue negociada individualmente, [siendo] preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que llevaron a que la cláusula fuera negociada individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y responde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario... » (STS 222/2015 de 29 de abril, FJ 7º, apdo. 5)⁶.

Además, y en lo que aquí interesa, el criterio de la generalidad (*ex art. 1 LCGC*) resulta irrelevante a efectos de negociación de una cláusula, pudiendo existir una cláusula no negociada en un contrato de adhesión particular. Así lo entiende la doctrina⁷ y el propio Supremo, que determinó -en la ya citada sentencia 222/2015 de 29 de abril- que el requisito de la generalidad «[e]s en realidad innecesario (...) por cuanto que para que pueda realizarse el control de abusividad de una cláusula de un contrato celebrado con un consumidor basta que no haya sido negociada individualmente (art. 82.1 y 2 TRLCU), sin que sea imprescindible que tenga el carácter de condición general de la contratación

⁵ SSTS núm. 649/2017 de 29 de noviembre (ECLI:ES:TS:2017:4265); núm. 489/2018 de 13 de septiembre (ECLI:ES:TS:2018:3098); núm. 422/2019 de 16 de julio (ECLI:ES:TS:2019:2345); y núm. 10/2021 de 18 de enero (ECLI:ES:TS:2021:127), entre otras.

⁶ ECLI:ES:TS:2015:2207.

⁷ CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, 3ª ed., Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021, págs. 854 y 865; BUSTO LAGO, J.M., ÁLVAREZ LATA, N., y PEÑA LÓPEZ, F.: «Condiciones generales de los contratos, cláusulas predispuestas no negociadas individualmente y cláusulas abusivas. Régimen jurídico y controles aplicables a las estipulaciones no negociadas con el consumidor», en *Reclamaciones de Consumo. Derecho de Consumo desde la Perspectiva del Consumidor*, 3ª ed., Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pág. 2 (extracto del libro consultado a través de la base de datos Aranzadi: <https://insignis.aranzadidigital.es/maf/app/search/template?stnew=true&stid=all>); ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales», *Anuario jurídico de La Rioja*, núm. 4/1998, págs. 65 y 66.



en el sentido de que sea utilizada de un modo general en la contratación, pues puede encontrarse en un contrato de adhesión que no tenga un uso generalizado. En todo caso, resulta notorio que este tipo de cláusulas son utilizadas de modo general por las empresas y profesionales de estos sectores de la contratación (de hecho, la redacción de esta cláusula es la de una de las condiciones generales de la contratación que fue objeto de la acción colectiva sobre la que versó nuestra sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo). No es necesario que la cláusula sea utilizada en todos los contratos que el profesional o empresario celebra con consumidores (sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, apartado 149). Pueden existir varios modelos de cláusulas que se utilicen en los diversos contratos, por variadas razones» (FJ 9º, apdo. 4).

Basta con que se esté ante una cláusula predispuesta (prerredactada) e impuesta al adherente para que se le aplique el control de contenido. Y ello con independencia de si ha sido redactada con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, lo cual resultará relevante a los efectos de aplicar, no solo el control de validez contemplado en el TRLGDCU, sino también las normas de la LCGC.

Por todo cuanto antecede, la reciente STS núm. 366/2022 de 4 de mayo resulta ser un sinsentido. Y no solo porque, después de citar la también STS núm. 222/2015 de 29 de abril (*vid supra*), acepta como hecho que la cláusula suelo litigiosa fue considerada como negociada por la SAP de Ciudad Real núm. 98/2018 de 11 de abril por ser notoriamente inferior a las ofrecidas a la generalidad de los consumidores, sino también porque con esta doctrina serían negociadas muchas rebajas de cláusula suelo, dado que una misma entidad firmaba rebajas diferentes (*v.gr.* Ibercaja Banco⁸).

⁸ Reducciones **del 4,25%** al 2,75% (STS 292/2022 de 5 de abril, ECLI:ES:TS:2022:1393), al 2,5% (STS 288/2022 de 5 de abril, ECLI:ES:TS:2022:1391) o al 2,35% (STS 386/2022 de 10 de mayo, ECLI:ES:TS:2022:1853); **del 4%** al 3% (STS 375/2022 de 5 de mayo, ECLI:ES:TS:2022:1781) o al 2,75% (STS 374/2022 de 5 de mayo, ECLI:ES:TS:2022:1792); **del 3,75%** al 3% (STS 371/2022 de 4 de mayo, ECLI:ES:TS:2022:1788), al 2,75% (STS 388/2022 de 10 de mayo, ECLI:ES:TS:2022:1854) o al 2,5% (STS 368/2022 de 4 de mayo, ECLI:ES:TS:2022:1779); **del 3,50%** al 2,75% (249/2022 de 29 de marzo, ECLI:ES:TS:2022:1301) o al 2,50% (STS 291/2022 de 5 de abril, ECLI:ES:TS:2022:1395); **del 3%** al 2,25% (STS 274/2022 de 30 de marzo, ECLI:ES:TS:2022:1315) o al 2% (STS 286/2022 de 4 de abril, ECLI:ES:TS:2022:1390); **del 2,50%** a su completa eliminación (STS 372/2022 de 4 de mayo, ECLI:ES:TS:2022:1789).