

El control de transparencia (material) en la cláusula suelo: su análisis a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, de la doctrina científica española, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹

NIEVES FENOY PICÓN
Prof. Titular Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

Ejercitada una acción colectiva de cesación de cláusula suelo (condición general) en préstamo hipotecario a interés variable celebrado con consumidores, en su S. 1.ª; P, 09.05.2013, el Tribunal Supremo aplicó un control de transparencia, independiente del control de incorporación, y declaró nulas las cláusulas suelo de las que conoció. Fue una sentencia emblemática, que generó un gran debate entre nuestros autores. Entre otros extremos, el Tribunal Supremo consideró que la cláusula suelo formaba parte del objeto principal del contrato. Según el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal, si aquellas se redactaron de modo claro y comprensible. El legislador español no ha transpuesto expresamente dicho artículo 4.2 y este silencio legislativo, junto con otros datos, ha dado lugar a distintas interpretaciones del Derecho nacional.

La primera temática del trabajo versa sobre el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE: su origen, cómo se ha entendido incorporado al Derecho español y con qué su alcance, la existencia de algunas propuestas jurídicas para su expresa incorporación al Derecho español, y la oportuna doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia. Con el rango de segunda temática, expongo las distintas tesis de los autores, y sus argumentos, acerca de cómo han de controlarse las cláusulas sobre los elementos esenciales (objeto prin-

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación «Remedios no fundados en el incumplimiento contractual y fundados en el incumplimiento. Aproximación de dos sistemas» (DER 2017-84947-P) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

cial) del contrato celebrado con condiciones generales, cuando no son transparentes. Aplicando el control de transparencia, distinto del de inclusión, el TS no actuó en el vacío, pues tuvo en cuenta a cierta doctrina. La tercera temática del trabajo consiste en exponer la jurisprudencia del Tribunal Supremo, desde la citada STS, 1.ª, P, 09.05.2013 hasta el año 2017, lo que permite percibir su evolución y pronunciamientos (cómo progresivamente y con una mayor nitidez perfila el control de transparencia, cómo entiende que incide la sentencia estimatoria de una acción colectiva en el posterior ejercicio de la acción individual del consumidor; la exigencia de la transparencia en las subrogación y novación del préstamo hipotecario). Como cuarta temática, demandada la regulación del control de transparencia, expongo, al respecto, una Proposición de ley del Grupo Parlamentario socialista de 2017, cuyas reglas no sorprenden a esas alturas del trabajo y, dado que el Tribunal Supremo se ha pronunciado, en diversas ocasiones, sobre el papel del notario en el cumplimiento de la exigencia de transparencia, expongo la oportuna regulación del Proyecto de Ley regulador de los contratos de crédito inmobiliario de 2017. Acabo el trabajo con unas conclusiones y consideraciones finales.

PALABRAS CLAVE

Artículos 4.2 Dir 93/13/CEE y 60, 80.1 y 82 TRLGDCU; cláusula suelo en préstamo hipotecario a interés variable; contrato con consumidores y con condiciones generales; control de transparencia y objeto principal del contrato; acción colectiva de cesación, acción individual del consumidor, y su relación; control de transparencia y propuestas de regulación; error vicio y control de transparencia.

ABSTRACT

As a result of the bringing of a collective action for injunction against floor clauses (general condition) included in variable interest rate mortgage loans entered into with consumers, the Supreme Court, in its Decision, 1st, P, 09.05.2013, also applied transparency controls, additionally to the control of incorporation, and declared null and void the floor clauses that had been submitted for its consideration. This ruling became emblematic and raised discussions among our scholars. Amongst other things, the Supreme Court considered that floor clauses formed part of the main subject matter of the contract. According to article 4.2 of Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, the assessment of the unfair nature of the terms shall not relate to the definition of the main subject matter of the contract, in so far as such terms were formulated in plain intelligible language. Spanish Lawmakers have not expressly transposed article 4.2, and that silence of the legislation, along with other circumstances, has led to different interpretations of the National Law.

The first topic of this paper relates to article 4.2 of Directive 93/13/EEC: its origin, how - and to what extent - it has supposedly been incorporated into the Spanish Law system, the existence of certain legal proposals that argue for its inclusion in the Spanish Law and the relevant case law expressed by the Court of Justice. As a second topic, I will outline the different views maintained by the authors and their arguments regarding the way in which the

terms concerning the essential elements (main subject matter) of a contract which includes general terms and conditions should be controlled, when such terms are not transparent. The application of the transparency control by the Supreme Court, in addition to the control of inclusion, did not mean in any way that the Court has acted in a vacuum, since certain legal doctrines have been taken into consideration. The third topic addressed in this paper will consist of presenting the case law issued by the Supreme Court, beginning with the aforementioned STS, 1.ª, P, 09.05.2013 and up to year 2017, which will allow to perceive its evolution and decisions (how such case law has gradually and more clearly defined transparency control, and how, according to it, a favourable ruling on a collective action influences the subsequent exercise of individual actions lodged by consumers, the requirement of transparency in case of subrogation and novation of the mortgage loan). As a fourth topic, and considering the voices in favour of a regulation of the transparency control, I will introduce in this respect a Bill proposed by the Socialist Group in 2017, whose content should not be surprising at this point of the paper and, since the Supreme Court has several times had occasion to rule on the role played by the Notary Public in the fulfilment of the transparency requirement, I also mention the relevant rules included in the Bill presented in 2017, intended to regulate real estate loan agreements. The paper ends with some conclusions and final considerations.

KEYWORDS

Articles 4.2 of Directive 93/13/EEC and 60, 80.1 and 82 TRLGDCU; floor clause in variable interest rate mortgage loans; consumer contracts that include general terms and conditions; transparency control and main subject matter of the contract; collective action for injunction, individual actions lodged by consumers and relationship between them; transparency control and proposals for regulation; mistake and transparency control.

SUMARIO: 1. *El objeto del trabajo y el orden en su exposición.*–2. *El artículo 4.2 Dir 93/13/CEE.* 2.1 El artículo 4.2 Dir 93/13/CEE: su presentación y el lejano antecedente del Derecho alemán. 2.2 La incorporación del artículo 4.2 Dir 93/13/CEE al Derecho español: cómo se ha realizado y con qué alcance. 2.3 Algunos textos jurídicos que expresamente recogen el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE. 2.4 La jurisprudencia del TJ sobre el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE.–3. *El control de los elementos esenciales del contrato celebrado con condiciones generales de la contratación y con consumidores en el derecho español y según la doctrina científica.* 3.1 El control de transparencia, la contradicción con la buena fe, y el desequilibrio. 3.1.1 Miquel González. 3.1.2 Pertíñez Vílchez. 3.1.3 Moreno García. 3.1.4 Cañizares Laso. 3.1.5 Vázquez Muñia. 3.2 El control de incorporación. 3.2.1 Cámara Lapuente. 3.2.2 González Pacanowska. 3.3 El control del consentimiento del consumidor (dolo incidental del empresario). 3.3.1 Alfaro Águila-Real. 3.3.2 Pantaleón Prieto. 3.4 El control de las cláusulas sorprendentes. 3.4.1 Agüero Ortiz. 3.4.2 Miranda Serrano. 3.5 El especial deber de configuración contractual del predisponente sobre la comprensión real del consumidor y su infracción. 3.5.1 Orduña Moreno.–4. *El TS y la exigencia de transparencia en la cláusula suelo.* 4.1 La STS, 1.ª, P, 09.05.2013 (Pte Excmo Sr D Rafael Gimeno-

Bayón Cobos; acción colectiva). 4.2 La STS, 1.^a P, 08.09.2014 (Pte Excmo Sr D Francisco Javier Orduña Moreno; Voto particular Excmo Sr D Ignacio Sancho Gargallo; acciones individuales). 4.3 La STS, 1.^a P, 24.03.2015 (Pte Excmo Sr D Rafael Saraza Jimena; acción colectiva). 4.4 La STS, 1.^a P, 25.03.2015 (Pte Excmo Sr D Eduardo Baena Ruiz; Voto particular Excmo Sr D Francisco Javier Orduña Moreno, y adhesión Excmo Sr D Xabier O'Callaghan Muñoz; acción individual). 4.5 La STS, 1.^a P, 29.04.2015 (Excmo Sr D Rafael Saraza Jimena; Voto particular Excmo Sr D Francisco Javier Orduña Moreno; acción individual). 4.6 La STS, 1.^a P, 23.12.2015 (Pte Excmo Sr D Pedro José Vela Torres; Voto particular Excmo Sr D Francisco Javier Orduña Moreno; acción colectiva). 4.7 La STS, 1.^a P, 24.02.2017 (Pte Excmo Sr D Pedro José Vela Torres; acción individual). 4.8 La STS, 1.^a P, 09.03.2017 (Pte Excmo Sr D Ignacio Sancho Gargallo; acción individual). 4.9 La STS, 1.^a P, 25.05.2017 (Pte Excmo Sr D Ignacio Sancho Gargallo; acciones individuales). 4.10 La STS, 1.^a P, 08.06.2017 (Pte Excmo Sr D Rafael Saraza Jimena; acción individual). 4.11 La STS, 1.^a P, 24.11.2017 (Pte Excmo Sr D Ignacio Sancho Gargallo; acción individual). 4.12 La STS, 1.^a P, 24.11.2017 (Pte Excmo Sr D Rafael Saraza Jimena; acción individual). 4.13 La STS, 1.^a P, 01.12.2017 (Pte Excmo Sr D Francisco Javier Orduña Moreno; acción individual; núm. de resolución 655/2017). 4.14 La STS, 1.^a P, 01.12.2017 (Pte Excmo Sr D Francisco Javier Orduña Moreno; acción individual; núm. de resolución 654/2017).—5. *Textos jurídicos que, de aprobarse, regularían el control de transparencia como derecho positivo nacional*. 5.1 El control de transparencia de la PTGPS. 5.2 La función del notario y la transparencia en el PLCCI.—6. *Conclusiones y consideraciones finales sobre la exigencia, al predisponente, de la transparencia sobre los elementos esenciales del contrato, frente al consumidor.—Sentencias.—Bibliografía*.

1. EL OBJETO DEL TRABAJO Y EL ORDEN EN SU EXPOSICIÓN

[1] Análizo la exigencia de *transparencia material* (o transparencia)² para la cláusula suelo —límite mínimo a la variabilidad del tipo de interés— inserta en *préstamo hipotecario a interés variable*³ celebrado con consumidores y con condiciones generales de la contratación⁴. Para ello, comienzo exponiendo diversos

² Frente a la transparencia formal o control de incorporación. En el trabajo empleo los términos control de incorporación (o incorporación) y control de transparencia material (o transparencia).

³ Sobre el interés remuneratorio a tipo variable (pp. 389-445, 489-494) y las cláusulas suelo y techo (pp. 461-472): ORDÁS ALONSO (2014); para la cláusula suelo (y techo): MORENO GARCÍA (2015) pp. 49-57.

⁴ GONZÁLEZ PACANOWSKA: «[...] cabe distinguir tres supuestos en cuanto a la disciplina aplicable a las cláusulas contractuales en contratos en los que intervengan empresarios o entre éstos y los consumidores. La contratación entre empresarios con condiciones generales, que se rige por la LCGC. La contratación entre empresarios y

aspectos relativos al artículo 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*⁵ [Dir 93/13/CEE; *infra* apartado (ap.) 2]. Luego, hago referencia a las distintas tesis, para el Derecho español, sobre el modo de controlar los elementos esenciales del contrato celebrado con condiciones generales de la contratación (*infra* ap. 3). Después, expongo la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) sobre la exigencia de transparencia para la cláusula suelo (*infra* ap. 4). A continuación, trato de dos textos jurídicos que, si llegaran a ser ley, regularían la transparencia (ap. 5). Y finalizo con unas reflexiones finales, en las que tengo presente al error vicio del consentimiento (*infra* ap. 6).

2. EL ARTÍCULO 4.2 DIR 93/13/CEE

[2] Primero analizo diversos aspectos del citado precepto y acabo este apartado 2 del trabajo, exponiendo la oportuna jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJ).

2.1 EL ARTÍCULO 4.2 DIR 93/13/CEE: SU PRESENTACIÓN Y EL LEJANO ANTECEDENTE DEL DERECHO ALEMÁN

[3] El artículo 4.2 Dir 93/13/CEE se refiere, entre otras cláusulas, a las que versan sobre la definición del objeto principal del contrato, y exige que su redacción sea clara y comprensible (transparencia):

«La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»⁶.

consumidores con condiciones generales, en cuyo caso habrá que atender tanto a la LCGC como a los artículos 80 a 91 del TRLGDCU, conforme a lo dispuesto en el artículo 59.3 TRLGDCU. Finalmente, las cláusulas no negociadas individualmente pero incorporadas por el empresario al contrato con el consumidor a las que no alcanzaría lo dispuesto en la LCGC, sino, únicamente, el TRLGDCU; lo que plantea algunas disfunciones [...]» [«Artículo 80 TRLGDCU» (2015) p. 1031]. Para la transparencia en contratos celebrados entre empresarios y en relación con la cláusula suelo: *infra* [54] [A] y notas 244, 245.

⁵ DOCE, L, 21.04.1993; posteriormente se incorporó a dicha Directiva un artículo 8 bis (transcrito *infra* nota 28 párrafo II). Para una visión general de la Dir 93/13/CEE, con la oportuna doctrina del Tribunal de Justicia, CARBALLO FIDALGO (2013) pp. 21-40.

⁶ Sobre las razones de la norma, CÁMARA LAPUENTE (2006) p. 19. Según el Considerando 19 Dir 93/13/CEE: «Considerando que, a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto

Por su parte, el artículo 5, primera regla, Dir 93/13/CEE se refiere a los contratos por escrito y exige que su redacción sea clara y comprensible (transparencia):

«En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible»⁷.

[4] El artículo 4.2 Dir 93/13/CEE no se encontraba en la *Propuesta de Directiva de 1990*, ni en la de 1992⁸ y su inclusión respondió a la influencia del Derecho alemán⁹. En este Derecho, de

principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio; que de ello se desprende, entre otras cosas, que en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor».

⁷ Artículo 5, segunda y tercera reglas, Dir 93/13/CEE: «En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Esta norma de interpretación no será aplicable en el marco de los procedimientos que establece el apartado 2 del artículo 7 de la presente Directiva». Según el Considerando 20 Dir 93/13/CEE: «Considerando que los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas y que, en caso de duda, deberá prevalecer la interpretación más favorable al consumidor». Según el artículo 7 Dir 93/13/CEE: «1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores./ 2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas./ 3. Los recursos mencionados en el apartado 2 podrán dirigirse, respetando la legislación nacional, por separado o conjuntamente contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden que se utilicen las mismas cláusulas contractuales generales o cláusulas similares».

⁸ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) p. 119; v. hasta p. 121. V. además GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Artículo 7 LCGC» (1999) núm. 19 pp. 246-247.

⁹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) pp. 54-55, además pp. 113, 119; CÁMARA LAPUENTE (2006) pp. 17-19, y AAMN (2015) p. 563; GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Artículo 82 TRLGDCU» (2015) pp. 1129-1130; según esta última autora: «La redacción definitiva del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 sería [...] una solución de compromiso entre dos visiones distintas: la más amplia de protección del consumidor ante cualquier contenido abusivo, por un lado, y la confianza en el efecto depurador y corrector del mercado por el libre juego de la competencia, de otro. La descripción del objeto y la adecuación económica entre el precio y su contraprestación no se somete al juicio de abusividad siempre que su redacción sea clara y comprensible. Si son transparentes, no se priva al consumidor de la selección consciente y se evita excesiva injerencia en lo que debe dejarse al libre juego de la oferta y de la demanda en aras a preservar un “núcleo esencial de autonomía de la voluntad”. Las opciones indeseables terminarán expulsadas por el juego de la competencia pues, se supone, los consumidores informados tomarán decisiones económicamente racionales y eficientes y provocarán el destierro de las ofertas que, gracias a la claridad de la información, se revelan como una mala opción o carecen de ventajas frente a los competidores».

acuerdo con el (entonces vigente) § 8 AGBG 1976, *del control de contenido se excluían la cláusulas relativas al precio y a la determinación de la prestación* (cláusulas de contenido económico), *siendo sometidas al control de incorporación* (§ 2 AGBG), *al de las cláusulas sorprendentes* (§ 3 AGBG) *y a la interpretación contra proferentem* (§ 5 AGBG)¹⁰. Ahora bien, el *Bundesgerichtshof* (BGH) consideró que el deber de transparencia (*Transparengebot*) se infringía, si el predisponente alteraba subrepticamente, a través de una condición general inadvertida para el cliente, «el equilibrio entre el precio y la contraprestación y la principal novedad es que las consecuencias del incumplimiento de este deber de transparencia, trascienden el ámbito formal y se proyectan sobre el control de contenido del § 9 de la AGB-G, por ser la falta de transparencia

(pp. 1130-1131). V. además GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Artículo 7 LCGC» (1999) núm. 24 p. 248 y núm. 26 p. 249.

Sobre «[1]a exclusión relativa al precio y al objeto del contrato (apartado 2 del artículo 4)» (cursiva, negrita en el original), en el *Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* de 27.04.2000 [COM(2000) 248 final] se apuntó que «[u]na gran parte de los Estados miembros no incorporó esta limitación relativa al ámbito de aplicación (DK, EL, E, L, FIN, P y S), sin que tampoco en este caso se plantearan problemas de aplicación práctica [cursiva, negrita en el original]. La adopción de la Directiva no entrañó revisiones de precio ni modificaciones del fondo de los contratos por parte de los tribunales de estos Estados miembros, como auguraban algunos especialistas y medios profesionales. En efecto, en la inmensa mayoría de los casos, ni el precio propiamente dicho, que viene fijado en función de las condiciones de la competencia, ni las cláusulas que se refieren de manera clara y comprensiva a la definición del objeto del contrato plantean en sí mismos problemas que deban ser resueltos mediante la aplicación de las cláusulas abusivas. Su exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva plantea, no obstante, problemas de interpretación que ponen en entredicho la correcta aplicación del texto./ Las cláusulas relativas al precio, en efecto, están sometidas al control previsto en la Directiva ya que la exclusión se refiere exclusivamente a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o los bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra. Las cláusulas por las que se estipulan el método de cálculo o las modalidades de modificación del precio entran, por tanto, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva./ Por lo que se refiere al objeto del contrato, su exclusión de la Directiva no contribuye en modo alguno a la resolución de algunos casos en los que este elemento reviste una importancia decisiva. El sector de los seguros constituye un ejemplo paradigmático: ¿cómo determinar si la exclusión de un determinado riesgo de la cobertura del seguro es una cláusula relativa al objeto del contrato –y no está, por lo tanto, sometida a control– o si se trata de una cláusula de exclusión de responsabilidad sujeta a la Directiva?/ Pregunta núm. 1: ¿Es necesario prever la supresión de las tres limitaciones mencionadas en relación con el ámbito de aplicación de la Directiva o, al menos, de algunas de ellas? En caso de respuesta afirmativa, ¿cuáles y, en su caso, en qué condiciones?» (pp. 15-16). V. el Considerando 19 Dir 93/13/CEE (*supra* nota 6), el artículo 8 *bis* Dir 93/13/CEE (incorporado en 2011 a la Dir 93/13/CEE, *infra* nota 28 párrafo II) y la *S del Tribunal de Justicia, 1.ª, 03.06.2010*, en relación con el Derecho español y el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE [*infra* [7] a) y oportunas notas a pie de página, en particular la nota 28].

Por último, sobre la constante influencia de la doctrina alemana en el tratamiento de las condiciones generales de la contratación, ALFARO ÁGUILA-REAL, *Almacén de Derecho* (2017) pp. 13-14; CÁMARA LAPUENTE, *AAMN* (2015) pp. 590-592 e *InDret* (2017) p. 9 [texto reproducido *infra* [10] k] y p. 14.

¹⁰ PERTIÑEZ VÍLchez (2004) pp. 113-114; CÁMARA LAPUENTE (2006) pp. 26-28.

instrumental a un perjuicio irrazonable [...], dando lugar a la categoría de cláusulas irrazonables o abusivas por falta de transparencia, lo que supone una quiebra de la tradicional distinción entre el control formal y el control de contenido de las condiciones generales. Como ha señalado WESTERMANN, a partir de esta nueva Jurisprudencia, el principio de transparencia de las condiciones generales se sitúa por encima de las categorías conocidas del control de inclusión y control de contenido, como una regla que aúna el control de claridad y el de razonabilidad» (mayúsculas del original)¹¹.

Siguiendo las explicaciones de Pertíñez Vílchez, el origen del *Transparenzgebot* se encuentra en las siguientes sentencias (SS) del BGH.

a) *Sentencia (S) del BGH 24.11.1988.*—En un contrato de crédito hipotecario, resultaba de la combinación de dos cláusulas, que «los intereses [del préstamo] eran calculados anualmente, mientras que la liquidación era trimestral, por lo que en cada trimestre se pagaba en concepto de intereses una cuarta parte del interés calculado anualmente, lo que implica que a lo largo de todo un año se debía satisfacer la misma cantidad en concepto de intereses a pesar de que el capital pendiente de amortizar menguara trimestralmente»¹². Según el BGH, la cláusula no era «incomprensible, ni inesperada, ni oscura», ni «contravenía ningún acuerdo individual conforme al § 4 AGB-G, que recogía la regla de la prevalencia de los acuerdos individuales frente a las condiciones generales, porque la cláusula no establecía un tipo de interés distinto del pactado, sino que sólo contenía un factor para su cálculo. Superado el control formal, el único camino para considerar ineficaz la cláusula era el control de contenido del § 9, pero para ello se hacía preciso salvar el escollo que representaba el § 8. El BGH reconoció que el § 8 excluye del control de contenido las cláusulas relativas a las prestaciones principales del contrato (*Hauptleistung*), porque su establecimiento es fruto del acuerdo de las partes y no hay ninguna regulación legal sobre precios, pero excepciona de esta exclusión los acuerdos accesorios (*Preisnebenabreden o Nebenbestimmungen*), que sin definir directamente el objeto principal y su

¹¹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) p. 114; además: «La elaboración del deber de transparencia en la redacción de las condiciones generales, como un categoría única y autónoma, es mérito de la Jurisprudencia del BGH alemán, que lo ha definido como un deber impuesto por la buena fe al predisponente, de describir los derechos y obligaciones de las partes del contrato de la manera más clara posible. Este deber de transparencia (*Transparenzgebot*) se concreta en una obligación de claridad (*Klarheit*), comprensibilidad (*Verständlichkeit*), perceptibilidad (*Durchschaubarkeit*), e inequívocidad (*Eindeutigkeit*) en la redacción de las condiciones, de destacar especialmente las cláusulas de contenido imprevisible o sorprendente y, además, de no alterar subrepticamente mediante condiciones generales oscuras, la redacción entre el precio y contraprestación del contrato que ha sido objeto de consentimiento» (p. 32; sobre el deber de transparencia, pp. 31-44, pero v. hasta p. 46; para el deber de transparencia en el Derecho español desde 1984 (LGDCU en su redacción originaria) hasta 2004 y su opinión, pp. 56-77; y a fecha de 2011, *infra* nota 103). V. además GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Artículo 7 LCGC» (1999) núm. 23, pp. 247-248.

¹² PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) p. 115.

adecuación con el precio, inciden en su cálculo o determinación, pues a diferencia de cuanto ocurre con las cláusulas que contienen la descripción del precio o de la prestación, en caso de que falte una regulación contractual sobre estos acuerdos accesorios, los mismos pueden ser sustituidos por el derecho dispositivo. Es decir, no todas las cláusulas relativas a la determinación de las prestaciones principales quedan excluidas del control de contenido, es preciso establecer una distinción entre las cláusulas que directamente fijan el precio o describen la prestación, que no suponen una derogación del derecho dispositivo y, por lo tanto, quedan excluidas del control de contenido, y las cláusulas accesorias, que simplemente influyen en el cálculo o en la determinación del precio o de la prestación principal, que puede ser sustituidas por el derecho dispositivo y por lo tanto sí quedan sujetas al control de contenido»¹³.

Para el caso, el *BGH* consideró que la condición general formaba parte «de los acuerdos accesorios sobre el precio y por lo tanto sujetos al control de contenido» y que «perjudica[ba] al prestatario», pues su regulación suponía «una subida del interés efectivo», y ese perjuicio era contrario a la buena fe, dado que esta última obliga a «describir los derechos y obligaciones del adherente de la forma más clara y visible posible, es decir, un deber de transparencia, que tiene una especial significación respecto de las cláusulas que inciden en la determinación del precio, puesto que la buena fe exige que el cliente conozca las repercusiones que una cláusula tenga sobre el precio o la prestación, ya que sólo cuando el cliente conoce con exactitud el montante total del precio y su relación con la prestación puede elegir libremente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado»; el «deber de transparencia derivado de la buena fe exige que la entidad de crédito elabore sus condiciones generales de tal manera que el aumento de precio o el efecto más perjudicial que una cláusula provoca sea claro sin necesidad de una dedicación intensiva o de una información complementaria»¹⁴. *La cláusula tenía un defecto de transparencia y era ineficaz*¹⁵.

b) *SBGH 17.01.1989*.– Se ejercitó acción colectiva de cesación de una cláusula inserta en un contrato de cuenta corriente, por la cual *la fecha de valoración del abono*, que el cliente hiciera en la cuenta, empezaría, no el día de su ingreso en cuenta, sino el siguiente primer día laborable, mientras que *la fecha de valoración de su orden de pago* sería el mismo día de la orden, y esa diferencia en los momentos de las valoraciones podía dar lugar al pago de intereses por un saldo deudor inexistente¹⁶. «El caso puesto como ejemplo en la demanda» fue «el de un cliente que se dirigió a su banco un viernes con la intención de ordenar un pago con cargo a su cuenta corriente. Como no disponía en ese momento de suficiente cobertura en su cuenta para hacer frente a ese pago (presentaba un saldo a cero), ingresó una cantidad suficiente para cubrir el pago y

¹³ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) pp. 115-116.

¹⁴ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) pp. 116-117.

¹⁵ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) pp. 117-118.

¹⁶ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) p. 118.

al mismo tiempo impartió la orden de pago. La entidad de crédito, cargó la orden de pago sobre la cuenta corriente con fecha inmediata, pero acreditó el importe ingresado con fecha del primer día laborable sucesivo, es decir el lunes, con la consecuencia de que durante tres días se estuvo generando un interés por un saldo deudor en verdad inexistente»¹⁷.

El *BGH* consideró abusiva a la cláusula por defecto de transparencia: no resultaba «suficientemente explicado para un cuentacorrentista medio, que por efecto del aplazamiento de la fecha de valoración para los abonos en cuenta corriente, puedan venir adeudados intereses por créditos en descubierto en verdad no concedidos»; «[s]i se quiere imputar al cliente un pago por gastos de gestión, se debe hacer indicando con claridad que se está remunerando esta gestión, incluyendo el pago bajo el concepto de comisiones o gastos de gestión, pero es contrario a la buena fe, hacer una distribución enmascarada de los costes de la actividad bancaria, cargándolos ocultamente al cliente a través de la exigencia de intereses ficticios cuya existencia deriva de una circunstancia que pasa totalmente inadvertida para el cliente, la postergación de la fecha de imputación de los ingresos en cuenta»¹⁸.

[5] *En la actualidad*, el § 307 BGB dispone: «(1) Las cláusulas en condiciones generales de la contratación son ineficaces si perjudican de modo no razonable, en contra de las exigencias de la buena fe, a la contraparte contractual del predisponente. *Un perjuicio no razonable también puede ser resultado de una cláusula que no sea clara y comprensible.* (2) [...] (3) Los apartados 1 y 2 [del § 307 BGB] [...] rigen sólo para las cláusulas en las condiciones generales de la contratación mediante las cuales se pactan regulaciones divergentes o complementarias. *Otras cláusulas pueden ser ineficaces de acuerdo con el apartado 1, inciso 2, junto con el apartado 1, inciso 1* [del § 307 BGB]» (cursivas mías)¹⁹. Cámara

¹⁷ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) p. 118.

¹⁸ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) pp. 118-119.

¹⁹ Trad. LAMARCA MARQUÈS/rev. BECKMANN (2008) p. 90. CÁMARA LAPUENTE: «Ni la compleja arquitectura de referencias internas del precepto [307 BGB] ni la forma de definir el objeto de la exclusión pueden considerarse un modelo digno de imitación por su claridad» [(2006) nota 23 en p. 30]. Coincido con el autor.

Al explicar la reforma de 2002 del Derecho de obligaciones del BGB, ALBIEZ DHORMANN apunta (en 2002) que pasó «en su totalidad, con algunas ligeras modificaciones, el contenido material o sustancial de la AGB-G al BGB» (p. 1147); «[e]l legislador ha querido tocar lo menos posible la regulación legal de las condiciones generales de la contratación» (p. 1149); y «[c]omo principal novedad, además de la eliminación de algunas cláusulas abusivas y la inserción de otras nuevas en los dos listados, hay que destacar, sobre todo, la codificación de la doctrina jurisprudencial del abuso formal de las cláusulas por falta de transparencia como otro supuesto de ineficacia por ser contrarias a la buena fe. El *BGH*, a finales de los ochenta, había defendido que la “abusividad” no sólo puede ser material sino también formal. Con la nueva jurisprudencia se había dado un paso importante para poder controlar las cláusulas que, aun habiendo sido aceptadas por el adherente, causaban por falta de transparencia un perjuicio a él, debiendo, en

Lapuente precisa, en 2006, que «[e]sas “otras cláusulas” del inciso final [del § 307 (3) BGB] (“andere Bestimmungen”) son [...] las cláusulas que no se refieren a acuerdos que difieran de disposiciones legales (porque tienen un contenido puramente económico o se refieren a la descripción del objeto principal del contrato), y a ellas no se aplica el control de contenido del artículo salvo en lo referente al deber de transparencia (párrafo 1, inciso 2.º del § 307 BGB)»²⁰. Y en 2015 informa, que «*en el vigente Derecho alemán, por imperativo legal expreso y refrendo jurisprudencial, la falta de transparencia puede conducir a declarar el carácter abusivo de una cláusula pero existe discrepancia sobre si la abusividad es directa (presunción absoluta de abusividad) o debe ser ponderada con el resto de parámetros del control de contenido*» (cursiva del original)²¹.

2.2 LA INCORPORACIÓN DEL ARTÍCULO 4.2 DIR 93/13/CEE AL DERECHO ESPAÑOL: CÓMO SE HA REALIZADO Y CON QUÉ ALCANCE

[6] *Hasta la fecha, dicho artículo no ha sido expresamente incorporado por ley al Derecho español* (silencio legislativo). Su causa es algo bien conocido²². En 2006, Cámara Lapuente apunta-

este caso, ser declaradas ineficaces con apoyo en la cláusula general de la buena fe. Esta jurisprudencia se ha codificado ahora al añadir a la cláusula general de la buena fe del § 307.1 que “un perjuicio indebido puede resultar también cuando la cláusula esté redactada de forma no clara e incomprensible”. De este modo, el mandato de transparencia del artículo 5.1 de la Directiva sobre las cláusulas abusivas queda elevado a rango normativo» [ADC (2002) p. 1150; v. pp. 1147-1151; v. *infra* nota 122 párrafo II].

²⁰ CÁMARA LAPUENTE (2006) nota 23 en p. 30; v. también nota 24 en p. 30. V. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) p. 119.

²¹ CÁMARA LAPUENTE, *AAMN* (2015) p. 577; «[l]a doctrina dominante al amparo de las primeras sentencias del BGH entendió que la falta de transparencia abocaba a la declaración de su carácter abusivo sin más consideraciones y aún hoy buena parte de las sentencias y algunos autores siguen defendiéndolo aunque de forma más matizada –v. gr., distinguiendo entre la falta de claridad que ocasiona una vulneración de las oportunidades que ofrece el mercado y la que empeora las [*sic*] posición jurídica del adherente–; sin embargo, otra parte de la doctrina, posiblemente mayoritaria hoy en día considera que no sólo por el tenor literal del § 307 BGB (“puede”, “kann sich auch”, no “debe” automáticamente), sino por otra serie de consideraciones (como que la cláusula puede carecer de transparencia pero ser inocua para el consumidor o incluso beneficiosa para él), ese dato sólo no es suficiente para declararla abusiva, sino que es preciso constatar que la cláusula no transparente es contraria a la buena fe y causa un perjuicio desproporcionado (abusividad “ponderada”, no directa). Esta misma solución se aprecia en las sentencias más recientes, que para evaluar el carácter abusivo de las cláusulas transparentes tienden a apelar a las expectativas razonables del consumidor a la luz de las circunstancias del caso» (pp. 575-576; v. desde p. 574). V. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) p. 134.

²² *En síntesis* sucedió así. El artículo 10 *bis*.1.V LGDCU del *Proyecto de Ley de condiciones generales de la contratación de 05.09.1997* recogía la exclusión que el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE contiene, prescribiendo: «tal apreciación [el carácter abusivo de una cláusula] no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a su adecuación

ba la necesidad de que el legislador español se pronunciara explícitamente sobre el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE, necesidad que continuaba a 2015²³. En 2012, y antes en 2002, Miquel González señaló que, si «España, que tampoco ha transpuesto el artículo 4.2 [Dir 93/13/CEE], no merece una condena» como Holanda (en *STJ, Sala 5.ª, 10.05.2001*)²⁴, «ha de ser por aplicar los preceptos de los

con el precio pactado, siempre que las cláusulas que lo definan se redacten de manera clara y comprensible» [CÁMARA LAPUENTE (2006) nota 75 en p. 61]. En enmienda 71, el *Grupo Federal IU-IC* propuso la supresión de ese artículo 10 bis.1.V y en la *Comisión de Justicia e Interior*, con competencia legislativa plena, dicho Grupo lo volvió a defender, *oponiéndose* el representante del *Grupo Popular*, y pese a la oposición, en la *posterior* votación la enmienda 71 *se aprobó por unanimidad*, suprimiéndose ese párrafo V del artículo 10 bis.1 LGDCU. El *Pleno del Congreso* ratificó el texto aprobado por la *Comisión de Justicia e Interior*. Ante lo anterior, se ha apuntado al «error en la votación» [CÁMARA LAPUENTE, pp. 61-66, v. hasta p. 69; «error negligente e involuntario», p. 179; p. 21]. La explicación del por qué de la no aprobación del artículo 10 bis.1.V LGDCU es algo que habitualmente se encuentra en las obras que tratan de la materia de la que me ocupo. Por ejemplo: GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Artículo 7 LCGC» (1999) núm. 28 pp. 250-251 y nota 48, y «Artículo 82 TRLGDCU» (2015) pp. 1134-1135; ALFARO ÁGUILA-REAL, «Artículo 1 LCGC» (2002) pp. 129-130 y nota 89; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) pp. 61-66, en especial pp. 63-64 y nota 110; MIQUEL GONZÁLEZ, «Artículo 82 TRLGDCU» (2011) pp. 720-722 y antes «Artículo 10 bis.1, I y IV, LGDCU» (2002) pp. 893-894, 908, 911; VÁZQUEZ MUIÑA (2018) pp. 142-145.

²³ CÁMARA LAPUENTE:

a) *En 2006*: «Las contradictorias interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales del silencio legislativo español generan una muy nociva inseguridad jurídica. Es preciso que el legislador se pronuncie expresamente, sin ambages, sobre tema tan importante para la autonomía de la voluntad. La incorporación expresa de la regla del artículo 4.2 de la Directiva presenta una serie de ventajas [...]» [(2006) p. 181]. El autor era partidario de la no aplicación del control de contenido a los elementos esenciales del contrato transparentes, y en relación con la exigencia de transparencia del artículo 4.2 Dir 93/13/CEE, parecía apuntar al control de inclusión o incorporación [(2006) pp. 123-126, en particular pp. 125-126, pp. 179-188].

b) *En 2015*: «*Debe transponerse por fin el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE [...] y hacerlo con precisión y, en su caso, al alza en la protección del consumidor en lo relativo a la transparencia de las cláusulas sobre el objeto principal del contrato. [...] Nuestro legislador está nocivamente en mora desde 1994*» (p. 554); «buena parte de problemas actuales y venideros traen causa de una inacción legislativa [para con el art. 4.2 Dir 93/13/CEE] muy pernicioso que se mantiene» (p. 557); «[e]l legislador ha tenido al menos tres ocasiones patentes de “aclarar” y “regularizar” la falta de transparencia del artículo 4.2 de la Directiva 93/13: con la Ley 44/2006, con el RDL 1/2007 con el que se aprobó el Texto Refundido de la LGDCU y con la Ley 3/2014, de 27 de marzo de transposición de la Directiva 2011/83/UE. *Ha preferido seguir en mora, pasivo y, por tanto, con su propia falta de transparencia ha generado parte de la confusión*» (pp. 558-559); y también el texto que de CÁMARA LAPUENTE reproduzco *infra* en nota 229 (nota en la que también hago referencia a SÁNCHEZ MARTÍN). Todas las cursivas del original y de AAMN (2015); v. además *InDret* (2017) p. 29.

Expongo la tesis de CÁMARA LAPUENTE *infra* [17].

V. VÁZQUEZ MUIÑA (2018) pp. 168-169.

²⁴ La Comisión de las Comunidades Europeas demandó al Reino de los Países Bajos «al no haber [este] adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para garantizar la adaptación completa del Derecho neerlandés» a los artículos 4.2 y 5 Dir 93/13/CEE (ap. 1). Aparte de otros artículos del *Burgerlijk Wetboek* (BW) reproducidos en la STJ, «[e]l artículo 231 del Libro VI del BW define

artículos 5.4 y 7 LCGC y 80 TR-LGDCU en el mismo sentido que tendría la transcripción del artículo 4.2 de la Directiva. Dado que nuestra Ley exige la claridad en diversos preceptos, ese aspecto no merece reproche. *Pero no conecta específicamente la exigencia de claridad con los elementos esenciales»* del contrato (cursiva mía)²⁵.

[7] Advertido lo anterior, voy a referirme a dos conocidos y relevantes hitos jurídicos en relación con el artículo 4.2 Dir 93/13 CEE y *el Derecho español*:

a) El primero es la conocida *S del Tribunal de Justicia de la Unión Europea* (TJ), 1.ª, 03.06.2010 (*Caja Madrid y Monte de Piedad de Madrid*)²⁶. En ella, el TJ concluyó que los artículos 4.2

las “condiciones generales” como “una o varias cláusulas escritas predisuestas para ser incluidas en un determinado número de contratos, con excepción de las cláusulas que tienen por objeto las prestaciones esenciales”» (ap. 9). El TJ indica que, «17. [...] según jurisprudencia reiterada, si bien es cierto que la adaptación del ordenamiento jurídico nacional a una directiva no exige necesariamente una acción legislativa de cada Estado miembro, sin embargo es indispensable que el correspondiente Derecho nacional garantice efectivamente la plena aplicación de la directiva, que la situación jurídica que resulte de dicho Derecho sea suficientemente precisa y clara y que se permita a los beneficiarios conocer la totalidad de sus derechos y, en su caso, invocarlos ante los tribunales nacionales [...]»/ 18. Según [...] el Tribunal de Justicia, este último requisito es particularmente importante cuando la directiva de que se trata tiene por objeto conferir derechos a los nacionales de los demás Estados miembros [...], esto es lo que ocurre en el presente caso, ya que según su sexto considerando, la Directiva [93/13/CEE] pretende “proteger al ciudadano en su papel de consumidor al adquirir bienes y servicios mediante contratos que se rigen por leyes de Estados miembros distintos del suyo”»; sobre «20. [...] la afirmación del Gobierno neerlandés según la cual los objetivos perseguidos por la Directiva [93/13/CEE] pueden alcanzarse mediante una interpretación sistemática de las disposiciones neerlandesas, basta destacar que, por las razones expuestas por el Abogado General [...], en la situación actual del Derecho neerlandés, no pueden alcanzarse los resultados pretendidos por la Directiva./ 21. Por lo que atañe a la alegación del Gobierno neerlandés según la cual el principio de la interpretación de la normativa neerlandesa conforme a la Directiva, tal como ha sido sentado por el Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos), permite, en cualquier caso, remediar una divergencia entre lo dispuesto en la legislación neerlandesa y las normas de la Directiva [93/13/CEE], basta destacar que, como ha señalado el Abogado General [...], una jurisprudencia nacional, aun cuando se la reputa consolidada, que interprete unas disposiciones de Derecho interno en un sentido considerado conforme con las exigencias de la Directiva no puede tener la claridad y la precisión necesarias para cumplir la exigencia de seguridad jurídica. Debe añadirse que éste es especialmente el caso en el ámbito de la protección de los consumidores». El TJ decidió que el Reino de los Países Bajos *incumplió* las obligaciones que le incumbían por la Dir 93/13/CEE «al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para garantizar la adaptación completa del Derecho neerlandés al artículo 4, apartado 2, y al artículo 5 de la citada Directiva». Sobre el Derecho holandés, CÁMARA LAPUENTE (2006) pp. 31-34.

²⁵ MIQUEL GONZÁLEZ, «Artículo 82 TRLGDCU» (2011) p. 725; «Artículo 10 bis.1, I y IV, LGDCU» (2002) pp. 912-913. V. CÁMARA LAPUENTE (2006) pp. 58-59, 182-183.

²⁶ HECHOS: En contratos de préstamo a tipo de interés variable destinados a la adquisición de vivienda, celebrados entre *Caja Madrid* y sus clientes, había una cláusula escrita y preestablecida por la que el tipo de interés nominal variable por periodo debía redondearse, desde la primera revisión, al cuarto de punto porcentual superior. *AUSBANC* pidió judicialmente la eliminación de la cláusula y la abstención futura en su uso. En *primera instancia* se estimó la demanda: la cláusula era abusiva y nula. En *segunda instancia*

y 8 Dir 93/13/CEE –este último dispone la armonización mínima de la Directiva²⁷– «deben interpretarse en el sentido de que *no se oponen* a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal [*la española*], que *autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo* de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, *aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible*» (cursiva mía)²⁸.

González Pacanowska apunta que, tras dicha *STJ*, 1.^a, 03.06.2010, «[e]n un primer momento el TS estima que, como dice el Tribunal europeo, en nuestro sistema cabe el control de contenido de los elementos esenciales del contrato aunque sean claros y comprensibles», y que, con la *STS*, 1.^a, 18.06.2012 se produce, *obiter dicta*, un «cambio de orientación» en el sentido de que «el control de contenido no permite entrar a enjuiciar la justicia y el equilibrio contraprestacional de los elementos esenciales del contrato»

se confirmó la sentencia. *Caja Madrid* recurrió en casación. El *TS* entendió que la cláusula de redondeo podía ser un elemento *esencial* del préstamo y si, en principio, no puede apreciarse el carácter abusivo de una cláusula relativa al objeto del contrato (art. 4.2 Dir 93/13/CEE), dado que el Reino de España no había transpuesto dicho artículo 4.2, la legislación española sometía «el contrato en su conjunto a dicha apreciación». El *TS* planteó (segunda cuestión prejudicial): «¿el artículo 4.2 de la (Directiva), puesto en relación con el artículo 8 de la misma, impide a un Estado miembro establecer en su ordenamiento, y en beneficio de los consumidores, un control del carácter abusivo de las cláusulas que se refieran a “la definición del objeto principal del contrato” o “a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida”, aunque estén redactadas de manera clara y comprensible?» (ap. 16; aps. 10-15).

²⁷ Artículo 8 Dir 93/13/CEE: «Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección».

²⁸ *STJ*, 1.^a, 03.06.2010 aps. 42-43; v. además ap. 40. Sobre la decisión del TJ, CÁMARA LAPUENTE indica: «Fue en parte la manera de plantear la cuestión por el TS y su visión del Derecho español vigente lo que indujo al Tribunal de Luxemburgo, excediendo claramente su competencia acerca de la interpretación del Derecho europeo, a declarar [...]» [AAMN (2015) p. 558]. Además de lo indicado en el cuerpo del texto, en la *STJ*, 1.^a, 03.06.2010, el TJ también señala que las cláusulas del artículo 4.2 Dir 93/13/CEE se encuentran incluidas en el ámbito que la Dir 93/13/CEE regula (ap. 32; v. además aps. 30 y 35) y apunta que la *LCGC* no ha incorporado el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE al ordenamiento interno (ap. 41). En el Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores de 27.04.2000 [COM(2000) 248 final] se incluye a España entre los países que no habían incorporado el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE (v. *supra* nota 9, párrafo II).

Con posterioridad a la *STJ*, 1.^a, 03.06.2010, a la Dir 93/13/CEE se incorporó –por la Dir 2011/83/UE (25.10.2011; DOUE, L, 22.11.2011)– el artículo 8 *bis*, que, en lo que interesa, prescribe: «1. Cuando un Estado miembro adopte disposiciones con arreglo a lo dispuesto en el artículo 8, informará de ello a la Comisión, así como de todo cambio ulterior, en particular si dichas disposiciones: / – hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración, of [...]» (cursiva mía).

y –continúa indicando González Pacanowska– «[l]a confirmación de la nueva doctrina se produce con la extensa» *STS, 1.ª, Pleno (P), 09.05.2013* «sobre la cláusula suelo, en la que reiteradamente se niega “el control del *equilibrio*” de las cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato, posibilidad esta “cegada”, se dice, por la» *STS, 1.ª, 18.06.2012* (cursiva del original; la autora cita en nota 138 los §§ 195, 196 y 197 de la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013*)²⁹. Carrasco Perera, Cordero Lobato, y la mentada González Pacanowska han manifestado su desacuerdo con esa (nueva) doctrina del TS. *Y además de lo anterior*, en la citada *S, 1.ª, P, 09.05.2013*, el TS aplica a la cláusula suelo un *control de transparencia distinto* de los controles de incorporación y de contenido (control de transparencia, o «doble filtro de transparencia», del que se destaca su conexión con la citada *STS, 1.ª, 18.06.2012*; en este mismo [7] a) e

²⁹ El texto sigue: «El TS reproduce lo dicho por la STJUE de 3 de junio de 2010, pero evita mencionar sus consecuencias para el entendimiento de nuestro sistema» [continúo este texto en la siguiente nota 30 d)]; GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Artículo 82 TRLGDCU» (2015) pp. 1140-1141, v. hasta p. 1142, nota 138 en p. 1141; y «[l]a senda por la que ahora transita el Tribunal Supremo sustrae a las cláusulas sobre elementos esenciales del control de contenido, como punto de partida, pero admite su nulidad por *falta de transparencia* cuando no se garantiza la “comprensibilidad real” sobre el contenido *económico o jurídico* del contrato. Esta orientación ha sido acogida favorablemente, con matizaciones, por un sector de la doctrina, pero también ha merecido críticas contundentes» (p. 1141). En cuanto a la etapa anterior al «año 2010 [esto es, antes de la STJ de 2010] el TS no llegó pronunciarse expresamente sobre este asunto. [...] / La discusión doctrinal expuesta [...] eclosiona en los pronunciamientos posteriores a la ya citada STJUE de 3 de junio de 2010 en asunto *Caja de Ahorros*, que parece haber obligado a una toma de postura sobre la presente cuestión» (cursiva del original; pp. 1139-1140). V. FD 10.º 1, 195, de la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013*, e *infra* [25] d). MARTÍNEZ ESCRIBANO, *RDBB* (2014) núm. 133, ap. 4.1.

De modo más o menos similar a lo indicado por González Pacanowska, SÁNCHEZ MARTÍN apunta: «La resolución [*STS, 1.ª, P, 09.05.2013*] se vuelve a apoyar 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”, de tal forma que no cabe un control de precio. Se supera, así, a mi juicio, la doctrina de las SSTS 401/2010, de 1 de julio, [...]; 663/2010, de 4 de noviembre [...]; y 861/2010, de 29 de diciembre [...], que apuntaron la posibilidad de aplicar el control de contenido de condiciones generales a cláusulas referidas al objeto principal del contrato, con referencia a la doctrina emanada de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de junio de 2010, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid* [...]» [*La Ley* (2013) p. 3]. Por su parte, CAÑIZARES LASO: «Una de las cuestiones fundamentales» de la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013* «es que se pone de manifiesto que la falta de transposición formal del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE [...] no significa que en nuestro Derecho esté permitido un control material de las cláusulas que se refieran a elementos esenciales» [*RDC* (2015) p. 87]; MORENO GARCÍA (2015) pp. 86-89; v. además CAMARA LAPUENTE, *AAMN* (2015) pp. 557-559, y con anterioridad (2006) pp. 179-181. Y V. MIQUEL GONZÁLEZ, «Artículo 10 *bis*, I y IV, LGDCU» (2002) pp. 909-913.

infra [B] reproduzco algunos textos de dicha STS, que me interesan)³⁰.

[A] En 2017, Carrasco Perera advierte que «[e]l silencio del legislador español [sobre el art. 4.2 Dir 93/13/CEE] plantea el problema de si el control de contenido puede referirse a un desequilibrio contractual relativo a los elementos esenciales del contrato», y añade, que «hoy la opinión que defiende el control sobre estos elementos es minoritaria»³¹. Apunta, que «[I]a distinción entre elementos esenciales –no sujetos a control– y elementos accesorios (formas de pago del precio, sistema de cálculo del precio, facultades de modificación unilateral) en la determinación del objeto del contrato, obliga a construir distinciones sutiles, con el riesgo de equivocarse, y sin que las mismas respondan al horizonte de comprensibilidad del consumidor ni del predisponente. [...] El debate sobre los elementos esenciales puede devenir estéril, porque, en rigor, es muy fácil manipular una regla contractual, de forma que lo que es una estipulación contractual *accesoria* pase a ser la definición misma del objeto del contrato»³². Y «[I]a penosa historia de la *cláusula suelo* es un ejemplo de cómo el asunto puede devenir finalmente artificial. En efecto, equivocadamente ha sostenido el TS que la cláusula techo/suelo en las hipotecas define un elemento esencial del contrato [*infra* [25] *d*)] y no puede estar sujeta a control de abusividad; pero de hecho la sentencia inventó un control de

³⁰ Algo habitualmente destacado. Por ejemplo:

a) CAÑIZARES LASO: «[I]o más importante de la STS de 9/5/2013 es el planteamiento de un control de transparencia separado e independiente. El TS señala que el control de transparencia es un control propio, separado y diferente del control de inclusión» (p. 88); «[c]on anterioridad el TS, en su sentencia de 18 de junio de 2012 ya había iniciado la tendencia de diferenciación del control de transparencia como un control distinto y fuera del control de inclusión y de contenido [...] como *obiter dictum* [...]» [nota 49 en p. 87; todas las citas de *RDC* (2015)].

b) SÁNCHEZ MARTÍN: «Aun cuando la sentencia de 9 de mayo de 2013 aplica por primera vez el control de transparencia para invalidar las denominadas “cláusulas suelo” sujetas a su enjuiciamiento, no se trata de un fenómeno realmente nuevo en la jurisprudencia de la Sala Primera, que ya definió y delimitó su ámbito de aplicación en dos sentencias anteriores./ La STS núm. 406/2012, de 18 de junio, constituye el verdadero antecedente de esta figura. [...] / La Sentencia dictada por la Sala el 11 de abril de 2013 –STS núm. 221/2013– aludió también al control de transparencia [...] / Aunque esta sentencia [*TS, 1.ª, P, 09.05.2013*] aborda otras cuestiones de índole procesal y su extensión y minuciosidad es considerable, a juicio de este autor [SÁNCHEZ MARTÍN], la aplicación del denominado control de transparencia ha constituido la verdadera ratio de la sentencia y ha resultado esencial en el fallo anulatorio de las cláusulas sometidas a examen» [*Revista del Poder Judicial* (2013) pp. 56-57; v. además *La Ley* (2013) p. 2]. V. *infra* nota 164.

c) FERNÁNDEZ SEIJÓ: la STS, 1.ª, 09.05.2013 «puede considerarse fundacional» [*Actualidad Civil* (2017) p. 2].

d) GONZÁLEZ PACANOWSKA: «Al tiempo que “como regla” descarta este control [...] de *equilibrio*” de las cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato», desarrolla [la STS, 1.ª, P, 09.05.2013] *in extenso* el deber de transparencia “reforzado” [...]» [Artículo 82 *TRLGDCU* (2015) p. 1141; v. *supra* nota 29 párrafo I].

V. además ORDUÑA MORENO (2013) pp. 2364-2366 e *infra* [23] y nota 164; CORDERO LOBATO, *CCJC* (2014) ap. 1; MORENO GARCÍA (2015) p. 69, pp. 71-74, 77-82; SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, *RDC* (2016) pp. 79-83; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017) pp. 25-27.

³¹ CARRASCO PERERA (2017) 16/41 p. 776, v. hasta p. 777.

³² CARRASCO PERERA (2017) 16/44 pp. 780-781.

“transparencia material” *ad hoc*, que después ha tenido –como todo lo falso– larga fortuna y que hoy es prácticamente indistinguible de los controles de inclusión y contenido de las cláusulas no negociadas» (cursiva del original)³³. Para Carrasco Perera, el silencio del legislador español sobre el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE «implica la extensión del control judicial también sobre las mencionadas cláusulas [relativas al objeto del contrato/elemento esencial], *independientemente de si se hayan redactado de forma inequívoca o no*» (cursiva mía)³⁴. González Pacanowka sigue a Carrasco Perera³⁵. También Cordero Lobato³⁶.

[B] En cuanto a la muy citada *STS, 1.ª, 18.06.2012* (Pte Excmo Sr D Francisco Javier Orduña Moreno), en ella se indica –*obiter*

³³ CARRASCO PERERA (2017) 16/42, p. 779. V. MIQUEL GONZÁLEZ, «Artículo 10 bis 1, I y IV, LGDCU» (2002) pp. 908-913.

³⁴ CARRASCO PERERA (2017) 16/50 p. 785; continúa: «Por tanto, no existe incompatibilidad entre la normativa comunitaria y la nacional española. En consecuencia, *un órgano judicial nacional puede extender el control de abusividad también sobre las cláusulas no negociadas individualmente que se refieran al objeto del contrato, aunque fueran redactadas de forma clara y comprensible*» [cursiva del original; 16/50 p. 785; el autor se refiere a la *STJUE 03.06.2010*, que aludo en este [7] a); sobre esa *STJ*, pero situándose temporalmente antes, MIQUEL GONZÁLEZ, «Artículo 82 TRLGDCU» (2011) pp. 723-724]. V. CARRASCO PERERA (2017) 16/68 pp. 795-796.

³⁵ GONZÁLEZ PACANOWSKA (2015) pp. 1138-1139 («Según el autor [Carrasco Perera] que seguimos», p. 1138); para la opinión y razonamientos de la autora, pp. 1142-1145.

³⁶ Al comentar en 2014 la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013* sobre cláusula suelo, CORDERO LOBATO considera que «[I]a sentencia es extremadamente confusa sobre la posibilidad de control de contenido sobre cláusulas suelo: se nos dice que la misma constituye una cláusula esencial, que define el objeto principal del contrato (§§ 189 y 190), por lo que, de acuerdo con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, “sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe control de su equilibrio” (§ 196 de la sentencia). Aunque parecería que ese inciso anuncia que no cabe control de abusividad sobre cláusulas suelo, ello no es así en modo alguno, pues lo cierto es que finalmente la sentencia efectúa este contraste (en los §§ 255 y ss.). Pese a la profusión de argumentos y afirmaciones doctrinarias, la sentencia no explica si este control se efectúa con fundamento en el criterio del TJUE (sentencia de 3 de junio de 2010) sobre la conformidad al Derecho comunitario de la eventual normativa nacional que autorizase un control del carácter abusivo de cláusulas contractuales esenciales (criterio que se cita en los §§ 192 a 195) o si, por el contrario, el Tribunal basa el contraste de abusividad de cláusulas esenciales en el (afirmado) carácter no transparente de las cláusulas suelo, que es lo que parece indicarse en el crítico § 215 a) [...] / [...] interesa aclarar algunos extremos que aparecen oscurecidos por la retahíla argumental de la sentencia; en principio, el Tribunal excluye el control de abusividad sobre la cláusula suelo por definir el objeto principal del contrato. Al acoger esta tesis el Tribunal no repara en que tanto la LGDCU como la LCGC permiten controlar las cláusulas contractuales esenciales, [...] (los ejemplos pueden encontrarse en CARRASCO, *Derecho de contratos*, 2010, pp. 810-811). / Es más, no sólo es falsa la ecuación que excluye el contraste legal de abusividad sobre cláusulas esenciales del contrato, sino que, además, es tan elevado el coste de distinguir entre lo esencial y lo accesorio y sus resultados son tan inciertos e incontrastables, que la misma distinción resulta una tarea estéril (CARRASCO, *Derecho de contratos*, [...] p. 806), pues, [...], carece de consecuencias relativas al control de abusividad, que procederá en todo caso. En lugar de estas insuficiencias argumentales, más provechoso es el planteamiento que excluye el control de abusividad cuando el juez carece de parámetros racionales de decisión: si el precio no puede ser declarado abusivo no es porque sea una cláusula esencial, sino porque no existe un paradigma de referencia que permita contrastar la razonabilidad de la decisión (CARRASCO, *Derecho de contratos* [...] p. 808) [...]. / Tan innasible e inútil nos parece la distinción entre cláusulas esenciales y accesorias que vamos [CORDERO LOBATO] a renunciar a emitir nuestra opinión al respecto. [...]» [mayúsculas y cursiva del original; *CCJC* (2014) ap. 2]. V. *infra* nota 183 a).

dicta— que los elementos esenciales del contrato pueden ser objeto de control por la vía de inclusión y de transparencia, siendo excluidos del control de contenido (art. 4.2 Dir 93/13/CEE), y que el control de inclusión referido particularmente al criterio de transparencia tiene por objeto, sobre los elementos esenciales del contrato, que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato le supone y la prestación económica que obtendrá de la otra parte. En concreto:

«[A]unque doctrinalmente no hay una posición unánime al respecto, *debe entenderse, por aplicación teleológica de la Directiva del 93 [13/93/CEE], artículo 4.2, que los elementos esenciales del contrato, si bien excluidos del control de contenido, no obstante pueden ser objeto de control por la vía de inclusión y de transparencia (artículos 5.5 y 7 de la ley de condiciones generales y 10.1.a) de la ley general de defensa de consumidores y usuarios)*» [cursiva mía; FD 2.º 3 d)].

«[...] bastaría para desestimar el motivo presentado [...] con reseñar [...] que no se ha justificado suficientemente la condición de consumidores de los prestatarios, así como que ha quedado probado el carácter negociado de dicha cláusula [...]

No obstante, y en aras a la delimitación doctrinal que venimos desarrollando, conviene puntualizar que en el presente caso aunque aplicáramos la legislación de consumo y aunque admitiéramos, como hemos aceptado, que el control de inclusión y de transparencia puede proyectarse, a diferencia del control de contenido, sobre elementos esenciales del contrato (artículo 4.2 de la Directiva del 93) no estaríamos en un supuesto de control de interpretación de esta normativa sino, en su caso, de interpretación contractual conforme a los principios y reglas del Código civil. *En efecto, el control de inclusión, particularmente referido al criterio de transparencia respecto de los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para él y, a su vez, la prestación económica que va a obtener de la otra parte.* En el presente caso, al margen de que dichas cláusulas [...] establecen con suficiente claridad las principales referencias patrimoniales del crédito (tipo de interés, TAE anual, comisión de apertura, amortización anticipada, etc.), *lo que realmente plantea la parte recurrente, en su confuso alegato, no es tanto la no incorporación de dicha cláusula, por resultar en el juicio de contraste ya ilegible, ambigua, oscura e incomprensible (artículo 7.6 LCGC [sic]) o, en su caso, sorpresiva, sino el “error propio” o “error vicio” de los prestatarios sobre la base de una equivocada creencia o representación mental acerca de las condiciones económicas del contrato de préstamo.* De ahí que la parte recurrente, en contra de la valoración de un mero error gramatical que sostiene la sentencia de Apelación, postule que “dicho error llevó a creer a mis representados que firmaban una cosa muy distinta a las que sus señorías indican”. Cuestión [...]

distinta a la que se pretende dilucidar bajo el régimen de las condiciones generales» (cursiva del original; FD 4.º 3)³⁷.

b) El segundo hito –avanzado en la anterior letra a)– es esa STS, 1.ª, P, 09.05.2013, en la que el TS, para las cláusulas suelo de las que conoció, a las que calificó de elemento esencial del contrato [*infra* [25] d)], consideró que *no superaban el control de*

³⁷ HECHOS: El 11.07.2006, Juan y Modesta (AH 1.º; prestatarios; deudores solidarios) celebraron con *Cartuja Financiera Andaluza* (prestamista) un préstamo hipotecario de 158.000 €, de duración hasta el 01.08.2007, pactándose como intereses ordinarios un interés nominal anual del 20,50% (interés fijo durante todo el préstamo). Juan y Modesta interpusieron recurso de casación (dos motivos); solicitaron la declaración de nulidad de pleno derecho del préstamo hipotecario por contrario a la *Ley de Represión de la Usura* (LU); subsidiariamente, la nulidad de pleno derecho de la cláusula tercera del contrato por contraria al artículo 10.1.a) y 10.2 LGDCU (el propio tenor de dicha cláusula, en conexión con la cláusula quinta del contrato, inducen a error o confusión). (FD 1.º). Juan y Modesta «sostiene[n] que de la “interpretación literal” de las cláusulas tercera y quinta se desprende que el primer mes de “devengo” es el día 1 de junio de 2007 y, por tanto, si se procede a la cancelación total del préstamo con anterioridad a dicha fecha solo se puede aplicar al capital una comisión por amortización anticipada del 5%, *pero sin el pago de interés alguno*» (cursiva mía; FD 4.º 4). El TS no casó (Fallo): de la interpretación «se deduce con claridad que los prestatarios conocían perfectamente el alcance o trascendencia económica del contrato de préstamo que celebraron y por, consiguiente, la obligación esencial y natural a este tipo de contrato de pagar intereses desde el momento de la entrega del capital previsto en el mismo» (FD 4.º *in fine*).

Por otro lado y en lo que me interesa, el TS apunta que «[l]a invocación de la normativa sobre la usura y la referida a la protección de los consumidores, como ocurre en el presente caso, suele ser una práctica habitual y reiterada en orden a valorar la posible validez del pacto de intereses en los préstamos bancarios, de suerte que, para la mejor comprensión de la doctrina jurisprudencial aplicable, conviene el examen conjunto de ambos motivos a los efectos de delimitar con mayor precisión, su ámbito concurrencial y sus diferentes planos de protección» (FD 2.º 1). Según el TS, «*el juego concurrencial de la Ley de represión de la usura con la normativa sobre protección de consumidores [...] como a [sic] ley de condiciones generales de la contratación [...], no plantea ninguna cuestión de incompatibilidad tanto conceptual como material; se trata de controles de distinta configuración y alcance con ámbitos de aplicación propios y diferenciables*. En parecidos términos, aunque cada normativa en su contexto, también hay que señalar que la aplicación de estos controles no alcanza o afecta al principio de libertad de precios, o a su proyección respecto de la libertad del [*sic*] pacto de tipos de interés ya que su determinación se remite a los mecanismos del mercado y a su respectiva competencia» (cursiva del original; FD 2.º 2). El TS destaca esa «libertad de precios, según lo acordado por las partes, [que] se impone como pieza maestra de la doctrina liberal en materia de contratos» (FD 2.º 2) y además de otros extremos, afirma que «en el Derecho de los consumidores», informado por el artículo 51 CE y por los Tratados y Directivas de la Unión Europea, «tampoco puede afirmarse que, pese a su función tuitiva, se altere o modifique el principio de libertad de precios. Baste recordar [...] que la Ley de condiciones generales de la contratación tuvo por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE [...] así como la regulación de las condiciones generales de la contratación, cuyo artículo 4.2 excluía expresamente del control de contenido de las cláusulas abusivas tanto la definición del objeto principal del contrato como la adecuación con el precio pactado, siempre que se definieran de manera clara y comprensible. De esta forma, en la modificación de la antigua ley general de defensa de los consumidores de 1984, por la aportación del nuevo artículo 10, en su número primero, apartado –C–, se sustituyó la expresión amplia de “justo equilibrio de las contraprestaciones” por “desequilibrio importante de los derechos y obligaciones”, en línea de lo dispuesto por la Directiva a la hora de limitar el control de contenido que podía llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, de ahí que pueda afirmarse que no se da un control de precios, ni del equilibrio de las prestaciones propiamente dicho» (FD 2.º 2). V. además FD 3.º 2 *in fine* sobre el control de contenido. V. MIQUEL GONZÁLEZ *infra* [12].

transparencia [*infra* [25]f) ss.]. Cámara Lapuente apunta, que «hay que dar al César lo que es del César: el Tribunal Supremo español dejó claro con acierto con la STS 9.5.2013 que el artículo 4.2 de la Directiva sí estaba vigente en nuestro ordenamiento –en una suerte de refrendo o «transposición» jurisprudencial ante la nociva incuria legislativa–, cuando con la extralimitada doctrina derivada de la STJUE 3.6.2010 *Caja Madrid*, tenía clara holgura para haber llegado con cierta libertad a la conclusión contraria» (cursiva del original)³⁸.

Debo indicar que, en *algún recurso de casación*, al TS se le ha apuntado que con su control de transparencia para la cláusula suelo *creaba Derecho*, algo no admitido en nuestro ordenamiento jurídico. Y lo creaba porque los artículos 4.2 y 5 Dir 93/13/CEE «no establece[n] la obligatoriedad del control de transparencia», ni tampoco lo hace el TJ, por lo que «no existe una exigencia de interpretación del ordenamiento interno conforme a la Directiva que imponga ese control de transparencia, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan optar por establecerlo al transponer» la Dir 93/13/CEE, «lo que no sucede» con el artículo 80.1 TRLGDCU (FD 2.º 2)³⁹.

En su *S, 1.ª, P, 24.03.2015*⁴⁰, el TS *responde* que en su *S, 1.ª, P, 09.05.2013* no realizó «una labor de «creación judicial del Derecho» que exceda de su función de complemento del ordenamiento jurídico» (art. 1.6 CC) y que interpretó «la normativa interna a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva 93/13/CEE, tal y como esta ha sido interpretada por la jurisprudencia del TJUE» (FD 3.º 6). Ello lo afirma el TS, después de indicar que en su *S, 1.ª, P, 09.05.2013* basó la transparencia en los artículos 80.1 y 82.1 TRLGDCU, interpretados estos de conformidad con los artículos 4.2 y 5 Dir 93/13/CEE⁴¹, y citando a la *STJ 21.03.2013 (RWE*

³⁸ CÁMARA LAPUENTE, *InDret* (2017) p. 12; continúa: «(que, en ese caso sí, hubiera elevado el nivel de protección de los consumidores al permitir no sólo un control de transparencia, sino también un control de contenido de los elementos esenciales del contrato)» (p. 12).

³⁹ *Cajasur* alegaba (primer motivo de casación) infracción del «artículo 80.1 TRLCU por incluir en él un deber de transparencia inexistente en nuestro ordenamiento jurídico» (cursiva del original; FD 2.º 1). Además de lo indicado en el texto, *Cajasur* argumentaba que en la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013*, el TS «hace una labor de creación judicial del Derecho, que no está admitida en nuestro ordenamiento jurídico, y no una labor de hermenéutica jurídica, que es la única que podría realizar el órgano judicial»; la doctrina de dicha *STS* sobre la transparencia y la comprensibilidad real «es un sugerente postulado de “lege ferenda” [...] pero no se deriva de ningún precepto vigente ni de ningún pronunciamiento del TJUE» (FD 2.º 2). (*STS, 1.ª, P, 24.03.2015*).

⁴⁰ Para otros aspectos de la *STS, 1.ª, P, 24.03.2015, infra* [29]-[31].

⁴¹ a) *Por lo que respecta a los autores*, PERTÍÑEZ VÍLchez considera que el TS no acierta cuando reside la transparencia en el artículo 80.1 TRLGDCU y entiende que podría apoyarse en el artículo 60 TRLGDCU [sobre lo que el autor opina, *infra* nota 183 c)]. Para CORDERO LOBATO, el fundamento legal del artículo 60 TRLGDCU, apuntado por Pertíñez

Vertrieb) según la cual «el contrato debe exponer «de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste» [cursiva del original; FD 3.º 4; v. *infra* [25]f) para la STS, 1.ª, P, 09.05.2013]⁴². Tras ello, el TS indica que la corrección de esa interpretación la confirma la STJ 30.04.2014 (Kásler, aps. 71, 72 y fallo), reiterán-

Vílchez, no lo es, «pues este precepto únicamente regula el contenido de la obligación de informar, pero no establece las consecuencias de su contravención» [CCJC (2014) ap. 4; *infra* nota 183 a)]. CAÑIZARES LASO también critica la fundamentación de Pertúñez Vílchez en el artículo 60 TRLGDCU (*infra* nota 114 *in fine*). Por su parte, MARTÍNEZ ESCRIBANO fundamenta el control de transparencia en el artículo 60 TRLGDCU [RDBB (2014) núm. 133, ap. 2.2, y RDC (2016) p. 76]. V. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, RDC (2016) p. 76. VÁZQUEZ MUIÑA –que apunta que, «[e]n efecto, el artículo 60 LGDCU/2007 concuerda con el objeto y finalidad del control de transparencia»– indica sobre la STS, 1.ª, P, 08.06.2017 [*infra* [40]-[45]], que, en ella, el TS «no menciona los apartados a) y b) cuando utiliza el artículo 80.1 LGDCU/2007 como precepto en el que ubica el control de transparencia cualificado, como sí hizo en sus primeros pronunciamientos sobre la materia, más concretamente, en la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo de 2013 [...]. Ello podría interpretarse como la voluntad del Tribunal Supremo de alejarse de su postura inicial» y «[d]e ser así este giro jurisprudencial debe calificarse de acierto, pues nuestro Alto Tribunal ya incardina el primer filtro de transparencia o control de incorporación en los artículos 5 y 7 LCGC, mandatos que presentan la misma redacción que el artículo 80.1, apartados a) y b) LGDCU/2007. [...], el artículo 80.1 LGDCU/2007, letras a) y b), no impone requisitos de transparencia superiores a los del artículo 5.4 LCGC [...] ambas son normas coincidentes y redundantes. [...] En nuestra opinión, el Tribunal Supremo haría bien en alejarse de su postura inicial y comenzar a sostener que el control de transparencia cualificado no está ubicado en las letras a) y b) del artículo 80.1 LGDCU/2007, sino en su letra c), pues dicho apartado, que establece que deberá cumplirse el requisito de la “buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes”, alude a un control jurídico o normativo que excluye, en consecuencia, la fiscalización de las cláusulas económicas, lo cual confirma las posibilidades de interpretación conforme a la Directiva 93/13/CEE. Lo mismo ocurre con el artículo 82 TRLGDCU que comparte, en esencia, el mismo contenido» [CCJC (2017) ap. II, 2, 2.2; además VÁZQUEZ MUIÑA (2018) pp. 227-232, en particular pp. 231-232 para su opinión]. Por último, MORENO GARCÍA considera erróneo el fundamento de la transparencia en el artículo 80.1 TRLGDCU que la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 hace, y entiende que su base legal se encuentra en el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE [(2015) pp. 110-111, v. pp. 107-112].

b) Por lo que respecta al TS y conociendo de una cláusula suelo, este apoya el control de transparencia en los artículos 4.2 Dir 93/13/CEE, 60.1 y 80.1 TRLGDCU en sus S, 1.ª, P, 08.06.2017 (FD 6.º 3; v. *infra* [42]), S, 1.ª, 07.11.2017 (Pte Excmo Sr D Pedro José Vela Torres; FD 4.º 3; v. además FD 4.º 6), y S, 1.ª, 24.11.2017 (FD 5.º, 3 y 6; para otros aspectos *infra* [47]). Lo mismo sucede, si bien conociendo de ciertas cláusulas (condiciones generales) en un «préstamo multimonedado con garantía hipotecaria», en la STS, 1.ª, P, 15.11.2017 (FD 8.º, 13 y 51; en esta última S, el TS llega a decir (*reinterpretación de la historia*): «las cláusulas cuestionadas no superan el control de transparencia que desde la sentencia 241/2013, de 9 de noviembre [sic; mayo], hemos fundado en los artículos 60.2, 80.1 y 82.1 TRLCU y el artículo 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas»; cursiva mía; *infra* [nota 306 párrafo II] para otros aspectos de esta S).

⁴² Ahora bien, sobre ese apoyo de la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 en la STJ 21.03.2013 (RWE Vertrieb), FERNÁNDEZ SEIJO apunta: «[c]ierto es que el caso RWE Vertrieb [sic] es de 21 de marzo de 2013, pero debe recordarse que el Tribunal Supremo español hizo público el 20 de marzo de 2013 el fallo de la sentencia, haciendo mención a la falta de transparencia de la cláusula anulada [...], por lo que el caso RWE Vertrieb [sic] pudo tener incidencia en la redacción de la sentencia pero no en la deliberación de la misma» [Actualidad Civil (2017) p. 3]. V. además *infra* nota 44, Sánchez Martín.

dose en la *STJ 26.02.2015 (Matei, ap. 74) (infra [10] para ambas SSTJ)*.

La misma cuestión y la misma solución que acabo de exponer se encuentran en la *STS, 1.ª, P, 23.12.2015*⁴³.

A propósito de la crítica de que con el control de transparencia el TS creaba Derecho, resultan interesantes las siguientes consideraciones de Sánchez Martín, *Magistrado Letrado del Gabinete Técnico del TS*, y de Orduña Moreno, *Magistrado del TS*:

a) Según Sánchez Martín, «[l]a existencia del control de transparencia [...] y su aplicación, ciertamente pionera por la Sala Primera del Tribunal Supremo (SSTS 18 de junio de 2012, 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014 y 24 de marzo de 2015, entre las más destacadas), ha generado un gran polémica doctrinal al considerar muchos autores que el Tribunal Supremo estaba realizando una labor de creación jurisprudencial del Derecho que no le correspondía. Sin embargo, este mecanismo de control y su fundamentación legal y técnica han sido refrendados por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la interpretación y aplicación de la Directiva 93/13./ La sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rabái [...] ofrece una metodología clara sobre la existencia, su fundamentación y los efectos de este control, totalmente alejada del denominado control de inclusión o de incorporación»⁴⁴.

b) Según Orduña Moreno –Magistrado Ponente de dos de las sentencias citadas por Sánchez Martín en la anterior letra a), concretamente, de las *STS, 1.ª, 18.06.2012* y *STS, 1.ª, P, 08.09.2014 (supra en este [7] a) [B], e infra [26]-[28], respectivamente)*– «debe rechazarse el postulado que sostiene que la caracterización del control de transparencia, llevada a cabo por la doctrina jurisprudencial

⁴³ En su *recurso de casación* (motivo primero), el *Banco Popular* apuntó «omisión de la ley aplicable y preterición de las fuentes del derecho con infracción del artículo 1.1 y 1.7 C.C.»; «se vulnera, a través de una interpretación *contra legem*, el artículo 1 CC que establece el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico; y correlativamente, la obligación de jueces y tribunales de atenerse a tal sistema de fuentes en el ejercicio de su función jurisdiccional», «no existe pronunciamiento alguno» del TJ «del que derive esta exigencia de transparencia, ni tampoco hay en el Derecho español un determinado deber de transparencia, sino tan solo requisitos de incorporación de las condiciones generales y su eventual carácter abusivo derivado del artículo 80.1 TRLGDCU» [FD 4.º a)]. Tras argumentarlo, *para el TS*, «no cabe apreciar que la sentencia apelada haya vulnerado en modo alguno el sistema de fuentes previsto en el artículo 1 del Código Civil, ni que haya impuesto a la entidad recurrente un control de validez de la cláusula suelo que no estuviera prevista ni en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, ni en el español» (FD 4.º a) *Primer motivo, Decisión de la Sala, 5*). Para otros aspectos de la *STS, 1.ª, P, 23.12.2015, infra [35]*.

⁴⁴ SÁNCHEZ MARTÍN (2016) p. 221; con anterioridad, había apuntado la idea del *posterior* apoyo del TJ: «El control de transparencia como ha sido delimitado en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, ha recibido un “espaldarazo” definitivo de la mano la [sic; de la] jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La STJUE de 30 de abril de 2014 [caso *Kásler, infra [10]* y nota 54 para los hechos] [...] viene a confirmar este planteamiento al analizar la posible abusividad de una cláusula en un préstamo multidivisa [...]» [(2015) p. 5].

del Tribunal Supremo, constituye una creación jurisprudencial del derecho que vulnera el sistema de fuentes al establecer un criterio de transparencia, el de comprensibilidad real, que no se encuentra comprendido en el estándar de transparencia del artículo 80.1 y la expresión de buena fe del artículo 82.1 TRLGDCU»⁴⁵.

Orduña Moreno considera dicho planteamiento «representativo de una interpretación normativa parcial y sesgada que debe rechazarse por varias razones»⁴⁶. Citando a la *STS, 1.ª P, 08.09.2014 [infra [26]-[28]]*, indica que la doctrina jurisprudencial «no tiene por objeto la libre decisión de lo justo en un caso concreto, sino el establecimiento de una caracterización general del control de transparencia aplicable a todos los contratos que se deriven de este modo de contratar [el de la contratación seriada, modo distinto de la contratación por negociación: *infra* [23]]. Del mismo modo, de su articulación, como se señala, resulta conforme con la convergencia del Derecho contractual europeo. Aspectos o extremos que, analizados con cierto rigor, dan buena muestra de cómo la doctrina del Tribunal Supremo se aparta de la corriente metodológica indicada que es la que, precisamente, le imputan u objetan estas tesis disconformes con la misma./ Pero [...] también hay que señalar conforme al rigor técnico exigible, que la caracterización llevada a cabo por la doctrina jurisprudencial no se realiza fuera de la ley, si por tal entendemos el actual sistema de fuentes que cabe aplicar. En efecto, contrariamente, a su simple asimilación a los deberes formales de la legislación sectorial, la caracterización expuesta refuerza su valor normativo al hacer descansar el fundamento de estos especiales deberes de transparencia real en el propio presupuesto causal del fenómeno que informa a la legislación especial aplicable y, con ella, la especial tutela del adherente-consumidor. De modo que el estándar de transparencia aludido, lejos de una interpretación literal de los preceptos en liza, encuentra su fundamento en la relevancia del principio de buena fe como fuente de especiales deberes de conducta; en el presente caso, como especiales deberes de configuración contractual del marco predispuesto./ Como puede observarse, fundamentos de índole causal y teleológica de la norma que alejan, aún más, la caracterización realizada del ámbito de la creación judicial del derecho./ En definitiva, también conviene resaltar, por si alguna duda quedara al respecto, que la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia Europeo concuerda tanto en el contenido, como en el procedimiento, con la caracterización dada por el Tribunal Supremo./...]/ De todas formas, ya resulte por la no oposición a los Principios generales del derecho, o bien por la previsión normativa al respecto, el alcance del control de transparencia, a la luz de la letra de la finalidad de esta directiva [93/13/CEE], está fuera de toda duda, esto es, tal y como señala la sentencia [STJU 30.04.2014, caso *Kásler, infra* [10]] no se limita al plano formal o gramatical de la cláusula, sino que alcanza a su comprensibilidad real [...]./ Como puede observarse, una interpretación claramente extensiva

⁴⁵ ORDUÑA MORENO (2016) p. 84.

⁴⁶ ORDUÑA MORENO (2016) p. 84.

de la exigencia de transparencia que nuestro Tribunal Supremo no sólo ha seguido, sino que, además, ha dado las pautas necesarias para su pleno entendimiento en la dogmática contractual»⁴⁷.

2.3 ALGUNOS TEXTOS JURÍDICOS QUE EXPRESAMENTE RECOGEN EL ARTÍCULO 4.2 DIR 93/13/CEE

[8] Son textos, que, *hoy por hoy, no son derecho positivo*, y que recogen dicho artículo de un distinto modo. En concreto:

a) El artículo 1262.2 de la *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* de 2009 (PMCC) de la Comisión General de Codificación (sección civil) dispone: «[e]l carácter abusivo [de las cláusulas no negociadas individualmente] no alcanzará a las prestaciones que sean objeto principal del contrato [...]»⁴⁸. Pérez Escolar, tras referirse al artículo 1261, 2 y 3, PMCC, advierte, que «la PMCC se aparta [...] de los textos de Derecho contractual europeo, [textos] que [...] sitúan el incumplimiento del deber de transparencia en el ámbito del control de contenido de las cláusulas no negociadas»⁴⁹ obviando así que, como esta-

⁴⁷ ORDUÑA MORENO (2016) pp. 84-85.

⁴⁸ El texto continúa: «y se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto de éste, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración y las demás cláusulas de dicho contrato o de otro del que dependa». CARBALLO FIDALGO: «el artículo 1262.2 [PMCC] excluye explícitamente del test de equidad las cláusulas que definen el objeto principal del contrato –básicamente, la relación económica entre prestaciones–, sin salvar su sujeción a las normas de transparencia que, sin embargo, deben reputarse aplicables a este tipo de cláusulas, al menos en cuanto se inserten en un contrato celebrado con un consumidor (artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE y STJCE *Comisión/Holanda*)» [(2013) p. 53; para dicha STJCE, *supra* nota 24].

⁴⁹ En el ámbito de los textos de Derecho contractual europeo de *soft law*:

a) El artículo II.-9:402 DCFR dispone: «Duty of transparency in terms not individually negotiated/ (1) A person who supplies terms which have not been individually negotiated has a duty to ensure that they are drafted and communicated in plain, intelligible language./ (2) *In a contract between a business and a consumer a term which has been supplied by the business in breach of the duty of transparency imposed by paragraph (1) may on that ground alone be considered unfair*» (cursiva mía). Para CÁMARA LAPUENTE: «sin justificación técnica y sin claro sustento comparatista, la solución [del art. II.-9:402 (2) DCFR] parece arbitraria para un texto que aspira a servir de modelo o inspiración para un Derecho positivo europeo» [AAMN (2015) p. 587, v. desde p. 586, p. 589].

En la *Nota 5 de Derecho comparado* del artículo II.-9:402 DCFR se afirma el *silencio* de la Dir 93/13/CEE sobre las consecuencias del incumplimiento del deber de transparencia (con la salvedad del art. 5, segunda regla, Dir 93/13/CEE) y *cómo ese silencio se ha interpretado* (las posibilidades de actuación de los Derechos nacionales): «The wording of Directive 93/13/EEC does not specify the legal consequences which follow where the transparency requirement has been breached in the individual case. The sole legal consequence of failure to fulfil the requirement of transparency to be explicitly provided is the interpretation rule in Directive 93/13/EEC art. 5 sent 2. This interpretation rule, however, only applies to clauses not drafted in plain language and which are capable of interpretation. However, the legal consequences of plain, but unintelligible clauses are not regulated (an example would be where, due to legal terminology or insufficient command of the language in which the terms are drafted, the clause is unintelligible to the consumer).

blecen la LCGC, el TRLCU y la PMCC, la consecuencia de que se produzca una violación del deber de transparencia por parte del predisponente debe ser la no incorporación al contrato de las cláusulas afectadas, que el adherente no tiene posibilidad de conocer, ni, por tanto, de formarse un correcto consentimiento contractual»⁵⁰.

En cuanto al mentado, por Pérez Escolar, artículo 1261 PMCC, este dispone:

«1. [...]»

2. Las condiciones generales quedan quedarán incorporadas al contrato siempre que el predisponente haya adoptado, en tiempo oportuno, las medidas adecuadas para facilitar al adherente el pleno conocimiento de la identidad y del contenido de las que estén destinadas a incorporarse al contrato, sin que baste la mera referencia a ellas en un documento aunque esté firmado por las partes.

3. No quedarán incorporadas al contrato aquellas condiciones generales que:

Accordingly there are widely differing views on the legal consequences of a breach of the transparency imperative. Some assume that the Member States are free to decide on the legal consequences. However, others see the requirement of transparency, by reference to recital 20 [transcrito *supra* nota 7], as a condition for the incorporation of terms. Finally there is the view that clauses which lack transparency are to be assessed according to Directive 93/13/EEC art. 3. If one follows this latter view, it is furthermore doubtful whether lack of transparency *per se* results in the term being rendered unfair or non-binding according to Directive 93/13/EEC art. 3(1) in conjunction with art. 6(1) or whether there is a further condition that the content of the clause is disadvantageous, i.e. causes a considerable and unjustified imbalance in the contractual rights and obligations contrary to the principle of good faith» [VON BAR/CLIVE (ed.) vol. I (2009) p. 632]. Aunque *infra* [17] expongo la tesis de CÁMARA LAPUENTE, adelanto que un punto de apoyo de su opinión es que la Dir 93/13/CEE no especifica las consecuencias del incumplimiento del deber de transparencia (a salvo lo dispuesto en el art. 5 Dir 93/13/CEE); CÁMARA LAPUENTE tiene presente la Nota 5 de Derecho comparado del DCFR, que acabo de reproducir. Sobre la transposición, y cómo, del artículo 4.2 Dir 93/13/CEE en los Derechos nacionales, ofrece una visión de Derecho comparado a 2006 y a 2015: CÁMARA LAPUENTE (2006) pp. 25-49, 52-57, y *AAMN* (2015) pp. 574-585, y *supra* [5] para el Derecho alemán.

b) En los PECL, el artículo 4:110 regula los *Unfair Terms not Individually Negotiated*, correspondiéndose su ap. 2 con el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE; dicho ap. 2 dispone: «This article [4:110] does not apply to: / (a) a term which defines the main subject matter of the contract, provided the term is in plain and intelligible language; or to/ (b) the adequacy in value of one party's obligations compared to the value of the obligations of the other party». Según el *Comment D* del artículo 4:110 PECL: «What judges and arbitrators may not do is to judge the relation between the price and the main subject matter. Article 6.110 [*sic*; 4:110] does not reintroduce the *iustun pretium* doctrine of canon law. The second paragraph aims to prevent this./ The second paragraph should be interpreted strictly. Terms which allow a party to raise the price are covered by the first paragraph [del artículo 4:110]./ *Illustration 2*: A car dealer sells an expensive car, which is so popular that there is a six month waiting list. The dealer sells the car for the price "as listed by the manufacturer at the time of delivery". Although the term relates to the price of the car, it is to be considered a term in the sense of paragraph (1)» [cursiva del original; LANDO/BEALE (eds.) (2000) p. 269; v. además *Comment G* del artículo 4:110, p. 269]. El ap. (1) del artículo 4:110 PECL ordena: «A party may avoid a term which has not been individually negotiated if, contrary to the requirements of good faith and fair dealing, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract to the detriment of that party, taking into account the nature of the performance to be rendered under the contract, all the other terms of the contract and the circumstances at the time the contract was concluded».

⁵⁰ PÉREZ ESCOLAR, *ADC* (2015) pp. 462-463, v. desde p. 461, y además p. 473.

1) Resulten tan sorprendentes o desacostumbradas que el adherente no pudiera razonablemente contar con ellas en contratos de las características del celebrado.

2) Las que su redacción sea de tal modo oscura o confusa que se pueda suponer que resultarán incomprensibles para el adherente medio en contratos de las características del contrato que se trate».

b) El artículo 525-7.3 (*Cláusulas abusivas*) de la *Propuesta de Código civil* de la *Asociación de Profesores de Derecho civil* ordena: «[e]l carácter abusivo no alcanza a las prestaciones que sean objeto principal del contrato y a su adecuación con el precio, siempre que se expresen de manera clara y comprensible»⁵¹.

Y c) el artículo 83.1 (*Ámbito de aplicación y criterios de valoración*) de la *Proposición de Ley de impulso de la transparencia en la contratación predispuesta* del Grupo Parlamentario socialista –artículo al que se ubica en el *control de contenido*; sobre la sistemática que se propone para el TRLGDCU, *infra* [52]– prescribe: «Quedan excluidas del control de contenido aquellas cláusulas que reglamenten los elementos esenciales del contrato, bien con relación a la definición del objeto principal o a la adecuación entre precio y retribución, o bien con relación a los bienes y servicios que hayan de proporcionarse como contrapartida entre las partes»⁵².

⁵¹ En el Libro V, Título II, Capítulo V. *Coordinadores del grupo* [para ese Título II]: Joaquín Ataz López e Isabel González Pacanowska; *Componentes del grupo*: María Belén Andreu Martínez, Carmen Leonor García Pérez, Gabriel Macanás Vicente y María del Carmen Plana Arnaldos; Capítulo II (salvo la sección 2.ª): Juana Marco Molina [PCCAPDC (2018) p. 10].

⁵² Los artículos 82 y 83 de dicha *Proposición de Ley* se ocupan, con carácter general, del control de contenido y disponen lo que sigue. Artículo 82: «Concepto y caracterización./ 1. Todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente, así como las prácticas no consentidas expresamente por los consumidores y usuarios, podrán ser objeto del control de contenido con relación a la legalidad de la reglamentación predispuesta por el profesional./ 2. Dicho control, aplicable de oficio por jueces y tribunales, con fundamento en las exigencias derivadas del principio general de buena fe y los postulados de justicia contractual, tiene por objeto examinar si la configuración de la reglamentación predispuesta, responde al previo y especial deber contractual que el profesional tiene de guardar un justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, que se deriven del contrato./ 3. La infracción de este deber contractual, en perjuicio del consumidor y usuario, comportará que la cláusula afectada sea declarada abusiva»; artículo 83: «Ámbito de aplicación y criterios de valoración./ 1. [Transcrito en el cuerpo del texto]/ 2. El carácter abusivo de la cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa. A su vez, el cumplimiento obligacional en la ejecución del contrato de que se trate, quedará fuera del control de abusividad de la reglamentación predispuesta./ 3. Dicha apreciación del carácter abusivo se realizará en el plano del desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, sin que se requiera que el desequilibrio comporte, además, una incidencia económica relevante con relación al importe de la relación contractual de que se trate./ 4. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del control de contenido sobre el resto del contrato./ 5. El predisponente que declare que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba./ 6. En cualquier caso, con carácter general, tendrán la consideración de cláusulas abusivas por falta de contenido las que incurran en los siguientes supuestos:/ a)

Dichas cláusulas, al igual que las resto de cláusulas del contrato, se encuentran *además* sometidas a un *control de transparencia* del que *infra* [53] doy cuenta.

2.4 LA JURISPRUDENCIA DEL TJ SOBRE EL ARTÍCULO 4.2 DIR 93/13/CEE

[9] En diversas SS –en algunas de las cuales el Derecho español es el implicado– el TJ se ha ocupado de la *interpretación* del artículo 4.2 Dir 93/13/CEE. Algunas de esas SSTJ las he ya mentado, cuando indiqué que el TS interpreta el Derecho español a la luz de la letra y de la finalidad de la Dir 93/13/CEE [de su artículo 4.2; *supra* [7] b)].

[10] Apuntado lo anterior, a continuación procedo a exponer las consideraciones y las doctrinas del TJ que, del artículo 4.2 Dir 93/13/CEE, me interesan, situándome en un *nivel general o de abstracción* y no para el concreto caso. Fundamento mi exposición en las *STJ, Sala 1.ª, 21.03.2013 (RWE Vertrieb)*⁵³; *STJ, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler)*⁵⁴;

vinculen el contrato a la voluntad del empresario./ b) limiten los derechos del consumidor y usuario./ c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato./ d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba./ e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o/ f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable».

⁵³ HECHOS: En un marco de régimen de libertad contractual, *RWE Vertrieb* celebró con diversos consumidores contratos de suministro de gas natural: los *contratos especiales*. Por otro lado, *RWE Vertrieb*, de acuerdo con la normativa nacional, tenía obligación de contratar con los consumidores aplicando una tarifa tipo: los *contratos sujetos a tarifa*. Las condiciones generales sobre la modificación del precio del gas de los *contratos especiales* se referían a las disposiciones de la normativa nacional, o a condiciones tipo que se correspondían con dicha normativa, *no aplicables a esos contratos especiales, sino solo a los contratos sujetos a tarifa*. Y dicha «normativa permitía al proveedor modificar unilateralmente el precio del gas sin indicar la causa, las condiciones o el alcance de la modificación, garantizando al mismo tiempo [...] que los clientes fueran informados de esa modificación y pudieran, en su caso, denunciar el contrato». Desde el 01.01.2003 hasta el 01.10.2005, *RWE Vertrieb* «incrementó el precio del gas en cuatro ocasiones» y los clientes «no tuvieron la posibilidad de cambiar de proveedor de gas». La *Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*, por cuenta de los consumidores, reclamó a *RWE Vertrieb* el reembolso de las cantidades abonadas por tales incrementos de precio. El *Landgericht Dortmund* estimó la cantidad reembolsable de 16.128,63 € más intereses. El *Oberlandesgericht desestimó* la apelación de *RWE Vertrieb* y esta recurrió en casación. El *Bundesgerichtshof* planteó dos cuestiones prejudiciales al TJ (interesa la segunda). Aps. 17-23.

⁵⁴ HECHOS: En 2008, *Kásler y Kásleerné Rábai* celebraron con *Jelzálogbank* un préstamo hipotecario «denominado en divisas», a devolver en 25 años, en cuotas mensuales que vencían el cuarto día de cada mes. La divisa extranjera fue el franco suizo y el préstamo se entregó en forintos húngaros (moneda nacional). Según la *cláusula I/1*, «la determinación en divisas de la cuantía del préstamo se realizará al tipo de cotización de compra de la divisa extranjera aplicado por el banco que esté vigente el día de la entrega del préstamo», y «el importe del préstamo, los intereses convenidos y los gastos de tramitación, así como los intereses de demora y demás gastos, se determinarán en la divisa extranjera, una vez realizada la entrega». En la *cláusula III/2* se indicaba, que «el prestamista fijará el importe en forintos húngaros de cada una de las cuotas mensuales adeudadas en función de la cotización de venta de la divisa (extranjera) aplicada por el banco el día

*STJ, Pleno, 26.02.2015 (Matei)*⁵⁵; *STJ, Sala 3.ª, 23.04.2015 (Van Hove)*⁵⁶; *STJ, Gran Sala, 21.12.2016 (Gutiérrez Naranjo, Palacios*

anterior al del vencimiento». Aps. 20-24. Los prestatarios demandaron a *Jelzálogbank* al considerar abusiva la *cláusula III/2*: las cuotas mensuales de devolución se hacían sobre la base de la cotización *de venta* de la divisa, mientras que el importe del préstamo entregado se hizo en función de la cotización *de compra*, confiriendo ello una ventaja unilateral e injustificada a *Jelzálogbank*. La demanda se estimó en primera instancia, lo que se confirmó en la apelación (en esta se concluyó, entre otras cosas, «que la cláusula III/2 no era clara y comprensible, [...] no permitía conocer la justificación de la diferencia en el modo de calcular el importe del préstamo según se tratara de su entrega o de su devolución»). *Jelzálogbank* recurrió en casación. La *Kúria* planteó tres cuestiones prejudiciales al TJ (interesan la primera y segunda referidas al artículo 4.2 Dir 93/13/CEE). Aps. 25-28, 35.

⁵⁵ HECHOS: El 04.03.2008, los prestatarios celebraron con *Volksbank* un contrato de crédito para cubrir gastos corrientes personales, a reembolsar en 5 años y en euros, y el 07.03.2008 celebraron otro contrato de crédito para financiar la adquisición de un inmueble, garantizado con hipoteca sobre el inmueble y a reembolsar en 25 años y en francos suizos (aps. 24-25). Ambos contratos contenían sobre el «carácter variable del tipo de interés» la siguiente *condición particular*: «el Banco se reserva el derecho de revisar el tipo interés corriente en caso de que se produzcan variaciones significativas en el mercado financiero, comunicando a los prestatarios el nuevo tipo de interés. El tipo de interés así modificado se aplicará desde la fecha en que sea comunicado» (ap. 26). En las *condiciones generales* había una cláusula, titulada «comisión de riesgo», según la cual «[...] por la puesta a disposición del crédito, el prestatario quede[a] obligado a satisfacer al banco una comisión de riesgo, calculada sobre el saldo del crédito y pagadera mensualmente durante toda la vida del contrato» (ap. 27), y en las *condiciones particulares*, bajo «comisión de riesgos», se «precisa que dicha comisión es igual al producto obtenido de multiplicar el saldo del crédito por 0,74% para el crédito contratado en euros, y por 0,22% para el crédito contratado en francos suizos», siendo el importe total adeudado por dicha comisión de 1.397,17 € para el crédito en euros, y de 39.955,98 CHF para el crédito en francos suizos (ap. 28). Los prestamistas presentan demanda ante el Tribunal de primera instancia (*Cluj-Napoca*) y solicitan la declaración de abusividad, y de nulidad, de una serie de cláusulas, entre ellas las antes referidas. El *Cluj-Napoca* declara nula «la cláusula relativa al carácter variable del tipo de interés», pues «el concepto de “variaciones significativas en el mercado financiero” es tan vago que permite al banco modificar el tipo de interés de forma discrecional»; sobre las cláusulas de «comisión de riesgo [...] no podían ser calificadas de abusivas pues, en particular, no era de su competencia apreciar el riesgo concreto asumido por el banco ni tampoco la eficacia de las garantías contractuales». Ambas partes recurren en casación. El *Specializat Cluj* plantea cuestión prejudicial. Aps. 30-35, 52.

⁵⁶ HECHOS: En 1998, *Van Hove* celebró con *Crédit Immobilier de France Méditerranée* dos préstamos reembolsables en mensualidades (uno hasta 2016, el otro hasta 2017). Y con *CNP Assurances* celebró un seguro, por cuya *primera cláusula*, la aseguradora se hacía cargo, a su vencimiento, del pago de las mensualidades «debidas por el prestatario al prestamista, en caso de fallecimiento o invalidez permanente y absoluta de aquél, así como del 75% de las mensualidades vencidas» si el prestatario está «en situación de incapacidad total para trabajar», y según la *segunda cláusula*, «el asegurado se encontrará en situación de incapacidad total para trabajar cuando, al término de un período de interrupción continuada en la actividad de 90 días (llamado plazo de carencia), se encuentre imposibilitado para volver a ejercer cualquier actividad, remunerada o no, como consecuencia de un accidente o de una enfermedad». Aps. 10-12. Posteriormente, a *Van Hove* se le reconoció una incapacidad permanente parcial para trabajar del 23%, después del 67%, y en 2011, la Seguridad Social la fijó en 72%, reconociéndole una pensión. En 2012, el médico de la aseguradora examinó a *Van Hove* y concluyó que su «estado de salud [...] le permitía ejercer a tiempo parcial una actividad profesional adaptada a su situación», por lo que *CNP Assurances* le comunicó y reiteró que no se haría cargo de las mensualidades del préstamo (si bien su «estado de salud [...] ya no era compatible con el ejercicio de su profesión anterior, disponía de la facultad de ejercer una actividad profesional adaptada a su situación, por lo menos a tiempo parcial» (ap. 16, v. desde el 13). En 2013, *Van Hove* demanda a *CNP Assurances* y solicita la declaración de abusividad de las cláusulas del seguro relativas a la definición de incapacidad total para trabajar y condiciones para adquirir la cobertura garantizada, así

Martínez, y Banco Popular Español)⁵⁷; STJ, Sala 1.ª, 26.01.2017 (Banco Primus)⁵⁸; y STJ, Sala 2.ª, 20.09.2017 (Andriciuc)⁵⁹. Concretamente, el TJ señala:

a) «El sistema de protección» de la Dir 93/13/CEE «se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferiori-

como la condena a hacerse cargo, desde junio de 2012, de las cantidades pendientes de los dos préstamos (ap. 17; v. ap. 18). El Tribunal de Gran Instancia de *Nîmes* plantea cuestión prejudicial para la segunda cláusula del seguro (ap. 25; v. desde ap. 20).

⁵⁷ HECHOS: a) *Gutiérrez Naranjo* celebró con *Cajasur Banco, SAU* un préstamo hipotecario con cláusula suelo. Ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Granada, *Gutiérrez Naranjo* presentó demanda, solicitando la declaración de nulidad de la cláusula suelo y la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por ella. Dicho Juzgado planteó dos cuestiones prejudiciales al TJ; b) El 28.07.2006, *Palacios Martínez* celebró un préstamo hipotecario con cláusula suelo con el *BBVA*. Ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante, la clienta presentó demanda, solicitando la declaración de nulidad de la cláusula suelo por abusiva y la devolución de las cantidades indebidamente pagadas por ella. El Juzgado estimó que la acción había quedado sin objeto por la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013 (infra [25])*, y procedía la devolución de las cantidades que el banco hubiera recibido por la cláusula suelo a partir de la fecha en la que se dictó dicha STS de 2013. La Audiencia Provincial de Alicante planteó siete cuestiones prejudiciales al TJ; c) El 01.06.2001, *Irlés López y Torres Andreu* celebraron con el *Banco Popular Español* un préstamo hipotecario con cláusula suelo. El 02.05.2007 y el 14.06.2007 (escrituras de novación), las partes acordaron aumentos de la cuantía del crédito, también con cláusulas suelo. Considerando que hubo falta de transparencia en las cláusulas suelo, los clientes presentaron demanda ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Alicante, solicitando la nulidad de aquéllas y la devolución de las cantidades indebidamente pagadas por ellas. El Juzgado estimó la demanda y condenó al *Banco Popular* a la restitución de lo pagado indebidamente desde la celebración del préstamo, y de sus escrituras de novación. Basándose en las *SSTS, 1.ª, P, 09.05.2013 y 1.ª, P, 25.03.2015 (infra nota 193)*, el banco apeló y la Audiencia Provincial de Alicante planteó una octava cuestión prejudicial al TJ. Aps. 27-43 y 45. V. *infra* nota 169.

⁵⁸ HECHOS: El 12.06.2008, *Banco Primus* concedió un préstamo a *Gutiérrez García*, quien lo garantizó con una hipoteca sobre su vivienda. La duración del préstamo fue de 47 años, a devolver en 564 cuotas mensuales. Ante el impago de siete mensualidades seguidas y en aplicación de la *cláusula 6 bis* del préstamo, el banco declaró el vencimiento anticipado del préstamo y el 23.03.2010 reclamó todo el capital pendiente de devolución, intereses ordinarios y moratorios, y costas y gastos. Se procedió a la venta de la vivienda en pública subasta (el 11.01.2011 fue la subasta), pero no compareció postor alguno y por decreto de adjudicación de 21.03.2011, el órgano jurisdiccional la adjudicó al *Banco Primus*, por un importe que representaba el 50% del valor de tasación. El 06.04.2011, *Banco Primus* solicitó entrar en posesión, la cual fue diferida en tres incidentes sucesivos, acabando uno de ellos por auto de 12.06.2013 por el que se consideró abusiva la *cláusula 6* del préstamo sobre intereses de demora. El auto de 08.04.2014 puso fin al lanzamiento. El 11.06.2014, *Gutiérrez García* formuló incidente extraordinario de oposición al procedimiento de ejecución hipotecaria, alegando que la *cláusula 6* era abusiva. El órgano jurisdiccional tenía dudas sobre si eran abusivas la *cláusula 3* sobre intereses ordinarios (calculados sobre el año comercial, esto es, 360 días), y la *cláusula 6 bis* sobre vencimiento anticipado por la cual el *Banco Primus* «podrá exigir la devolución inmediata del capital, de los intereses y de los demás gastos [...] cuando se produzca la falta de pago en la fecha convenida de cualquier cantidad adeudada en concepto de principal, intereses o cantidades adelantadas por el banco». El Juzgado de Primera instancia núm. 2 de Santander planteó siete cuestiones prejudiciales al TJ (interesan la cuarta y quinta). Aps. 18-20, 24, 25.

⁵⁹ HECHOS: *Andriciuc* y otros, cuyos ingresos eran en leus rumanos, celebraron entre 2007 y 2008 «diversos contratos de crédito denominados en francos suizos». Aparte de otras cláusulas contractuales, según la cláusula 1, ap. 2, *Andriciuc* y otros «estaban obligados a reembolsar las cuotas mensuales de los créditos en la misma divisa en que éstos se habían contratado, es decir, en francos suizos, con la consecuencia de que el riesgo de tipo de cambio, que supone un incremento de las cuotas en caso de disminución del tipo

dad con respecto al profesional, en lo referente [...] a la capacidad de negociación como al nivel de información, [...]», llevándole «a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional, sin poder influir» en su contenido⁶⁰. Y por esa situación de inferioridad, el artículo 3.1 Dir 93/13/CEE «establece [...] la prohibición de cláusulas tipo que, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato»⁶¹. Además, el artículo 5 Dir 93/13/CEE impone a los profesionales «la obligación de redactar las cláusulas de forma clara y comprensible», precisando su considerando 20 «que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas del contrato»⁶² [v. *supra* [3] y nota 7].

b) Para el consumidor «[r]eviste una importancia fundamental [...] disponer, antes de la celebración del contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha

de cambio del leu rumano con respecto al franco suizo, recaía enteramente sobre ellos». Según *Andriciuc* y otros, «el banco [*Banca RomâneascGSA*] [que] podía prever la evolución y las fluctuaciones del tipo de cambio del franco suizo», les expuso de modo incompleto el riesgo de tipo de cambio (no explicó que la divisa franco suizo «fluctuaba sensiblemente con respecto al leu rumano») y «la presentación se realizó de manera engañosa, poniendo de relieve los beneficios de este tipo de producto y de la divisa utilizada, sin mostrar sus riesgos potenciales o las probabilidades de que éstos se materializaran»; y «al no haberles informado de forma transparente acerca de dichas fluctuaciones, el banco incumplió sus obligaciones de información, de advertencia y de asesoramiento, así como su deber de redactar cláusulas contractuales de forma clara y comprensible para que cada prestatario pudiera apreciar el alcance de las obligaciones derivadas del contrato que celebraba»; consideraban que las cláusulas contractuales eran abusivas. Ante el *Tribunalul Bihor* (Tribunal de Distrito de Bihor, Rumanía), *Andriciuc* y otros solicitaron la anulación de las cláusulas, y que «se obligase al banco a establecer una nueva tabla de amortización que previera la conversión de los préstamos en leus rumanos, al tipo de cambio vigente en el momento de la celebración de los contratos de crédito». Dicho Tribunal *desestimó la demanda* (la cláusula no era abusiva). *Andriciuc* y otros apelaron, y el *Curtea de Apel Oradea* (Tribunal Superior de Oradea, Rumanía) planteó tres cuestiones prejudiciales al TJ (interesan en particular las cuestiones segunda y tercera). (Aps. 8-17).

⁶⁰ *STJU, Sala 1.ª, 21.03.2013 (RWE Vertrieb)* ap. 41; *STJU, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler)* ap. 39; *STJU, Sala 3.ª, 23.04.2015 (Van Hove)* ap. 26; *STJ, Sala 1.ª, 26.01.2017 (Banco Primus)* ap. 40.

⁶¹ *STJU, Sala 1.ª, 21.03.2013 (RWE Vertrieb)* ap. 42; *STJU, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler)* ap. 40; v. además *STJU, Sala 3.ª, 23.04.2015 (Van Hove)* ap. 27.

Artículo 3.1 Dir 93/13/CEE: «Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato». GONZÁLEZ PACANOWSKA: «La referencia acumulativa a la contravención a la buena fe y al desequilibrio importante en el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 parece ser el resultado de una transacción entre la coalición franco-alemana, favorable al criterio de la buena fe como paradigma general de contraste, y la propuesta inglesa de desequilibrio significativo; la combinación de ambos habría de permitir a cada Estado miembro la elección del estándar que mejor armonizara con su propio sistema» [«Artículo 82 TRLGDCU» (2015) p. 1112].

⁶² *STJU, Sala 1.ª, 21.03.2013 (RWE Vertrieb)* ap. 43; v. además *STJU, Sala 3.ª, 23.04.2015 (Van Hove)* ap. 27.

celebración», pues, él «decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información»⁶³.

c) Corresponde al TJ la interpretación de la Dir 93/13/CEE «y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual» a la luz de dicha Directiva, y, al juez nacional corresponde «pronunciarse, teniendo en cuenta tales criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual particular en función de las circunstancias concretas propias del caso»⁶⁴.

d) Las cláusulas del artículo 4.2 Dir 93/13/CEE «están comprendidas en el ámbito regulado» por la Dir 93/13/CEE⁶⁵.

e) En el ámbito de toda la Unión Europea, el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE debe ser objeto de «una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objeto perseguido por la normativa» de la Dir 93/13/CEE⁶⁶.

f) Al disponer el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE «una excepción del mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas» de la Dir 93/13/CEE, la misma «debe ser objeto de interpretación estricta»⁶⁷.

g) El concepto de «objeto principal» del artículo 4.2 Dir 93/13/CEE incluye «las prestaciones esenciales» del contrato «y que como tales lo caracterizan», y no incluye las cláusulas accesorias relacionadas con la esencia de la relación contractual⁶⁸.

h) La exclusión de la apreciación de la posible abusividad de las cláusulas de adecuación entre precio/retribución y bienes/servicios como contrapartida del artículo 4.2 Dir 93/13/CEE «tiene un alcance reducido», y se explica «porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control»⁶⁹.

⁶³ STJ, Sala 1.ª, 21.03.2013 (RWE Vertrieb) ap. 44; STJU, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler) aps. 69-70; STJ, Gran Sala, 21.12.2016 (Gutiérrez Naranjo, Palacios Martínez, y Banco Popular Español) ap. 50; STJ, Sala 2.ª, 20.09.2017 (Andriuciuc) ap. 48.

⁶⁴ STJ, Sala 1.ª, 21.03.2013 (RWE Vertrieb) ap. 48; STJU, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler) ap. 45; STJ, Pleno, 26.02.2015 (Matei) ap. 53; STJU, Sala 3.ª, 23.04.2015 (Van Hove) ap. 28; STJ, Sala 1.ª, 26.01.2017 (Banco Primus) ap. 57.

⁶⁵ STJ, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler) ap. 41; STJ, Sala 1.ª, 26.01.2017 (Banco Primus) ap. 62. V. además *supra* nota 28 en relación con la STJ, 1.ª, 03.06.2010 (Caja Madrid y Monte de Piedad de Madrid).

⁶⁶ STJ, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler) aps. 37-38; STJ, Pleno, 26.02.2015 (Matei) ap. 50; STJ, Sala 2.ª, 20.09.2017 (Andriuciuc) ap. 34.

⁶⁷ STJ, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler) aps. 42, 49; STJ, Pleno, 26.02.2015 (Matei) ap. 49; STJU, Sala 3.ª, 23.04.2015 (Van Hove) ap. 31; STJU, Sala 2.ª, 20.09.2017 (Andriuciuc) ap. 34.

⁶⁸ STJ, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler) aps. 49-50, v. ap. 46; STJ, Pleno, 26.02.2015 (Matei) ap. 54; STJ, Sala 3.ª, 23.04.2015 (Van Hove) ap. 33; STJ, Sala 2.ª, 20.09.2017 (Andriuciuc) aps. 35-36.

⁶⁹ STJ, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler) aps. 54-55; STJ, Pleno, 26.02.2015 (Matei) ap. 55.

i) La exigencia de que las «cláusulas se redacten de forma clara y comprensible» (transparencia) «se aplica en cualquier caso», abarcando la cláusula incluida en el artículo 4.2 y excluida por tanto del artículo 3.1, ambos de la Dir 93/13/CEE⁷⁰, y «tiene el mismo alcance» que la exigencia de transparencia del artículo 5 Dir 93/13/CEE⁷¹.

j) La transparencia de las cláusulas contractuales, exigida por la Dir 93/13/CEE, no se reduce solo a su «carácter comprensible [...] en un plano formal y gramatical»⁷², sino que «debe entenderse de manera extensiva»⁷³, «de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas» que, para él, derivan del contrato⁷⁴ (el «consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso» o «perspicaz»⁷⁵).

k) Si para «una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato», el consumidor no hubiera dispuesto, «antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración», el examen de su abusividad, en el sentido del artículo 3.1 Dir 93/13/CEE, «está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular»⁷⁶.

Cámara Lapuente discrepa «de la afirmación [del ap. 51 de la STJ, Gran Sala, 21.12.2016 (Gutiérrez Naranjo, Palacios Martínez, y Banco Popular Español)] cuando lo que se hace es conectar el control de transparencia con la abusividad, es decir, cuando se decide que la sanción por no superar ese control (4.2 y 5 de la

⁷⁰ STJ, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler) ap. 68.

⁷¹ STJ, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler) ap. 69; STJ, Gran Sala, 21.12.2016 (Gutiérrez Naranjo, Palacios Martínez, y Banco Popular Español) ap. 49.

⁷² STJ, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler) ap. 71, y v. ap. 75; STJ, Pleno, 26.02.2015 (Matei) ap. 73; STJ, Sala 3.ª, 23.04.2015 (Van Hove) ap. 40, v. además ap. 50; STJ, Sala 2.ª, 20.09.2017 (Andriuc) ap. 44, v. además ap. 51.

⁷³ STJ, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler) ap. 72; STJ, Sala 3.ª, 23.04.2015 (Van Hove) ap. 40; STJ, Sala 3.ª, 23.04.2015 (Van Hove) ap. 40; STJ, Sala 2.ª, 20.09.2017 (Andriuc) ap. 44.

⁷⁴ STJ, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler) ap. 73, y v. ap. 75; STJ, Pleno, 26.02.2015 (Matei) ap. 74; STJ, Sala 3.ª, 23.04.2015 (Van Hove) aps. 41, 47, v. además, ap. 50; STJ, Sala 2.ª, 20.09.2017 (Andriuc) ap. 45, v. además aps. 50-51.

⁷⁵ STJ, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler) ap. 74; STJ, Pleno, 26.02.2015 (Matei) ap. 75; STJ, Sala 3.ª, 23.04.2015 (Van Hove) ap. 47, v. además ap. 48; STJ, Sala 2.ª, 20.09.2017 (Andriuc) ap. 47, v. además ap. 51.

⁷⁶ STJ, Gran Sala, 21.12.2016 (Gutiérrez Naranjo, Palacios Martínez, y Banco Popular Español) ap. 51; v. además STJ, Sala 2.ª, 20.09.2017 (Andriuc) ap. 56; y v. además STJ, Sala 1.ª, 26.01.2017 (Banco Primus) aps. 64 y 67. Por otro lado, v. STJ, Pleno, 26.02.2015 (Matei) ap. 72.

Artículo 6.1 Dir 93/13/CEE: «Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismo términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas».

Directiva) en las cláusulas que definen el objeto principal del contrato deba ser *necesariamente* el carácter abusivo de dicha cláusula (directo o ponderado [...]); es decir, cuando se conecta el artículo 4.2 (control de elementos esenciales) con el 6 (consecuencias del carácter abusivo) por la vía del artículo 3 (definición de cláusula abusiva); mientras que, en realidad, el artículo 4.2 (y el 5) al configurar el deber de que la redacción de la cláusula sea “clara y comprensible”, sólo encuentra en la Directiva una sanción expresa (no en el artículo 6, sino en el propio artículo 5: interpretación *contra proferentem*) y, por tanto, *sí quedaron fuera de la Directiva, como una laguna reiteradamente denunciada, cuáles podrían ser otras consecuencias de que las cláusulas sobre elementos esenciales del contrato no fuesen transparentes, existiendo al menos tres modelos nacionales*: su no incorporación al contrato, su nulidad por considerar que se trata de cláusulas directamente abusivas (TS español) o su nulidad como cláusulas abusivas después de ponderar si concurren el resto de requisitos del artículo 3 (y 4.1, según el Derecho alemán) como ahora parece dejar entrever esta STJUE, en sentencia diseñada por un magistrado-ponente letón, pero formado en Alemania y en Derecho alemán, en lo que puede ser una nueva constatación –desde la propia terminología (“transparencia material”) hasta las consecuencias de este expediente– de la influyente interpretación que tiene la doctrina alemana sobre los preceptos de la Directiva 93/13» (cursiva del original)⁷⁷.

Para Cámara Lapuente, «*el TJUE ha podido extralimitarse en sus funciones, pues corresponde al legislador de la UE diseñar cuáles son las consecuencias jurídicas del incumplimiento del deber de transparencia del predisponente y, al no hacerlo, no corresponde al Tribunal de Luxemburgo suplir la inacción de aquél, sino que es materia para la que los Estados miembros son competentes*» (cursiva del original)⁷⁸.

⁷⁷ CÁMARA LAPUENTE, *Indret* (2017) p. 9; continúa: «[c]ómo da el paso esta sentencia de decir que el Tribunal de Luxemburgo conserva (al menos cierta) soberanía sobre la interpretación del artículo 6.1 (significado de “no vincularán”, correcto), a decir que la falta de transparencia del artículo 4.2 tiene la misma consecuencia (lo que parece hoy más bien labor de un futuro legislador europeo, no de un TJUE que acaso se haya excedido en sus funciones en este punto), parece un tanto endeble y corre así: (i) el TS interpretó que el artículo 4.2 comprendía no sólo una transparencia formal sino también material (§ 48 de la STJUE, lo cual es correcto y lo diría poco después la propia STJUE 30.4.2014, *Kásler*); (ii) «el control de la transparencia material» de las cláusulas sobre el objeto principal del contrato *ex* artículo 4.2 es el mismo que el del artículo 5 de la Directiva para todo tipo de cláusulas no negociadas (§ 49 de la STJUE, que es lo único en lo que el Tribunal está de acuerdo con el AG, es correcto y lo dicen de forma aún más nítida, aunque no las cite esta STJUE 21.12.2016, las SSTJUE 30.4.2014, *Kásler*; y 25.2.2015, *Matei*); (iii) el TJUE ha declarado (en la sentencia de 21.3.2013, *RWE Vertrieb*) que es fundamental que el consumidor tenga información precontractual de las condiciones generales y sus consecuencias (§ 50 de la STJUE). Fin de la argumentación» (cursiva del original; pp. 9-10). Sobre la influencia del Derecho alemán, *supra* nota 9 párrafo III; y a propósito de los tres posibles modelos nacionales, *supra* nota 49.a), la *Nota 5 de Derecho comparado* del artículo II.-9:402 DCFR.

⁷⁸ CÁMARA LAPUENTE, *Indret* (2017) p. 14, v. pp. 11-16; «TJUE, *acaso actuando “ultra vires”*» (negrita en el original; p. 13); p. 28.

*Y considera que el Derecho alemán posterior a la Dir 93/13/CEE está influyendo en cómo el TJU interpreta el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE: «el legislador alemán, al insertar en 2000 en su Código civil las reglas provenientes de su Ley de condiciones generales de la contratación, incluyó un nuevo inciso en el § 307.1 BGB, en el que se lee: “el hecho de que la cláusula no sea clara y comprensible también puede [kann auch] causar un perjuicio desproporcionado” y, por ende, ser abusiva. Esta regla no consta en la Directiva, es una traslación puramente alemana de su genuina jurisprudencia previa (y previa a la Directiva incluso, de 1988 en adelante) sobre el *Transparenzgebot* y la “transparencia material” y, sin embargo, parece estar desempeñando en la actualidad un papel de canon hermenéutico acerca del sentido más adecuado de los deberes de transparencia establecidos en la Directiva 93/13. De esta forma, el peso de la formación germánica de diversos Abogados Generales y magistrados del TJUE (incluido el ponente de la STJUE 21.12.2016) podría estar haciendo al Tribunal de Luxemburgo ver algunos preceptos de la Directiva con el color del cristal de una norma nacional posterior a la propia Directiva. Obvia recordar ahora el conocido influjo de la doctrina alemana en la propia redacción del artículo 4.2 de la Directiva; esa doctrina pesa ahora de nuevo en la relectura del precepto a la alemana» (cursiva del original)*⁷⁹.

l) Para determinar si la cláusula causa un *desequilibrio importante* entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, en detrimento del consumidor (art. 3.1 Dir 93/13/CEE), «deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente»⁸⁰. Y para determinar «en qué circunstancias» ese desequilibrio es contrario «a las exigencias de la buena fe», teniendo en cuenta el considerado 16 de la Dir 93/13/CEE, «el juez nacional debe comprobar [...] si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría un cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual»⁸¹.

⁷⁹ CÁMARA LAPUENTE, *Indret* (2017) p. 14. V. *supra* [4] y [5]; en relación con ALBIEZ DHORMANN, *supra* nota 19 párrafo II.

⁸⁰ STJU, Sala 1.ª, 26.01.2017 (*Banco Primus*) ap. 59, v. además ap. 58 y ap. 67.

⁸¹ STJU, Sala 1.ª, 26.01.2017 (*Banco Primus*) ap. 60; STJ, Sala 2.ª, 20.09.2017 (*Andriuc*) ap. 57. Considerando 16 Dir 93/13/CEE: «Considerando que la apreciación, con arreglo a los criterios generales establecidos, del carácter abusivo de las cláusulas, [...] necesita completarse mediante una evaluación global de los distintos intereses en juego; que en esto consiste la exigencia de buena fe; que en la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, a si se ha inducido de algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula y a si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor; que los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta».

m) «[L]a prohibición de apreciar el carácter abusivo de las cláusulas [del art. 4.2 Dir 93/13/CEE] abarca únicamente las redactadas de manera clara y comprensible»⁸².

3. EL CONTROL DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO CELEBRADO CON CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y CON CONSUMIDORES EN EL DERECHO ESPAÑOL Y SEGÚN LA DOCTRINA CIENTÍFICA

[11] Existen distintas tesis sobre *cómo* llevar a cabo dicho control, de las que paso a dar cuenta, exponiendo el pensamiento y argumentación de diferentes autores, quienes, en términos generales, cuentan con distintos trabajos en la materia (esto es, se trata de especialistas). Por lo que respecta a si el control de los elementos esenciales se *limita* a cuándo su redacción *no* es clara y comprensible (infracción del deber de transparencia por el predisponente) o procede *en todo caso*, recuérdese lo que *supra* [7] a) indiqué, además de lo que señalo en los subapartados siguientes.

3.1 EL CONTROL DE TRANSPARENCIA, LA CONTRADICCIÓN CON LA BUENA FE, Y EL DESEQUILIBRIO

3.1.1 Miquel González⁸³

[12] En 2002, a «juicio» de Miquel González, «es inviable un control de contenido⁸⁴ referido a los elementos esenciales del con-

⁸² STJU, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler) ap. 62, y v. ap. 61; STJU, Sala 1.ª, 26.01.2017 (Banco Primus) ap. 62; STJ, Sala 2.ª, 20.09.2017 (Andriuc) ap. 43, v. además ap. 41.

⁸³ Para la contratación entre empresarios y con condiciones generales: MIQUEL GONZÁLEZ, *infra* [54] [A] y nota 245.

⁸⁴ El control de contenido –indica MIQUEL GONZÁLEZ– «consiste en una aplicación de la Ley. Se trata ante todo de un control de validez de las condiciones generales o cláusulas predispuestas. [...] no es rigurosamente exacto decir que los jueces controlan el contenido de las condiciones generales o cláusulas predispuestas. Si la condición general se encuentra en la lista de la disposición adicional primera (LCU), es bastante claro que la sentencia no hace otra cosa que aplicar la ley igual que lo hace en otros casos subsumiendo la condición general en el supuesto de hecho de la norma y extrayendo la consecuencia jurídica: la nulidad de pleno derecho, que, como su nombre indica, existe con independencia de la sentencia. Es aplicación de la Ley sin ninguna particularidad, incluso si la prohibición legal contiene alguna posibilidad de valoración por emplear conceptos indeterminados. El procedimiento es inverso cuando se aplica la cláusula general de la buena fe y equilibrio de derechos y obligaciones, pero continúa siendo aplicación de la Ley, porque la cláusula general es una disposición de la Ley. No es un control judicial, sino legal. La norma existe, aunque su determinación sea diferente cuando se halla mediante la cláusula general. Es cierto que aquí los Tribunales son protagonistas del desarrollo de soluciones

trato. El error sufrido por nuestros legisladores al no incorporar el texto del artículo 4.2 de la Directiva [93/13/CEE] no puede tener como consecuencia una vulneración de la Directiva que en este punto no es de mínimos. El citado precepto [art. 4.2 Dir 93/13/CEE] ordena no establecer un control de los elementos esenciales. Entiendo [Miquel González] que para cumplir este mandato basta que nuestra Ley no los controle, sin que sea necesario haber transcrito *en este caso* el texto de la Directiva, porque ese mandato no otorga derechos a los consumidores, aparte de lo relativo a la claridad y comprensibilidad, que nuestra Ley también establece. El texto de la ley (artículo 10 bis) [LGDCU]⁸⁵ expresa en coherencia con la Directiva que el control se refiere *a los derechos y obligaciones de las partes* y no *al equilibrio de las contraprestaciones*, como se podía entender con el antiguo texto del artículo 10.1.c) de la LCU (“justo equilibrio de la [sic; las] contraprestaciones”), si bien el viejo 10.1.c).3 [LGDCU] también decía “desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes”./ Los acuerdos sobre elementos esenciales quedan excluidos del control en cuanto sean objeto de acuerdos individuales por disposición expresa de la Ley (artículos 10.1 y 10 bis [LGDCU] al exigir que no hayan sido negociados individualmente). Si constan en condiciones generales o en cláusulas predispuestas quedan excluidos de control por una interpretación integradora de la LCU con el artículo 4.2 de la Directiva corroborado con el texto de los artículos 10.1.c) y 10 bis [LGDCU] que no hablan de contraprestaciones, sino de derechos y obligaciones. Todo ello también con la ayuda del artículo 1.2 de la misma LCU que proclama el mantenimiento de los principios de la economía de

jurídicas nuevas, pero dentro del sistema y siguiendo las pautas valorativas que la Ley contiene. No pueden decidir caso por caso como tengan por conveniente. Deben ajustarse a los principios del sistema, a la finalidad de la cláusula general legal y operar sobre las normas existentes (interpretación, analogía, reducción teleológica) para hallar las nuevas formulaciones normativas que están implícitas en la buena fe, en el uso y en la Ley» (pp. 905-906); «[e]l control abstracto de las condiciones generales está confiado exclusivamente a los Tribunales y su intervención en él es naturalmente decisiva, pero también es aplicación de la ley» (p. 907). Todas las citas de «Artículo 10 bis.1, I y IV, LGDCU» (2002); v. desde p. 905 hasta p. 907.

⁸⁵ Artículo 10 bis LGDCU (versión de 1998; artículo añadido a la LGDCU por la DA 1.ª 3 LCGC): «1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente Ley./ El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato./ El profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba./ El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa./ 2. [...]».

mercado de acuerdo con la Constitución» (cursiva del original)⁸⁶. «No obstante, están sometidos a control de contenido las condiciones generales o cláusulas predispuestas relativas a los elementos esenciales si no son claras y comprensibles (artículo 4.2 de la Directiva)»⁸⁷. Y conforme a la Directiva 93/13/CEE, «las condiciones generales o cláusulas predispuestas relativas a los elementos esenciales del contrato [...] quedan sometidas a control de inclusión y de transparencia»⁸⁸.

Situándose en la exigencia transparencia, Miquel González explica su función en los elementos esenciales del contrato «al tiempo de contratar»⁸⁹: aquella «cumple la misión de garantizar que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para él y la prestación que va a obtener de la otra parte, o, si se quiere, la equivalencia de las prestaciones, siempre que el contrato se ejecute conforme a lo previsto. No hay control de equilibrio de las prestaciones, sino control de claridad para que le pueda ser imputado el conocimiento de las prestaciones que asumen las partes en el desenvolvimiento normal del contrato. Esto puede conocerlo o no, pero le es imputable su conocimiento si la condición general o la cláusula predispuesta que contiene la determinación de los elementos esenciales es transparente. La transparencia es fundamental para garantizar las elecciones de los consumidores en aquello cuya determinación se confía al mercado y a la competencia. Lo que está exento de control de contenido debe someterse a un control de consentimiento, y viceversa, lo que no está sometido a controles de consentimiento suficientes debe quedar sometido a control de contenido. En cuanto a los elementos esenciales, la buena fe exige transparencia sobre lo que típicamente provoca la decisión del consumidor. No se controla el equilibrio objetivo de las prestaciones de las partes, pero sí la claridad de las mismas. Naturalmente, la falta de transparencia debe entrañar algún perjuicio para el consumidor, pero este no ha de consistir en un

⁸⁶ MIQUEL GONZÁLEZ, «Artículo 10 bis.1, I y IV, LGDCU» (2002) pp. 910-911.

⁸⁷ MIQUEL GONZÁLEZ, «Artículo 10 bis.1, I y IV, LGDCU» (2002) p. 911; continúa: «[I]a regla de la prevalencia de los acuerdos individuales sobre las condiciones generales y la censura de las cláusulas sorprendentes, aunque la Ley no la recoja expresamente, pueden contribuir a eliminar condiciones predispuestas que modifiquen o alteren los elementos esenciales tal como al predisponente consta que el cliente se los representó o tal como éste tuvo razones suficientes para representárselo» (p. 911); para las cláusulas sorprendentes, v. p. 916.

⁸⁸ MIQUEL GONZÁLEZ, «Artículo 10 bis.1, I y IV, LGDCU» (2002) p. 912; v. hasta p. 913.

⁸⁹ MIQUEL GONZÁLEZ: «[I]a transparencia puede referirse al nacimiento del contrato, esto es, al tiempo de contratar, para que el cliente esté informado de las condiciones contractuales o [referirse] a la vida ulterior del contrato, para que se cumplan las obligaciones, deberes y cargas, y se ejerzan los derechos, poderes y facultades» [«Artículo 10 bis.1, I y IV, LGDCU» (2002) p. 913].

desequilibrio económico objetivo entre las prestaciones, sino que basta que el contrato en su normal ejecución suponga para él una mayor carga económica respecto de la que razonablemente podía ser prevista, aunque esté justificada objetivamente»⁹⁰. Para Miquel González, «cuando se trata de la transparencia de los elementos esenciales (art. 4.2 de la Directiva) lo que está en juego no es solamente la claridad y comprensibilidad de las palabras de las cláusulas [arts. 7 LCGC y 10.1.a) LCU], sino el significado y el valor de la oferta en el mercado, porque a pesar de palabras claras la cláusula puede provocar valoraciones erróneas sobre el favor que merece una oferta comparada con otras, y viceversa, una clave incomprendible para un cliente medio, si ofrece un dato que la hace fácilmente comparable con otras utilizadas para medir el mismo producto, cumplirá su misión de facilitar la elección. [...]. Es, sobre todo, la facilidad para comparar las ofertas respecto de los elementos no sometidos a control, el valor protegido por la exigencia de transparencia. Por tanto, se trata de un requisito diferente de los de inclusión cuando afecta a los elementos esenciales»⁹¹.

Sentado lo anterior, Miquel González precisa, que «[e]l problema de las cláusulas relativas a los elementos esenciales que no son transparentes es sí están sometidas a control de contenido y en qué sentido»⁹². «No cualquier cláusula que se refiera a los elementos esenciales queda excluida del control de contenido. Los criterios para distinguir las cláusulas relativas a los elementos esenciales sometidas a control de las exentas del mismo, son difíciles de establecer»⁹³. «Las reglas 2.^a, apartado 2, 7.^a y 22.^a» DA 1.^a LGDCU «se refieren al precio, por lo que es claro que la misma Ley [LGDCU] somete a control a algunas cláusulas relativas al precio»⁹⁴.

Por último, y en lo que me interesa, Miquel González señala que, «[s]i nos referimos a los elementos esenciales o al equilibrio de las prestaciones, éste puede existir y al mismo tiempo también [existir] una contravención de la buena fe si se falta a la debida transparencia. Aquí no se controla el equilibrio, sino la transparencia. Se protege el interés del adherente en el cálculo exacto de los

⁹⁰ MIQUEL GONZÁLEZ, «Artículo 10 bis.1, I y IV, LGDCU» (2002) p. 914.

⁹¹ MIQUEL GONZÁLEZ, «Artículo 10 bis.1, I y IV, LGDCU» (2002) pp. 914-915.

⁹² MIQUEL GONZÁLEZ, «Artículo 10 bis.1, I y IV, LGDCU» (2002) p. 916.

⁹³ MIQUEL GONZÁLEZ, «Artículo 10 bis.1, I y IV, LGDCU» (2002) pp. 916-917.

⁹⁴ MIQUEL GONZÁLEZ, «Artículo 10 bis.1, I y IV, LGDCU» (2002) p. 920; en pp. 920-928, analiza la DA 1.^a LGDCU identificando qué supuestos están sometidos a control, y concluye: «[h]emos visto en este apartado, sin carácter exhaustivo, qué cláusulas, referidas de alguna manera a los elementos esenciales, están sometidas al control, sin que ello signifique que en todo caso sean abusivas. Podrán serlo o no, pero no están exentas de control para acreditar su validez» (p. 928).

elementos esenciales con independencia de su equilibrio. Por consiguiente, respecto de ellos, al no estar sometidos a control de contenido, de equilibrio, adquiere suma importancia la protección del interés del cliente en la exactitud de su cálculo. El cliente tiene derecho a que no existan sorpresas, por falta de transparencia, sobre la carga económica que el contrato supone para él, por equilibrada que sea. Las condiciones generales no le pueden imponer una carga suplementaria, ni disminuir la del predisponente, si carecen de la necesaria transparencia»⁹⁵.

En 2011, Miquel González reitera su tesis para el TRLGDCU⁹⁶.

Según Miranda Serrano, citando en nota a pie de página a Miquel González, «[...] hay también quien ve en las cláusulas no transparentes o sorprendentes un problema de *falta de consentimiento* [...], la solución que se sigue consiste en considerar que dichas estipulaciones *no forman parte de la oferta negocial*, merced a su inclusión furtiva o camuflada por el predisponente dentro del clausulado negocial. Razón por la cual han de tenerse por *no puestas* si perjudican al consumidor. Salvo [...], cuando el predisponente demuestre que formaron parte de la oferta contractual por haber sido conocidas y comprendidas convenientemente por el adherente antes de emitir su consentimiento negocial, en cuyo caso no merecen reputarse sorprendentes o no transparentes. Se descarta así la aplicación del régimen de los vicios del consentimiento negocial en esta clase de estipulaciones. Para dejarlas sin efecto no es necesario que el adherente ejercite una acción de anulabilidad en el plazo de cuatro años que fija el Código Civil. La apreciación del carácter sorprendente o no transparente de la disposición puede realizarse *de oficio por el juez*, lo que se acomoda muy bien al carácter de *orden público* de la normativa protectora de los consu-

⁹⁵ MIQUEL GONZÁLEZ, «Artículo 10 bis.1, I y IV, LGDCU» (2002) p. 935; «la buena fe puede violarse por falta de transparencia sin necesidad de que exista desequilibrio en los elementos esenciales. El desequilibrio de éstos no se controla, solamente su transparencia. Se trata de una aplicación del principio de transparencia que rige también tratándose de elementos esenciales (artículo 4.2 de la Directiva)» (p. 931); «[n]o parece necesario especular demasiado, como en la doctrina italiana se ha hecho, sobre si son dos requisitos [contradicción con la buena fe y desequilibrio de derechos y obligaciones entre las partes] o uno solo. Si existe equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes no hay cuestión cuando se trata de las condiciones generales o cláusulas predispuestas controlables, sí, cuando se trata de los elementos esenciales, respecto de los que no importa su equilibrio, sino su transparencia. Es contraria a la buena fe la falta de transparencia sobre los elementos esenciales con independencia de su equilibrio, porque este equilibrio no es controlable. Respecto de los elementos esenciales se protege el interés del adherente en su transparencia por ser ellos los que típicamente determinan su elección. Que la buena fe, en el artículo 10 bis [LGDCU], está en relación con la utilización de un procedimiento contractual parece claro» (nota 110 en p. 941).

⁹⁶ MIQUEL GONZÁLEZ, «Artículo 82 TRLGDCU» (2011) pp. 715, 719, 722-723, 724-728, 732, 733, 734, 737, 741-742, 745, 750-751; teniendo en cuenta lo que he ido exponiendo de «Artículo 10 bis.1, I y IV, LGDCU» (2002), v. además (2011) pp. 714, 718-719, 726, 729-732.

midores y usuarios, dictada en desarrollo del artículo 51 del texto constitucional» (cursivas del original)⁹⁷.

3.1.2 Pertíñez Vílchez

[13] En 2004, Pertíñez Vílchez apunta dos posibles interpretaciones del artículo 4.2 *in fine* Dir 93/13/CEE: *una*, que la no redacción clara y comprensible de las cláusulas, que dicho artículo contempla, produce su *automática* abusividad; *la otra*, que, ante esa no redacción clara y comprensible, procede aplicar el control de abusividad, realizando la *oportuna valoración*⁹⁸. Teniendo presente el tenor del artículo 4.2 Dir 93/13/CEE, Pertíñez Vílchez defiende la segunda interpretación⁹⁹ y reformula dicho artículo como sigue: «*siempre que las cláusulas relativas al objeto del contrato o al precio no sean redactadas de manera clara y comprensible, debe procederse a la valoración de su carácter abusivo*» (cursiva del original)¹⁰⁰. *Ahora bien*, «[I]o que el intérprete debe evaluar no es si el precio es objetivamente justo o equilibrado en relación al objeto, sino si la falta de transparencia es instrumental a una alteración subrepticia de la posición de paridad de las prestaciones pactada[s] por las partes en ese contrato concreto. Se aúnan así la transparencia y desequilibrio sustancial en un mismo juicio en el que la falta de transparencia se convierte en medio o instrumento para el abuso, consistente en la alteración de la paridad *subjetiva* de las prestaciones» (cursiva del original)¹⁰¹.

⁹⁷ MIRANDA SERRANO, *Indret* (2018) pp. 38-39; en nota 149, en p. 39, MIRANDA SERRANO indica: «MIQUEL GONZÁLEZ (2017), quien apunta que, a su juicio, a las cláusulas sorprendentes o no transparentes les ocurre justo al revés de lo que le pasa a la publicidad *ex* artículo 61 TRLGDCU: que *no forman parte de la oferta*» (cursiva del original). V. *supra* nota 87 en relación con MIQUEL GONZÁLEZ.

⁹⁸ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) pp. 133-134.

⁹⁹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) pp. 134-135; «el tenor literal del artículo 4.2, según el cual, la falta de transparencia de las cláusulas relativas al objeto y a la prestación constituye sólo una condición que abre el juicio de abusividad, como se desprende de la preposición “siempre que”, que subordina la exclusión de la valoración de la abusividad a la violación del deber de transparencia»; v. también *Indret* (2017) p. 23.

¹⁰⁰ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) p. 135.

¹⁰¹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) p. 136; con anterioridad: «la valoración del carácter abusivo de una cláusula de contenido económico no transparente, no puede hacerse en los mismos términos que la valoración de una cláusula de contenido normativo. El intérprete no puede valorar el desequilibrio del precio y del objeto del contrato de la misma manera que evalúa el desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato, porque la determinación de la adecuación del precio y el objeto en una economía de mercado la fija el encuentro de la oferta y la demanda; al intérprete le falta un referente normativo objetivo conforme al cual evaluar la justicia del intercambio. El único referente del que dispone el intérprete para valorar el carácter abusivo de una cláusula de contenido económico es el contractual subjetivo: el acuerdo de las partes sobre el precio y el objeto del contrato. El desequilibrio en perjuicio del consumidor no puede sino derivar de la alteración subrepticia de la paridad de las prestaciones pactada[s] por las partes» (pp. 135-136).

Pertíñez Vílchez aplica su interpretación del artículo 4.2 Dir 93/13/CEE al entonces vigente artículo 10 bis 1 LGDCU (transcrito *supra* nota 85). Explica, que «[...] es posible reconstruir la regla del artículo 4.2 [...] como una hipótesis de cláusula abusiva dentro de la cláusula general del artículo 10 bis 1 [...] LGDCU, cuyo enunciado sería “*son abusivas las cláusulas relativas al precio y al objeto del contrato si por un defecto de transparencia provocan subrepticamente una alteración del equilibrio subjetivo de las prestaciones*”. Este enunciado cumpliría con los dos elementos del supuesto de hecho de la cláusula general: contrariedad a la buena fe y desequilibrio significativo en perjuicio del consumidor. La contrariedad a la buena fe viene dada por un defecto de transparencia, que sería, como en el artículo 4.2 [...], una condición para la declaración de abusividad; si el efecto que la cláusula provoca sobre el precio o el objeto ha podido ser conocido por el consumidor sin necesidad de una ocupación intensiva, no será contraria a la buena fe, y por consiguiente queda fuera del supuesto de hecho de la cláusula general. Por lo que respecta al segundo elemento constitutivo del supuesto de hecho, el desequilibrio significativo en perjuicio del consumidor, no puede ser un desequilibrio de la paridad objetiva del precio y del objeto, pues al juzgador no le está permitido en una economía de mercado controlar los precios, sino un desequilibrio de la paridad subjetiva de las prestaciones pactadas por las partes; una alteración subrepticia del equilibrio económico del contrato» (cursiva del original)¹⁰².

Con posterioridad y en diversas ocasiones, Pertíñez Vílchez reitera su tesis para la regulación del TRLGDCU. Así lo hace en 2011¹⁰³, en 2013, lo que expongo algo más abajo en caja más pequeña, y en 2017¹⁰⁴. En esta última ocasión, en la *Introducción* de su monografía *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios* (2.^a ed.) apunta: «En [...] 2004 publiqué el libro “Las

¹⁰² PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) p. 142; continúa: «De esta forma, se reconocería en nuestro ordenamiento una hipótesis de cláusula formalmente abusiva en relación a las cláusulas relativas a las prestaciones principales del contrato en la que se requieren dos condiciones: un defecto de transparencia y un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor. La falta de transparencia no sería suficiente por sí misma para clasificar una cláusula como abusiva y el mero desequilibrio material en perjuicio del consumidor tampoco. La construcción de esta hipótesis de cláusula formalmente abusiva en nuestro ordenamiento es posible, si se tiene en cuenta la función de creación de enunciados normativos de una cláusula general como la del artículo 10 bis 1 párrafo primero» (p. 142); v. además pp. 93-102.

¹⁰³ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «Artículo 80 TRLGDCU» (2011) pp. 706-707, con mención del artículo 60 TRLGDCU; v. pp. 697-699 para, con carácter general, los requisitos de formulación transparente, comprensibilidad, concreción, accesibilidad y legibilidad.

¹⁰⁴ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017) pp. 95-98, 113, 115; y v. la advertencia del autor en pp. 119-120, tras la *STJ* 26.01.2017 (*Banco Primus*; *supra* nota 58 para los hechos de dicha *STJ*).

cláusulas abusivas por un defecto de transparencia” [...] en el que se sostenía como tesis [...]. Aquella era por entonces sólo una teoría que para resultar exitosa requería ser acogida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. En este sentido, el esfuerzo doctrinal entonces realizado mereció la pena, pues no sólo la Jurisprudencia sobre las cláusulas suelo, sino también con anterioridad otras resoluciones judiciales acogieron los postulados de la teoría en esa obra esbozada, [...]»¹⁰⁵. Y ciertamente, algunas de sus afirmaciones doctrinales pueden leerse en diversas SSTS¹⁰⁶.

En 2013 y para el artículo 82 TRLGDCU, Pertíñez Vílchez expone y argumenta:

«conviene tener presente que *el artículo 82 TR-LGDCU es una cláusula general, esto es una fórmula ampliamente indeterminada en la que pueden tener cabida una múltiple fenomenología de hipótesis o de enunciados normativos que se deben ir decantando con la jurisprudencia, lo que excluye que sus dos elementos constitutivos –la contrariedad a la buena fe y el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor– sean interpretados de manera rígida*. Al contrario, estos dos elementos constitutivos del supuesto de hecho de la cláusula general han de considerarse como instrumentos que permitan al juez la formulación de las diferentes normas de decisión en las que se irá concretando la

¹⁰⁵ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017) pp. 18-19.

¹⁰⁶ V. *infra* [61] *Cuarto*; e *infra* notas 202 y 204.

VÁQUEZ MUIÑA –cuya posición expongo *infra* [16]– *critica* la tesis de Pertíñez Vílchez y de quienes la comparten, argumentándolo como sigue: «[...] para refutar la posición que sostiene que la vulneración del control de transparencia habilita la apertura de un control de contenido ulterior. [...] no se nos oculta que existen autores que abogan por esta posición, e incluso el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la STJUE de 26 de enero de 2017 [...]. Caso Banco Primus [*supra* nota 58] sostiene esta postura, más estas líneas doctrinales y jurisprudenciales no convencen. Carece de sentido que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE excluya del control de contenido los elementos económicos del contrato, para luego, una vez vulnerado éste, aplicarlo, pues el control de contenido y el control de transparencia dan respuesta a problemáticas distintas: el control de contenido se utiliza para fiscalizar las cláusulas jurídicas y el control de transparencia se emplea para enjuiciar las cláusulas económicas. No es posible realizar un examen jurídico a elementos económicos porque se trata de cuestiones metajurídicas que en una economía de mercado deben ser remitidas a la oferta y a la demanda. [...] Se ha indicado que, en caso de considerar válida la postura que sostiene que la vulneración del control de transparencia habilita un control de contenido ulterior, este último no actuaría como un control jurídico, es decir, no estudiaría si ha habido un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes, sino que examinaría si se ha producido una alteración subrepticia de las expectativas que el consumidor creía legítimamente haber pactado. Sin embargo, ello supondría reconocer un margen de actuación a dicho control que, hasta el momento, no se le ha atribuido, pues el control de fondo valora únicamente el desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que provocaría una cierta desnaturalización del mismo. Además, en caso de aceptar como válido que el control de transparencia actúa como presupuesto habilitante del control de contenido, consistiendo este último en el estudio de la frustración de las legítimas expectativas del consumidor, ello conllevaría una duplicidad material de controles, pues el control de contenido volvería a estudiar lo que ya ha analizado el control de transparencia, determinando que existe un perjuicio». Todas las citas de *CCJC* (2017) ap. II.2, 2.1.

cláusula general, *una de cuales puede ser la abusividad de las cláusulas que por su falta de transparencia causen un perjuicio al consumidor; consistente en una alteración de la carga económica del contrato*. Así, por ejemplo, en la fórmula “*desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato*” debe tener cabida no sólo los supuestos de distribución asimétrica o desproporcionada de los aspectos jurídicos del contrato, sino en general hipótesis de desequilibrio que incidan sobre los reales intereses de las partes del contrato, ya sean jurídicos o, como en el caso de las cláusulas abusivas sobre el objeto principal del contrato, económicos. En el supuesto objeto de análisis, la contrariedad a la buena fe consiste en aprovecharse del desconocimiento típico de las condiciones generales por parte del consumidor para incluir las mismas, sin una preponderancia, ni advertencia especial, cláusulas que por su importancia en la decisión de contratar debieron haber sido conocidas antes de la celebración del contrato, para que pudieran decidir con pleno conocimiento de causa» (cursiva mía)¹⁰⁷.

3.1.3 Moreno García

[14] En 2015, Moreno García comparte la tesis de Pertíñez Vílchez. Ello lo indica en su crítica a la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 (*infra* [25]), en el sentido de que «el Tribunal Supremo pese a considerar que las cláusulas suelo no son transparentes no conecta adecuadamente la falta de transparencia con el control de contenido. De hecho, *la argumentación de la misma [de la STS] es confusa, pues no se llega a comprender si las cláusulas suelo son nulas por ser consideradas cláusulas abusivas o si la ineficacia se deriva de la propia falta de transparencia*» (cursiva mía)¹⁰⁸. Y a continuación la autora expone:

«En nuestra opinión [Moreno García], las cláusulas suelo han de ser consideradas cláusulas abusivas, pues del tenor literal del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE se desprende que las cláusulas referidas al objeto principal del contrato pueden ser sometidas a un juicio de abusividad si no son transparentes. De esta forma, entendemos [Moreno García] que la primera tarea a realizar por el órgano judicial es la comprobación de si la cláusula supera el control de transparencia en los términos fijados en el capítulo anterior. Y si tras realizar este control de transparencia las cláusulas son consideradas no transparentes, ha de procederse a efectuar un juicio de abusividad en los términos fijados en el artículo 82 de la Ley especial [TRLGDCU], es decir, es necesario comprobar que las cláusulas reúnen los presupuestos para ser declaradas abusivas.

¹⁰⁷ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *InDret* (2013) pp. 23-24.

¹⁰⁸ MORENO GARCÍA (2015) pp. 119-120. Más allá de ese concreto aspecto, según PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «de la extensa y en ocasiones poco clara literatura de la Sentencia 9 mayo 2013 [...]» [(2017) p. 42; además *infra* nota 183 c) en relación con PERTÍÑEZ VÍLCHEZ].

En este sentido, compartimos [Moreno García] la opinión doctrinal que defiende que la falta de transparencia de los elementos esenciales del contrato entronca con el control de contenido, pues en estos supuestos la falta de transparencia ocasiona un perjuicio material para el consumidor, el cual consiste en la “alteración subrepticia” de los aspectos relacionados con los elementos esenciales del contrato; si bien, mediante este juicio de abusividad no se pretende valorar si el precio es justo o no, sino la alteración del equilibrio económico provocada por la aplicación de la cláusula. En este contexto, y conforme a la aludida doctrina, el artículo 82 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios ha de interpretarse como una *cláusula general* en la que pueden tener cabida distintos enunciados normativos, los cuales deberán ser apreciados por los tribunales. Así, los presupuestos exigidos por el precepto (buena fe y desequilibrio) no deben interpretarse de forma rígida, sino que son instrumentos que deben permitir al juez ir concretando los supuestos que tienen cabida en la cláusula general y, en este sentido, ha de incluirse la abusividad de las cláusulas que por un defecto de transparencia causen un perjuicio al consumidor (en este caso, por la alteración de la carga económica del contrato)¹⁰⁹.

3.1.4 Cañizares Laso

[15] Igualmente en 2015, dicha autora critica la *STS, 1.^a, P, 09.05.2013* (*infra* [25]), en cuanto que «no se explica cuáles son las consecuencias de la falta de transparencia “sustancial” de la cláusula [suelo] incorporada. Si nos fijamos el TS en un primer momento parece considerar que la falta de transparencia sustancial de la cláusula incorporada tiene como consecuencia su sometimiento al control de su abusividad, es decir, al control de contenido que, de acuerdo con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, no estaría excluido con respecto a cláusulas referentes a elementos esenciales no transparentes. Sin embargo, el Tribunal [Supremo] declara la nulidad parcial del contrato sin declarar la abusividad por no traspasar el mencionado control de contenido y sin explicación de la razón en la que basa la nulidad, es decir la regla jurídica en la que se fundamenta la nulidad de las cláusulas suelo, salvo la falta de transparencia»¹¹⁰. Tras ello, Cañizares Laso señala que «[l]os elementos esenciales no están sometidos a un control de contenido pero sí a un control de inclusión y transparencia» y *la cuestión es «determinar cuál es la consecuencia de la falta de transparencia cuando esa falta afecta a un elemento esencial»* (cursiva mía)¹¹¹. Y al respecto, «debemos preguntarnos si la consecuencia de que una

¹⁰⁹ MORENO GARCÍA (2015) pp. 120-121; v. hasta p. 125 (su conclusión en p. 125).

¹¹⁰ CAÑIZARES LASO, *RDC* (2015) pp. 92-93.

¹¹¹ CAÑIZARES LASO, *RDC* (2015) p. 93.

cláusula que afecta a elementos esenciales no sea clara es que debe traspasar el control de contenido o si existe una ineficacia automática» («aquí quizá resida la mayor complicación»)¹¹². Para la autora, «insistimos, la consecuencia no es la nulidad automática de la cláusula, sino la obligación de traspasar un control de contenido no previsto para el caso, precisamente, de que la cláusula sea clara y transparente. La razón no es otra que lo que está exento de control de contenido debe someterse a control de consentimiento y viceversa. Es decir los elementos esenciales, en principio están exentos de traspasar un control de contenido precisamente porque se encuentran sometidos a un especial control de consentimiento, un consentimiento material aun dentro de las normas de incorporación al contrato»¹¹³.

Más adelante, Cañizares Laso, que menciona a Pertíñez Vílchez, señala:

«Es distinto que la falta de transparencia de la cláusula, de acuerdo con el 4.3 [*sic*; 4.2] de la Directiva [93/13/CEE] suponga que dicha cláusula deba traspasar el control de contenido. Es decir no que la consecuencia sea la nulidad por ser abusiva sino que deba traspasar el control de contenido y sólo de no traspasarlo se trataría de una cláusula abusiva y por consiguiente nula. Distinto es que directamente, lo que sí sucede en el derecho alemán, se considere que la consecuencia de la falta de transparencia es la declaración de la cláusula nula por abusiva porque se entienda que implica un desequilibrio entre derechos y obligaciones contrario a la buena fe. Es posible incluso que pueda tratarse de una interrelación directa entre falta de transparencia y abusividad de la cláusula de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contrarios a la buena fe que lleva a esa conclusión de abusividad de la cláusula y por consiguiente a su nulidad. Como señala PERTÍÑEZ, recogiendo la doctrina alemana, existe entre la falta de transparencia de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato y el control de contenido una conexión, puesto que la falta de transparencia de las cláusulas sobre las que el cliente funda típicamente su decisión de contratar, puede ser causa de un perjuicio para el consumidor consistente en la alteración de la onerosidad o –en términos de la STS 9 de mayo de 2013– de la carga económica del contrato» (mayúsculas del original; para el Derecho alemán *supra* [5])¹¹⁴.

¹¹² CAÑIZARES LASO, *RDC* (2015) p. 93.

¹¹³ CAÑIZARES LASO, *RDC* (2015) pp. 93-94.

¹¹⁴ CAÑIZARES LASO, *RDC* (2015) p. 94; continúa: «A mi juicio esta es la argumentación correcta a efectos de la declaración de abusividad de la cláusula, en este caso de la cláusula suelo. Lo que parece dudoso es la alternativa entre tener que traspasar ese control de contenido al que remite la falta de transparencia o bien entender que en determinados casos, como sería desde luego la cláusula suelo, la falta de transparencia automáticamente conduce a un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes por cuanto para el consumidor supone una alteración de la onerosidad. No obstante, esta última no parece que deba ser la solución en todo caso. Por ello no parece que se deba establecer este automatismo de anudar a la falta de transparencia la condición de cláusula abusiva, puesto que el

3.1.5 Vázquez Muiña

[16] En 2017, Vázquez Muiña señala que la cláusula suelo forma parte de «la categoría relativa al objeto principal del contrato», al ser «estipulación [...] inescindible del precio que el prestatario tiene que pagar en concepto de interés» (contrato oneroso) y por ello, «su fiscalización [debe realizarse] a través del control de transparencia, y no a través del control de contenido»¹¹⁵. Que el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE excluya «del control de contenido a las cláusulas que versan sobre el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio» se debe a que son «elementos económicos», «aspectos metajurídicos, que, en una economía de mercado, deben quedar remitidos al libre juego de la oferta y demanda. En ellos, únicamente debe incidir el Derecho para garantizar un grado suficiente de transparencia que asegure la elección eficiente de los agentes del mercado. [...], el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE posee un marcado carácter liberal desde el punto de vista [...] económico»¹¹⁶. Y si la cláusula suelo no supera el control de transparencia, «procederá la declaración [...] [de su] carácter abusivo [...] de una manera directa y automática, pues, como bien [se] afirma» en la *STS, 1.ª, P, 08.06.2017*, «con motivo de las cláusulas suelo, la falta de transparencia 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 también al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado»¹¹⁷. Además, Vázquez Muiña especifica que «no debe infravalorarse el perjuicio que la falta de transparencia provoca en el consumidor, con independencia del tipo de estipulación, pues al no informar el pre-disponente de un manera clara y comprensible del funcionamiento, implicaciones y trascendencia de las cláusulas en el contrato, no sólo priva al consumidor de conocer adecuadamente el producto o servicio que está contratando, sino que, como consecuencia de lo anterior, el consumidor ve mermado su capacidad para comparar las

control de contenido supone un análisis de la cláusula cuyo parámetro de juicio es la buena fe y el desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes que quizá no toda falta de transparencia provoque» (p. 95). Para la autora, «[t]ampoco consigue una fundamentación PERTÍÑEZ [...], que intenta basarse en los deberes generales de información precontractual del artículo 60 TRLGDCU que en definitiva se refiere a la obligación de informar» [nota 56 en p. 93; v. *supra* nota 41 a)].

¹¹⁵ VÁZQUEZ MUIÑA, *CCJC* (2017) ap. II.2, 2.1.

¹¹⁶ VÁZQUEZ MUIÑA, *CCJC* (2017) ap. II.2, 2.1.

¹¹⁷ VÁZQUEZ MUIÑA, *CCJC* (2017) ap. II.2, 2.1.

ofertas existentes en el mercado. [...] conviene tener presente que algunas cláusulas, por muy secundarias o poco trascendentes que puedan parecernos, deben ser conocidas por el adherente, pues, de lo contrario, no solo éste desconocerá el producto o servicio que está suscribiendo, sino que no podrá compararlo adecuadamente con los ofertados por otros predisponentes en el mercado. [...] el control de transparencia se erige no sólo como el garante de la información precontractual, sino también como el protector del buen funcionamiento de la competencia»¹¹⁸.

La autora reitera su tesis en 2018¹¹⁹.

3.2 EL CONTROL DE INCORPORACIÓN¹²⁰

3.2.1 Cámara Lapuente

[17] En 2015, Cámara Lapuente destaca que los artículos 4.2 y 5.1 Dir 93/13/CEE «no establecen las consecuencias jurídicas por incumplir ese deber» de redacción clara y comprensible que aquellos artículos disponen, a diferencia de lo que sucede con la consecuencia de la «no vinculación» al consumidor que el artículo 6 Dir 93/13/CEE establece para las cláusulas abusivas del artículo 3 Dir 93/13/CEE. La determinación de las consecuencias/de los remedios por la infracción de la exigencia de transparencia del artículo 4.2 Dir 93/13/CEE es materia que compete a los Estados miembros¹²¹. Y esa no determina-

¹¹⁸ VÁZQUEZ MUIÑA, CCJC (2017) ap. II.2, 2.1.

¹¹⁹ VÁZQUEZ MUIÑA (2018) pp. 176-183.

¹²⁰ Sin perjuicio de lo que en este apartado 3.2 expongo (las tesis de Cámara Lapuente, y de González Pacanowska), *supra* [8] a) apunté cómo PÉREZ ESCOLAR señalaba que la LCGC, el TRLGDCU y la PMCC disponen la consecuencia de la no incorporación de la condición general cuando el predisponente viola el deber de transparencia.

¹²¹ CÁMARA LAPUENTE: «dado que el artículo 5 de la Directiva [93/13/CEE] sólo ha aludido expresamente al remedio de la interpretación *contra proferentem*, el resto de potenciales remedios por falta de transparencia ¿es una cuestión de competencia nacional o, por el contrario, merece una interpretación autónoma de la Directiva por parte del TJUE? (p. 568); «con la Directiva en su estado actual y respetando el principio de subsidiariedad y el carácter de mínimos de la Directiva 93/13 (artículo 8), así como la delegación en los Estados miembros de que “existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas” y la limitación del remedio de la “no vinculación” (artículo 6) igualmente a las “cláusulas abusivas” ex artículo 3 –no necesariamente lo son, *a priori*, en el diseño de la Directiva, las oscuras o incomprensibles–, parece en principio más consecuente con el estado actual de la norma comunitaria defender el margen que tienen los Estados miembros para solventar esta cuestión; por mucho que el tiempo esté ya maduro, más de 20 años después de la Directiva y a la luz del desarrollo legal y jurisprudencial del principio de transparencia en otros ámbitos y de las muy dispares soluciones incluso dentro de cada Estado miembro que generan inseguridad jurídica. Pero fiar la solución de esta materia al TJUE puede ser una encomienda que acaso exceda el papel que legalmente le corresponde./ Si, por ende, corresponde a los Estados miembros diseñar los remedios dentro del Derecho contractual nacional para una materia que no llegó a armonizar la Directiva, una cuestión ulterior es decidir –y ahí ya legítimamente en el contexto del ordenamiento jurídi-

ción comunitaria de las consecuencias, por la infracción de la transparencia requerida por los artículos 4.2 y 5 Dir 93/13/CEE, «ha sido denunciado[a] en la doctrina europea como una grave laguna de la Directiva¹²² y ha dado pie a *tres interpretaciones* en las transposicio-

co propio [...]— si los remedios por falta de transparencia de las cláusulas no negociadas han de derivarse de las propias normas que regulan las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas (control de “incorporación”) —como aquí se defiende—, de los remedios generales del Derecho de obligaciones y contratos (Código civil: anulabilidad por error o dolo, indemnización por daños, etc.), o bien crear un nuevo y genuino control sustantivo de transparencia (directo o mediato) ligado [al] carácter abusivo de las cláusulas que, desde luego, no estaba en el origen de la Directiva» (pp. 569-570; pero v. desde p. 564 hasta p. 574; y pp. 586, 589, 601; todas las cursivas del original y de AAMN (2015)). V. *supra* [8] nota 49 a) a propósito del DCFR.

¹²² Para «en la doctrina europea», CÁMARA LAPUENTE se refiere a Ebers (un trabajo de 2008), a los *Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (ACQUIS GROUP)* —grupos autores del DCFR; sobre el DCFR *supra* [10] nota 49 a)— y a Armbrüster [AAMN (2015) nota 22 en p. 562]. Posteriormente, en 2017, CÁMARA LAPUENTE vuelve a referirse a esos autores (añadiendo un nuevo trabajo de Ebers de 2016) [InDret (2017) nota 14 en p. 9] e indica «[e]l propio Informe de la Comisión Europea sobre los primeros cinco años de aplicación de la Directiva reconoce que se renunció a una armonización a escala europea de las consecuencias de la infracción del deber de transparencia» [cursiva del original; InDret (2017) p. 14, y v. nota 27 en esa p. 14].

En dicho Informe [27.04.2000, COM(2000) 248 final] sobre el «El principio de transparencia y el derecho a la información» (cursiva, negrita en el original; ap. 3) se indica: «De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva, las cláusulas contractuales propuestas a los consumidores deberán estar redactas siempre de forma clara y comprensible. El principio de transparencia, que constituye la base del artículo 5, presenta distintas funciones según se asocie a unas u otras disposiciones de la Directiva./ En efecto, el principio de transparencia puede aparecer como un medio para controlar la inserción de condiciones contractuales en el momento de la conclusión del contrato (si se analiza en función del considerando núm. 20 [*supra* nota 7]) o el contenido de las condiciones contractuales (si se lee en función del criterio general establecido en el artículo 3)./ El principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa./ La Comisión, en su afán por garantizar el derecho a la información precontractual del consumidor, redactó una disposición en este sentido en la propuesta modificada de Directiva de 1992 [en la nota 32 en p. 18 del Informe se indica: «El antiguo segundo apartado del artículo 5 preveía que “con independencia de su conformidad o no conformidad a derecho, las cláusulas que no hayan sido objeto de negociación por separado sólo se considerarán aceptadas por el consumidor cuando éste haya tenido la posibilidad de tener conocimiento real de las mismas antes de firmar el contrato”; cursiva del original]. Aunque el Consejo suprimió posteriormente del texto cualquier alusión al derecho a la información, algunos elementos de la Directiva se prestan sin embargo a una interpretación favorable a un reconocimiento implícito del mismo [en nota 34 en p. 18 se menciona el Considerando 20 de la Dir 93/13/CEE [*supra* nota 7; v. *supra* [10] a) y b) a propósito de la jurisprudencia del TJ] y el Anexo punto i) Dir 93/13/CEE]./ La realidad, en cambio, es muy diferente: el consumidor rara vez tiene la oportunidad, aun cuando lo solicite expresamente, de recibir del profesional las condiciones contractuales que registrarán posteriormente su contrato./ La Comisión sufrió en propia carne estas reticencias en el marco de los estudios que encargó para detectar la existencia de cláusulas abusivas en determinados sectores económicos./ La situación actual revela por lo tanto una ausencia total de “competencia” en cuanto a la calidad de las cláusulas contractuales./ Por otra parte, la violación del principio de transparencia no entraña sanciones propiamente dichas, puesto que las cláusulas contractuales que no respetan los criterios de claridad y comprensibilidad no se consideran abusivas ni deben, por tanto, suprimirse. [Esta última frase, que pongo en cursiva, la reproduce CÁMARA LAPUENTE en nota 27 en p. 14 [InDret (2017)] como apoyo de su afirmación referida al Informe, a la que aludo en el párrafo I *in fine* de esta nota 122, además de referirse el citado autor al contenido de la oportuna nota 36 del Informe]/ En efecto, el artículo 5 dispone que en tal caso deberá prevalecer la interpretación más favorable al consumidor, permitiendo así el mantenimiento de la cláusula contractual a pesar de sus irregularidades./ Pregunta núm. 3 [...]» (pp. 18-19).

nes estatales de la norma europea [...]; [la] primera, [que] la falta de transparencia ocasiona la no incorporación de la cláusula al contrato; la cláusula no es abusiva, simplemente no se incorpora [...]. *A mi juicio, la solución más correcta técnicamente es la primera (no incorporación) [...]. No parece haber obstáculo a que los dos rasgos establecidos hasta ahora para que ese nuevo deber de transparencia (comprensibilidad real y no solo formal o gramatical, entendimiento de la carga jurídica y económica) se apliquen a todo el control de incorporación en los contratos de consumo»* (cursiva del original)¹²³. «Además, ese control de incorporación (único, por tanto, para todo tipo de cláusulas abusivas, por más que pueda entenderse más acendrado para las que versan sobre el objeto principal) ha de atender al estándar del *consumidor medio* y no a la comprensión concreta de un adherente particular» (cursiva del original)¹²⁴.

Y modo de síntesis, Cámara Lapuente indica:

«En definitiva, se sostiene aquí que la falta de transparencia, con las modernas características desarrolladas por el TJUE y el TS, en el Derecho español y a falta de norma expresa interna y europea al respecto, tiene como consecuencia que la cláusula no supera el control de incorporación y se tiene por no puesta en el contrato; no se trata de una cláusula abusiva, por las siguientes razones:

– El carácter abusivo directo (ni indirecto) de una tal cláusula no viene impuesto por la Directiva ni, por el momento, ha sido interpretado así por el TJUE.

– *Para alcanzar el resultado de expulsar la cláusula no transparente del contrato es más sencillo, coherente con [sic; el] diseño de los dos filtros existentes para el control de las cláusulas de adhesión y técnicamente abonado el recurso al control de incorporación. Si no supera el control de incorporación/transparencia, la cláusula no formará parte del contrato y no es preciso entrar en ulteriores evaluaciones sobre su carácter abusivo. [...].*

[...].

¹²³ CÁMARA LAPUENTE, *AAMN* (2015) pp. 562-563; v. pp. 602, 605.

¹²⁴ CÁMARA LAPUENTE, *AAMN* (2015) p. 554; «[p]artiendo del canon jurisprudencial de la “comprensibilidad real” de todas las consecuencias jurídicas y económicas de la cláusula, ¿debe adoptarse una *perspectiva subjetiva* (comprensión por el concreto consumidor afectado) o una *perspectiva objetiva* (comprensión por un consumidor medio a la luz de las circunstancias concretas del caso, naturaleza del contrato, contexto y circunstancias generales en el momento de contratar, etc.)? Parece que la vía subjetiva debería reservarse para el expediente del error en el consentimiento y objetivarse al máximo el control de la no incorporación o, si se prefiere, de la abusividad por falta de transparencia. Tanto el TJUE como el TS están comenzando a encauzar por la vía objetiva esta cuestión en sus fallos más recientes, pero existe el riesgo de subjetivación del canon de “comprensibilidad real” de las consecuencias jurídicas y económicas por los tribunales, cuando esa perspectiva debería quedar reservada al expediente del error-vicio en el consentimiento» [cursiva del original; *AAMN* (2015) pp. 613-614]. V. *infra* nota 208 b), en donde CÁMARA LAPUENTE describe y explica cómo ese riesgo, de que el TS pasara («tránsito», «mutación») de una *perspectiva objetiva* de la comprensibilidad real a otra *perspectiva subjetiva*, tiene lugar en la *STS, 1.ª, P, 09.03.2017*, acercándose mucho, casi identificándose, con el error vicio (evolución jurisprudencial).

– Optar por la sanción propia del control de incorporación permite *la ventaja de poder emplear el mismo expediente al amparo de la LCGC, si se estima oportuno, también para contratos de adhesión entre profesionales* sin conculcar el ámbito de aplicación propio del régimen de las cláusulas abusivas exclusivamente para contratos de consumo, y sin perder necesariamente el cabal argumentario de la comprensibilidad real, material y no sólo formal o gramatical de las cláusulas no negociadas, aplicable a dicho control de incorporación»¹²⁵.

Cámara Lapuente añade, que «[I]a tesis que aquí se defiende, esto es, mantener la falta de transparencia dentro del control de incorporación, sin que las cláusulas con ese defecto sean consideradas abusivas, sino simplemente no puestas, no incorporadas, hasta la fecha, cuenta con pocos defensores pero podría estar abriéndose camino»¹²⁶.

En 2017, el autor reitera su tesis¹²⁷.

3.2.2 González Pacanowska

[18] En 2015, González Pacanowska señala que «[I]a infracción del deber de redactar las cláusulas de forma clara y comprensible puede recibir distinto acomodo sistemático en la legislación sobre cláusulas no negociadas: como obstáculo a su *incorporación*

¹²⁵ CÁMARA LAPUENTE, *AAMN* (2015) pp. 606-607. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ critica la tesis de que el control de transparencia se incardine en el control de incorporación: *InDret* (2016) pp. 9-11 y (2017) pp. 90-95. Para los contratos de adhesión entre profesionales *infra* [54] [A].

¹²⁶ CÁMARA LAPUENTE, *AAMN* (2015) p. 608; en nota 180 en p. 608, menciona a Carballo Fidalgo, Clavería Gosálvez, Barral Viñals, y Sánchez Ruiz de Valdivia, apuntando sus respetivas posiciones. Y v. *infra* nota 245 párrafo II para SÁENZ DE JUBERA HIGUERO.

¹²⁷ CÁMARA LAPUENTE, *supra* [10] k) en caja más pequeña, e *InDret* (2017) p. 14. Y ofrece, sintéticamente, las siguientes razones: «*resultaría más abonado reconducir el control de transparencia desde la abusividad en que se ha ubicado* (en esencia, en las SSTs, plenarias todas, de 9.5.2013, –con titubeos la STS 8.9.2014–, 24.3.2015, 23.12.2015, 3.6.2016 y 14.7.2016) *al control de incorporación* que, en nuestro país (y en muchos otros Estados miembros) dispensan en concreto el artículo 80 TR-LGDCU y los artículos 5 y 7 [...] (LCGC); obran en favor de esta reconfiguración de la moderna transparencia como parte del control de incorporación diversos argumentos [...]: la falta de ligazón en la Directiva de los artículos 4.2 y 5 con el artículo 6, de manera que no es una sanción contemplada en la Directiva por falta de transparencia, sino que las sanciones específicas se relegan a los Estados miembros; la falta en nuestro sistema (y en la Directiva) de un paralelo § 307 del BGB alemán [v. *supra* [5]]; la expulsión más sencilla del contrato de la cláusula tenida por no transparente (no incorporada, más protectora, por tanto con el adherente), frente a la necesidad de ponderación de todos los criterios que han de concurrir para que una cláusula sea abusiva (artículos 82.1 y 82.3 TR-LGDCU), incluida la prueba del “desequilibrio sustancial de derechos y obligaciones” y el perjuicio; la posibilidad de abordar con un control de transparencia más o menos homogéneo los contratos en los que el adherente sean [*sic*] no sólo consumidores, sino también empresarios (al residenciarse también en los artículos 5 y 7 LCGC), etc.» [*InDret* (2017) pp. 16-17; v. también *Boletín del Colegio de Registradores de España* (2016) pp. 1743, 1744-1745].

A MIRANDA SERRANO no llega a convencerle la tesis de la incorporación [*InDret* (2018) nota 177 en p. 47, con cita de otros autores; para su tesis *infra* [22]].

al contrato, como desencadenante de una *interpretación* favorable al adherente o consumidor, o como un ingrediente para apreciar el carácter *abusivo* de una cláusula» (cursiva del original)¹²⁸. En cuanto al TS, la autora distingue una etapa *anterior* a la STS, 1.^a, P, 09.05.2013 (*infra* [25]) y otra *posterior*, iniciada con dicha STS.

Sobre la etapa anterior y tras analizar un conjunto de SSTs, González Pacanowska apunta que «[e]n todos los casos citados se afirma el carácter abusivo de las cláusulas. En la mayoría de las resoluciones que acaban de citarse [...] la ausencia de información por parte del predisponente se traducían generalmente en un *desequilibrio en las posiciones de las partes* porque se encubría el indebido traslado de costes que el consumidor no debía soportar o que, en cualquier caso, no podía controlar porque no se habían especificado los conceptos a los que respondía la cantidad exigida. En otros, la vaguedad con la que la cláusula se había formulado dejaban al arbitrio del predisponente la determinación del monto económico de la operación (o su modificación) o se imponía el pago de gastos u obligaciones adicionales cuyo importe no se concreta. En otros [...] se encubría el traslado de los riesgos de operaciones financieras a los que los clientes eran ajenos, de modo que estos habrían de sufrir todas las pérdidas, sin hacerles partícipes en la misma proporción de los posibles beneficios; y el instrumento utilizado es una «comisión» incomprensible que no responde a servicios prestados.

En los casos relacionados, la falta de concreción o la oscuridad de la propia cláusula es un instrumento al servicio de un importante *desequilibrio* en contra de la buena fe. La transparencia se involucra como un factor más en el juicio sobre el carácter abusivo y es el *contenido de la estipulación* y el efecto que provoca sobre la posición de las partes lo que merece censura. El defecto advertido y que determina finalmente la nulidad *no podría salvarse* por más que se resalte formalmente la cláusula, se advierta al consumidor de los peligros que su aplicación conlleva, se garantice su reiterada lectura o la firma expresa. La sanción de nulidad persigue *impedir* lo que en el fondo merece tacha: que el predisponente pueda decidir o modificar el contenido o el alcance de las respectivas prestaciones sobre la base de criterios o datos que no se explicitan y el consumidor *a priori* desconoce; o configurar de manera *desequilibrada* el contenido de las posiciones contractuales» (cursiva del original)¹²⁹.

Para la segunda etapa –la iniciada con la STS, 1.^a, P, 09.05.2013– González Pacanowska indica que el TS considera lícita, en sí

¹²⁸ GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Artículo 80 TRLGDCU» (2015) p. 1070; continúa: «[e]stas opciones no se presentan en la práctica como una alternativa drástica y los tribunales acuden a los distintos resortes que el ordenamiento les proporciona para evitar la cláusula que en el caso se juzga indeseable» (p. 1070).

¹²⁹ GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Artículo 80 TRLGDCU» (2015) p. 1074, v. desde p. 1072; además «Artículo 82 TRLGDCU» (2015) pp. 1128-1129. V. *supra* [7] a) para la autora.

misma, a la cláusula suelo: esto es, «el predisponente puede establecer a su favor *exactamente el mismo contenido y la misma ventaja si se garantiza que el consumidor lo sabe y consiente*. El problema reside en que, por la forma de presentación del clausulado, podría pasar inadvertido que el interés mínimo (“el suelo”) existe; el consumidor habría creído contratar un tipo de interés variable con la expectativa de “abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés” y el suelo “frustra sus expectativas”, como dice la STS 9 de mayo de 2013 (§ 264). Pero el interés mínimo que el predisponente establece no es indeterminado ni se ha dejado a su arbitrio. Desde esta perspectiva, la *sustancia de la cláusula* no merece, al parecer, reproche./ [...] cuando el núcleo del problema se residencia en la falta de *conocimiento* de una ventaja del predisponente que en sí misma no se rechaza, se dejan sin explicitar las posibles razones de *fondo* que podrían militar en su contra y que, acaso, el tribunal también pondera. Razones que, quizá, tengan que ver con la introducción de límites en contratos con un margen de aleatoriedad o variabilidad; límites que pueden ser razonables (a la vista del resto de las cláusulas del contrato) o *pueden ser abusivos* cuando el riesgo se hace recaer, exclusivamente, sobre el adherente, en contra de la buena fe./ En estos casos –y a diferencia de aquellos en los que la falta de concreción provoca un desequilibrio de fondo– cabría pensar que el problema debería solventarse mediante la aplicación de las reglas generales del Derecho contractual y la disciplina de los vicios de la voluntad, como se apunta por algunos autores [al respecto, *infra* [19] y [20]]. Nada impide, entiendo [González Pacanowska], acudir como otra posible vía a la tutela que proporcionan las normas de la LCGC y del TRLGDCU. Pero, allí donde la cláusula no merece reproche de fondo, la sanción no debiera ser la abusividad por no haber destacado o comunicado una ventaja que en sí misma se considera *lícita y admisible al amparo de la autonomía de la voluntad*. Sin perjuicio de la tutela que puedan proporcionar las reglas de interpretación [...], nuestro legislador sanciona la falta de transparencia con la *no incorporación* [artículo 7.b) LCGC]» (cursiva del original)¹³⁰.

¹³⁰ GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Artículo 80 TRLGDCU» (2015) pp. 1074-1075; continúa: «[r]esulta llamativo que el Supremo considere que la presentación de las cláusulas “suelo” cumple lo que denomina la transparencia “formal”, que estaría en los artículos 5 y 7 LCGC, pero no la “superior” o sustancial, basada en el artículo 80.1 TRLGDCU. A la postre, el defecto observado, según el propio TS, se subsana con la suma de *más formalidades* para que el consumidor sea consciente de la existencia y los efectos del suelo; pero sin rechazar que el predisponente disponga de la *misma ventaja* que la cláusula inicialmente le reportaba» (cursiva del original; p. 1075); y de inmediato, la autora compara la tutela de la no incorporación de la cláusula no transparente con la del error vicio (el cual exige ser esencial y excusable, y conlleva la nulidad del contrato): «[r]ecordemos que los defectos de información en algunos sectores –como el bancario y el financiero, plagado de

González Pacanocuska se había ocupado de la transparencia en las condiciones generales, en 1999.

En aquel entonces, tras señalar que «[l]a norma contenida en el artículo 4.2 de la Directiva [93/13/CEE] no ha encontrado reflejo en la LCGC ni en la LGDCU» y que «[e]l Proyecto presentado a las Cortes sí contenía una disposición igual a la del artículo 4.2 de la Directiva [93/13/CEE]» (*supra* [6] y nota 22), González Pacanowska indica que «[n]o puede decirse que si se suprimió fue por una decisión que conscientemente estimó ser suficientes las normas de incorporación. Pero probablemente los instrumentos que ofrecen los artículos 5.4 y 7 b) LCGC y artículo 10.1 a) LGDCU hacen innecesario recurrir a un supuesto de cláusula abusiva por falta de transparencia, toda vez que una condición general que vulnere los postulados de claridad, concreción y sencillez se podrá considerar no incorporada a tenor del artículo 7 b) LCGC. Con lo que se consigue un resultado similar, que puede alcanzarse no sólo en contratos con consumidores, sino también entre profesionales; y, además, no se encuentra sustraído al ejercicio de una acción colectiva, como parece deducirse de nuestra Ley [...]. Esta conclusión implica que la sanción de no incorporación puede aplicarse no sólo en aquellos casos en los que la cláusula no puede ser conocida ni comprendida en absoluto, sino también en los casos de indeterminación, falta de concreción, incertidumbre, que se traducen en una incompleta o falsa representación del contenido contractual»¹³¹.

operaciones lícitas, pero incomprensibles para el cliente medio— han cursado en algunos ámbitos por la vía de los vicios del consentimiento, cuya concurrencia exige la *excusabilidad* del concreto afectado. En caso de apreciarse error excusable, se estima la pretensión de nulidad del contrato. El posible recurso a la teoría de los vicios de la voluntad convive con los instrumentos de tutela derivadas de las normas sobre condiciones generales y cláusulas no negociadas que sancionan con la *no incorporación* a las cláusulas cuyo desconocimiento no es imputable al consumidor y obran en su perjuicio, manteniéndose, en principio, el resto del contrato; consecuencia esta que, en muchos casos, conviene al interés de aquél. Y acaso esta segunda vía sea la adecuada cuando el desconocimiento no reviste la *esencialidad* precisa para provocar la anulación de todo el contrato, sino para operar sobre alguna de sus cláusulas o sobre sus efectos» (pp. 1075-1076). V. además GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Artículo 82 TRLGDCU» (2015) p. 1144. Sobre las diferencias entre abusividad por falta de transparencia y error vicio, *infra* [45] y nota 222.

¹³¹ GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Artículo 7 LCGC» núm. 28 pp. 250-251; «[d]e modo que las oscuridades derivadas de la inconcreción, indeterminación o ambigüedad de las condiciones generales pueden dar lugar a distintas consecuencias jurídicas [...]. Si la cláusula es susceptible de varios sentidos, el adherente podrá siempre y sin duda impetrar la aplicación de la tradicional regla de interpretación reflejada en el artículo 6.2. Más la Ley [LCGC] proporciona además otra posible solución: la no incorporación, que debe ser tenida en cuenta en aquellos casos en los que acaso pueda estimarse que existe un *disenso* respecto del contenido de la condición general. En este sentido, la no incorporación es un instrumento más en manos del juzgador, que concurre con otros destinados a solventar las disfunciones que produce el empleo de condiciones generales. Permite encontrar un claro apoyo positivo para desterrar aquellas cláusulas que acaso no vulneran la ley, la moral o el orden público, ni, en su caso, los parámetros establecidos en el artículo 10 bis LGDCU, más su redacción no proporciona el grado de información que el legislador pretende al exigir “claridad, concreción y sencillez”; impiden el conocimiento real de la oferta en aquellos aspectos que deben estimarse relevantes para el adherente, le imponen deberes o privan de derechos con los que podía razonablemente contar a la vista de las circunstancias que rodearon la celebración del contrato y la finalidad de éste o provocan en general incertidumbre acerca del contenido contractual.

3.3 EL CONTROL DEL CONSENTIMIENTO DEL CONSUMIDOR (EL DOLO INCIDENTAL DEL EMPRESARIO)

3.3.1 Alfaro Águila-Real

[19] El 23.03.2017, Alfaro Águila-Real recuerda que «[h]ace ya algunos años» dijo, «que la cuestión más relevante del Derecho de las condiciones generales que no había quedado completamente resuelta era la del régimen jurídico aplicable a las cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato»¹³², y

Acaso no es sólo un problema de graduación de la oscuridad, sino del elemento contractual al que la falta de claridad se refiere y su trascendencia en orden a la libre y consciente elección entre las opciones del mercado y la protección de las legítimas expectativas en el momento de la ejecución del contrato, buscando la solución que pueda favorecer a la parte que no ha influido sobre el contenido contractual, habida cuenta del “reparto de riesgos” realizado por el legislador» [núm. 34 pp. 254-255]; en general v. núms. 18-35 pp. 246-255, núms. 6-8 pp. 239-241, y además, para la transparencia, «Artículo 5 LCGC» (1999) núms. 77-89, pp. 185-192. Criticó la tesis de Gonzáles Pacanowska, PERTIÑEZ VÍLCHEZ (2004) p. 141.

¹³² En 2002, ALFARO ÁGUILA-REAL indicaba que las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato no eran condiciones generales por no cumplir la imposición requerida por el artículo 1.1 LCGC (según el autor, no hay imposición, si hay una alternativa razonable para renunciar a contratar con el empresario) y que sobre los elementos esenciales del contrato debe haber un acuerdo individual entre empresario y cliente para que el contrato sea válido (art. 1261 CC); decía: «Más complicado resulta argumentar que las cláusulas predispuestas que regulan los elementos esenciales del contrato *no son condiciones generales ni condiciones no negociadas individualmente en sentido legal*. El principal argumento en favor de esta afirmación es que *a las cláusulas predispuestas que regulan los elementos esenciales del contrato les falta uno de los requisitos necesarios para considerarlas legalmente como condiciones generales* [...], esto es, el requisito de que se trate de cláusulas impuestas. [...], no puede afirmarse que los empresarios imponen a los clientes el precio o la prestación por el hecho de que lo presenten sobre la base de “lo toma o lo deja”, precisamente porque el cliente no se ve afectado en su libertad contractual por tal forma de contratar. Para él es una alternativa razonablemente disponible la de renunciar a contratar si considera que el precio del viaje es muy caro (en comparación con la correspondiente cláusula predispuesta de otro empresario) [...], parece una interpretación razonable del requisito de la imposición del artículo 1 de la Ley [LCGC] la que lleva a considerar como cláusulas no impuestas las que se refieren a los elementos esenciales. Nuestro planteamiento pasa por afirmar que *sobre los elementos esenciales del contrato debe existir siempre un acuerdo individual entre el empresario y el cliente porque, en otro caso, no estaríamos ante un contrato válido en el sentido del artículo 1261 CC porque no habría concurrido el consentimiento de ambas partes sobre el objeto y la causa del mismo*» [pp. 132-133; v. *infra* [25] a) y b) y nota 172]. ALFARO ÁGUILA-REAL aclaraba, «que no cualquier cláusula que se refiera o afecte a los elementos esenciales deja de ser, por ello, una condición general. Sólo dejan de ser condiciones generales las cláusulas que *regulen* los elementos esenciales» (p. 133, v. hasta p. 135).

Además, ALFARO ÁGUILA-REAL planteaba si, a efectos prácticos y no sometiéndose los elementos esenciales del contrato al control de contenido, estos deberían someterse al control de inclusión y al de interpretación (recuerda el art. 4.2 Dir 93/13/CEE) y opinaba que era más coherente sistemáticamente someterlos a las reglas generales del Derecho de contratos; decía: «Cabe argumentar [...] a efectos prácticos, y aunque no se sometan estas cláusulas que regulan los elementos esenciales al control de contenido, sí que deben someterse al control de incorporación e interpretación. Esta conclusión se fundaría en la finalidad protectora de la legislación de condiciones generales: para ase-

«a estas alturas, seguimos sin saber a ciencia cierta, *cuál es el régimen jurídico aplicable a las cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato*» (cursiva, negrita en el original)¹³³. En su opinión, «*el control de las cláusulas predispuestas referidas al objeto del contrato es un control del consentimiento del adherente*» (cursiva, negrita en el original; transparencia material)¹³⁴. Para las cláusulas suelo, Alfaro Águila-Real señala que «[s]u validez depende de que su contenido –un límite mínimo a los intereses pagaderos en un crédito a interés variable– se corresponda con las expectativas del consumidor que contrató el préstamo, un préstamo a interés variable. ¿Cuáles son éstas? Que el tipo de interés del préstamo varía con la variación del tipo de referencia –el euríbor– en principio, sin límite. Ergo, una cláusula-suelo no se corresponde con las expectativas del consumidor que contrata un préstamo a interés variable. Por tanto, para que “valga” semejante pacto, es necesario que haya sido consentido

gurar la transparencia de las descripciones de la prestación y del precio, resultaría conveniente someter las cláusulas predispuestas que regulan los elementos esenciales a las normas del Derecho de las condiciones generales relativas a la inclusión e interpretación de los artículos 2, 5, 6 y 7 de la Ley [LCGC] y que, a tal efecto, calificarlas como condiciones generales permite afirmar la aplicación de dichos preceptos. Tal interpretación tiene a su favor [...] el texto de la Directiva cuando, tras excluir del control de contenido las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato, señala que tal exclusión debe aplicarse “*siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*”./ A nuestro juicio [...] la aplicación de estas reglas no aumenta la protección del cliente y resulta más coherente sistemáticamente someter dichos acuerdos –predispuestos o no– a las reglas generales del Derecho de contratos. En Derecho español, la aplicación de las reglas generales sobre la formación, interpretación, integración y nulidad parcial de los contratos garantiza de forma suficiente la transparencia de las descripciones de la prestación y del precio sin necesidad de recurrir al Derecho de las condiciones generales. En otros términos: para asegurar la responsabilidad del empresario por la formulación de los elementos esenciales del contrato bastan las reglas generales» (p. 136, v. hasta p. 138). ALFARO ÁGUILA-REAL entendía que su «interpretación [...] no es contraria a la Directiva [93/13/CEE]. Podría argumentarse que [...] las cláusulas referidas a los elementos esenciales quedan sometidas a la Directiva pero no al control de contenido. Pero tal argumentación no es definitiva. Lo que la Directiva pretende con los requisitos de inclusión e interpretación (artículo 5 Directiva) se logra perfectamente en Derecho español aplicando las reglas generales del Derecho de los contratos, en particular, el artículo 1261 ss. y el artículo 1288 CC» (p. 138; en nota 110 en p. 138: «Incluso después de la STJCE 10-5-2001, *Asunto C-144/99* [...] [*supra*] [6] y nota 24 para dicha STJ]. En definitiva, aquí no se niega que la Directiva no haya querido obligar a los Estados a garantizar la formulación transparente de las cláusulas predispuestas referidas a los elementos esenciales del contrato lo que se dice es que las normas nacionales con tal objetivo son normas generales del derecho de obligaciones y contratos»). Todas las cursivas del original y todas las citas de «Artículo 1 LCGC» (2002) y v. además las pp. 129-132. V. *infra* nota 172 en relación con ALFARO ÁGUILA-REAL.

¹³³ ALFARO ÁGUILA-REAL, *Almacén de Derecho* (21.03.2017) pp. 1-2.

¹³⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, *Almacén de Derecho* (21.03.2017) p. 3; «la fuente de su validez [de las cláusulas predispuestas y no negociadas individualmente que describen el objeto principal del contrato] se encuentra en que hayan sido consentidas por el consumidor en sentido estricto, esto es, su coherencia o consistencia con las expectativas del consumidor a la luz de las circunstancias que rodearon la celebración del contrato» (p. 4); «las primeras [cláusulas predispuestas y no negociadas individualmente que describen el objeto principal del contrato] “valen” porque han sido consentidas» (p. 6).

por el consumidor. Bien porque se “regateara” al respecto (hubiera una negociación particular al contratar), bien [...] porque el banco la incluyera en una cláusula predispuesta pero pueda probar que el consumidor conocía su existencia y alcance, de modo que tomó su decisión de contratar por considerar que la cláusula-suelo le convenía»¹³⁵. Alfaro Águila-Real considera que «*el régimen jurídico de las cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato no se encuentra ni en la Directiva [93/13/CEE] ni en la Ley de Consumidores*» (cursiva, negrita en el original)¹³⁶.

El autor argumenta que su tesis (control del consentimiento del consumidor, dolo incidental del empresario, que más adelante expongo) es compatible con la Dir 93/13/CEE, pues «según ha estudiado en detalle Cámara, el legislador europeo dejó la cuestión del tipo de ineficacia de las cláusulas predispuestas en mano de los derechos nacionales»¹³⁷; que «no deja de ser llamativo» que los artículos 4.2 y 5 Dir 93/13/CEE empleen los mismos términos de redacción clara y comprensible, lo que «indica que el legislador europeo no pretendía regular, en el *in fine* del artículo 4.2 una cuestión tan compleja como las consecuencias de la falta de transparencia» y, «[s]i hubiera querido hacerlo, habría dado indicaciones, bien en los Considerandos, bien en el articulado [de la Directiva], de dichas consecuencias de la falta de transparencia»; lo anterior se confirma en que el TJ, pese a la identidad en la redacción, ha interpretado distintamente los artículos 4.2 y 5 Dir 93/13/CEE, siendo la transparencia del artículo 4.2 Dir 93/13/CEE «mucho más intensa que la que se requiere para aplicar el artículo 5 y, lo que es más importante, que las consecuencias jurídicas son distintas. Distintas porque [...] el artículo 4.2 se refiere al control del consentimiento y el artículo 5 se enmarca en la lógica del control de contenido»¹³⁸.

Para el Derecho español, Alfaro Águila-Real indica, que «el hecho de que una de las partes describa el objeto principal del contrato mediante una condición general no es irrelevante», pues «justifica que el legislador “derogue” la regla general –basada en el principio de autorresponsabilidad– aplicable a los contratos cuyas cláusulas son producto de la negociación individual con influencia de ambas partes en su redacción y que se formula afirmando que “el que firma, se vincula”. Es decir, justifica que el legislador *no presuma que el consumidor la aceptó por el mero hecho de que figuren en el documento contractual aceptado por el*

¹³⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, *Almacén de Derecho* (21.03.2017) p. 5.

¹³⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL, *Almacén de Derecho* (21.03.2017) p. 6.

¹³⁷ Sobre cómo lo argumenta CÁMARA LAPUENTE, *supra* [17].

¹³⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL, *Almacén de Derecho* (21.03.2017) p. 13, v. desde p. 12.

consumidor»¹³⁹. «En relación con el objeto principal del contrato, el consumidor tiene derecho a esperar de la buena fe objetiva del empresario que el formulario *no contendrá ninguna cláusula que modifique las expectativas que, razonablemente, se ha podido hacer sobre el objeto de su contrato*, expectativas que resultan de las circunstancias que rodean la celebración del contrato y del mercado en el que dicho contrato se celebra (publicidad, tratos previos, ofertas comparables de otros empresarios, objeto usual de ese tipo de contratos etc.)/ [...] El empresario ha de incluir la cláusula en el contrato para que valga. Pero incluirla es condición necesaria pero no suficiente de su validez. Su función es probatoria. Facilita al predisponente probar que formaba parte del contrato. Pero, para que sea válida, es necesario que sea coherente con las expectativas del consumidor *típico*. Si no lo es, el empresario habrá de probar que fue consentida por el consumidor *concreto* que celebró el contrato»¹⁴⁰. «Al exigir que las cláusulas que describen el objeto principal del contrato sean “transparentes” en sentido material sólo estamos averiguando *si se puede o no decir que fueron consentidas por el consumidor*»¹⁴¹ y dicho análisis «permite averiguar cuál es el régimen jurídico aplicable al control de transparencia material» (que no es el control de contenido aplicable a las cláusulas accesorias)¹⁴². «[L]a consecuencia de la intransparencia material [...] si el empresario introduce en su formulario una cláusula en la que describe el objeto principal del contrato de forma diferente a la descripción del objeto del contrato que el consumidor tenía derecho a esperar, bien puede decirse que *el empresario ha empleado “maquinaciones insidiosas” (artículo 1269 CC) para mover al consumidor a contratar en condiciones distintas de las que el consumidor creía o podía creer que estaba contratando*»¹⁴³. Ahora bien, «la «maquinación insidiosa» (ocultar en el bosque de condiciones generales el “árbol” que alteraba las expectativas del consumidor respecto del objeto principal del contrato) no fue *causal* de la decisión del consumidor de contratar. Fue solo *incidental* (artículo 1270 CC). El consumidor quería contratar pero no en la condición introducida de forma intransparente por el predisponente en el objeto principal del contrato»; «como

¹³⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL, *Almacén de Derecho* (21.03.2017) p. 6; «[e]l principio de autorresponsabilidad que está detrás de esa regla no puede encontrar aplicación porque no es exigible la conducta por parte del consumidor en la que la regla está basada: que los contratos se lean de la cruz a la seña y que solo se firman si se está de acuerdo con todo su contenido» (p. 7).

¹⁴⁰ ALFARO ÁGUILA-REAL, *Almacén de Derecho* (21.03.2017) p. 7.

¹⁴¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, *Almacén de Derecho* (21.03.2017) p. 8.

¹⁴² ALFARO ÁGUILA-REAL, *Almacén de Derecho* (21.03.2017) p. 8.

¹⁴³ ALFARO ÁGUILA-REAL, *Almacén de Derecho* (21.03.2017) p. 8.

ha propuesto Pantaleón, *la mejor manera de proteger al consumidor pasa por aplicar las normas sobre el dolo incidental* que, como dice el artículo 1270 II CC, da derecho al consumidor a *reajustar el contrato* para que su contenido efectivo se adapte a las expectativas del consumidor, expectativas formadas a la vista de las circunstancias que rodearon la celebración del contrato. Por regla general, bastará con eliminar la cláusula intransparente [...] [p]ero, en muchas ocasiones [...] pasará por suprimir facultades del empresario o atribuir nuevos derechos al consumidor»¹⁴⁴. (Todas las cursivas, negritas en el original).

3.3.2 Pantaleón Prieto

[20] Efectivamente, como indicaba Alfaro Águila-Real (*supra* [19]), Pantaleón Prieto había defendido (12.03.2017) la aplicación del dolo incidental (art. 1270.II CC) para proteger al consumidor en relación con las cláusulas predispuestas e impuestas por el empresario en cuanto a los elementos esenciales del contrato. Según Pantaleón Prieto, la falta de transparencia (material), de dichas cláusulas, «es una cuestión de consentimiento viciado del consumidor, en un ámbito en el que puede jugar justa y eficientemente y, por lo tanto, *debe jugar la autonomía privada* (las reglas de los artículos 1091 y 1255 CC): el legislador quiere que el consumidor lea y comprenda bien el significado de las referidas cláusulas»¹⁴⁵. Esa falta de transparencia material «*es un supuesto de dolo del empresario*» (art. 1269 CC), siendo «opinión general en la doctrina que, cuando se haya producido el dolo grave» del artículo 1270.I CC, que justifica la anulabilidad del contrato, «la parte que sufrió la maquinación insidiosa de la otra parte puede optar, si prefiere mantener la vigencia del contrato, por el remedio» indemnizatorio del artículo 1270.II CC, que supone situar al que sufrió el dolo «*en la situación en la que, manteniendo vigente el contrato, [...] se habría encontrado si la maquinación insidiosa no hubiera existido*», sea ello *in natura* o por equivalente pecunia-

¹⁴⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, *Almacén de Derecho* (21.03.2017) pp. 8-9; sobre la dificultad de distinguir el dolo causal del solo dolo incidental, precisa que «no se plantean en el caso de cláusulas predispuestas», pues «[e]l legislador las ha resuelto al señalar que se mantenga el contrato por regla general como consecuencia jurídica» (p. 16); y sobre el daño indemnizable, «consiste en la diferencia “entre las cláusulas pactadas y las que se hubiesen pactado si no hubiese mediado el dolo. Se opta por la conservación del negocio pero eliminando esa ventaja indebidamente adquirida” (Germán Bercovitz)» (p. 16). V. las consideraciones de MIRANDA SERRANO sobre la tesis del dolo incidental, *infra* nota 147 párrafo II.

¹⁴⁵ PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho* (12.03.2017).

rio¹⁴⁶. «En bastantes ocasiones, esa indemnización *in natura* se conseguirá, simplemente, teniendo por no puesta la cláusula no transparente: es, por ejemplo, el caso de las cláusulas-suelo no transparentes. Pero, en otras ocasiones, exigirá un reajuste o readaptación del contrato: de la prestación, de la contraprestación o de la relación entre una y otra»¹⁴⁷. (Todas las cursivas, negritas en el original).

Además, Pantaleón Prieto entiende que «no hay base para afirmar» que sus tesis contradicen al artículo 4.2 Dir 93/13/CEE, «[d]iga lo que diga el TJUE (caso de que sepa realmente lo que dice al respecto)», pues «dicho artículo no se pronuncia en modo alguno sobre la consecuencia jurídica de la falta de transparencia: no impone que sea, necesariamente, la establecida en el artículo 6 [Dir 93/13/CEE] para las condiciones generales abusivas. Y no se nos alcanza razón alguna para que el Derecho español deba tratar jurídicamente la falta de transparencia sobre los elementos esenciales en los contratos entre empresarios y consumidores de forma radicalmente diferente a como trata cualquier manipulación insidiosa de un contratante que induce a otro a celebrar un contrato

¹⁴⁶ PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho* (12.03.2017).

¹⁴⁷ PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho* (12.03.2017). Considera, para las cláusulas predisuestas e impuestas sobre los elementos esenciales del contrato no transparentes (materialmente), que es solución «a todas luces inadecuada» la nulidad de pleno derecho «con las características de apreciación de oficio, imposibilidad de confirmación e inexistencia de plazo de caducidad»; también, que «sería inadecuado que el consumidor no tuviera más remedio disponible que la anulación del contrato en su totalidad», y «afortunadamente, con la regulación de los vicios del consentimiento en el Código Civil español [...], no hay por qué llegar a esa conclusión». A continuación, PANTALEÓN PRIETO desarrolla la tesis que he expuesto en el cuerpo del texto sobre el dolo incidental.

MIRANDA SERRANO considera «especialmente atinada» la tesis «que reconduce el problema a un supuesto de *dolo incidental*» (Alfaro Águila-Real, *supra* [19]; Pantaleón Prieto en este [20]), pues, las definiciones jurídicas del dolo y del dolo incidental «aceptadas por nuestra comunidad se ajustan bastante bien al perfil de las cláusulas no transparentes o sorprendentes. [...], lo que a través de estas estipulaciones consiguen los predisponentes no es otra cosa que hacer que los adherentes contraten en unas condiciones económicas más gravosas para ellos que aquellas en las que creían haber contratado», y porque «los remedios para luchar contras las cláusulas sorprendentes o no transparentes a los que se llega desde la tesis del dolo incidental son más atinados que aquellos a los que conduce la configuración de dichas cláusulas como supuestos de error, dados los obstáculos existentes en nuestro Derecho para admitir la anulabilidad parcial como remedio frente a un error también parcial. [...]» (pp. 39-40). Y si bien «[l]a crítica más relevante que podría hacerse a la tesis del dolo incidental es que *no permite la apreciación de oficio por el juez*», «no es [crítica] insalvable ni decisiva»: si cuando hay «un verdadero vicio del consentimiento», el contrato «sólo puede ser atacado [...] mediante el ejercicio de una acción procesal a instancia de parte», «no parece censurable reconducir el problema de las cláusulas sorprendentes o no transparentes a un caso de dolo incidental y [...] privar al juez que conozca del asunto de la facultad de declarar de oficio el carácter sorprendente o no transparente de una estipulación» [p. 40; todas las citas de *InDret* (2018); todas las cursivas del original]. Expongo la tesis de MIRANDA SERRANO, *infra* [22].

que, sin ella, no hubiera hecho»¹⁴⁸. (Todas las cursivas del original).

3.4 EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS SORPRENDENTES

3.4.1 Agüero Ortiz

[21] En 2017, Agüero Ortiz manifiesta que en la *S, I.ª, P, 09.03.2017* (*infra* [37]-[38]), el TS había reconducido su control de transparencia de la cláusula suelo en contratos con consumidores «al error en el consentimiento parcial relativo a alguna de las condiciones¹⁴⁹ [que] debió haber sido siempre el criterio a seguir. Es el antiguo problema de las “cláusulas sorprendentes” cuya resolución se produce mediante el error vicio esencial-parcial. De conformidad con ello, podrán impugnarse por error en el consentimiento esencial pero parcial de cláusulas que, habiendo superado el control de inclusión del artículo 5 LCGC y artículo 80.1 TRLGDCU [...], regulen elementos esenciales del contrato (en el sentido del art. 4.2 de la Directiva) para el caso de que modifiquen sorpresivamente dichos elementos contractuales esenciales en relación con los términos en que los contratantes se los representaron, confiando en que no serían después alterados de forma subrepticia. [...] este era precisamente el defecto de que adolecían las cláusulas suelo en tanto que cláusulas incluidas en el contrato “de forma sorpresiva, oculta entre una profusión de cláusulas financieras, [que] provoca una alteración subrepticia del precio del crédito (STS de 9 de mayo 2013 [...])”. Así pues, siendo el error parcial (relativo a una cláusula sorprendente específica) cabrá la declaración de nulidad de la cláusula concreta sin que sea necesaria una evaluación específica respecto a si el consumidor habría deseado contratar o no de no haber existido error sobre tal cláusula»¹⁵⁰. (Cfr. con la tesis de Pagador López, *infra* [61] *Noveno*, en caja más pequeña).

¹⁴⁸ PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho* (12.03.2017). Cfr. CÁMARA LAPUENTE *supra* [17] en lo que se refiere a que la Dir 93/13/CEE no dispuso específicamente una sanción para la infracción de la transparencia exigida por el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE.

¹⁴⁹ AGÜERO ORTIZ, *CCJC* (2017) ap. V. V. además notas 203, 205 y 208 a).

¹⁵⁰ AGÜERO ORTIZ, *CCJC* (2017) ap. V. La autora considera que la razón de que el TS no utilizara el remedio de las cláusulas sorprendentes en la *STS, I.ª, P, 09.05.2013* (*infra* [25]) fue que se ejercitó una acción colectiva y en ella «no hay [un] estudio de casos ni circunstancias, allí no podía incidir en lo más mínimo si el consumidor adherido era abogado, si consultó el proyecto de préstamo con el notario días antes, etc. pues este tipo de prueba no tiene lugar en los procesos colectivos interpuestos en el interés difuso de los consumidores. En otras palabras, no cabe acción colectiva sobre el error en el consentimiento, ésta [la acción colectiva] debe derivar de la normativa de consumo. Por consi-

3.4.2 Miranda Serrano

[22] En 2018 y tras apuntar que la «incorporación [del control de transparencia] ha sido obra de la jurisprudencia», Miranda Serrano afirma que, «en rigor», el origen del control de transparencia «es posible residenciarlo en la *regla prohibitiva de las cláusulas sorprendentes*¹⁵¹ que, pese a no contar con una formulación legal en nuestro Derecho, sí ha sido abordada por la doctrina estudiosa de la contratación estandarizada» (cursiva del original)¹⁵². Considera, que «cabría afirmar que a través de ese

guiente, este control que debió ser de excusabilidad del error, se hizo depender de la normativa de consumo [...] para poder entrar a conocer la demanda colectiva» [CCJC (2017) ap. V]. Más allá, v. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) pp. 213-214 (considera que ni el error, ni el dolo, son instrumentos adecuados para la *regla de las cláusulas sorprendentes*, además de que dan lugar a la nulidad total del contrato).

¹⁵¹ No siendo textos de Derecho positivo tratan de las cláusulas sorprendentes:

a) El artículo 430-3.2 del *Anteproyecto de Ley del Código Mercantil* (30.05.2014): «Carece de eficacia aquella cláusula integrada en condiciones generales cuyo contenido o redacción, material o formal, carezca de razonable previsibilidad para la otra parte del contrato, salvo que ésta la acepte expresamente».

b) El artículo 1261.3.1) PMCC, transcrito *supra* [8] a). CARBALLO FIDALGO: «La regla de la expulsión de las cláusulas sorprendentes o insólitas [del art. 1261.3.1) PMCC] es una novedad en la legislación española que ha de ser bien recibida, aun cuando sería deseable que la norma aportase criterios para valorar el carácter inesperado de la cláusula (contenido de la publicidad y oferta contractual, tratos previos, configuración y presentación externa del documento contractual, acuerdos individuales alcanzados que resultan desvirtuados por la cláusula insólita...)» [(2013) pp. 52-53; la autora se ocupa de las cláusulas sorprendentes para el Derecho español en pp. 111-114].

c) El artículo 525-6.5 PCCAPDC (Incorporación al contrato): «No pueden invocarse por el predisponente las cláusulas que resulten tan sorprendentes o desacostumbradas que el adherente no pueda razonablemente contar con ellas en contratos de las características del celebrado».

V. MIRANDA SERRANO, *InDret* (2018) pp. 59-63.

¹⁵² MIRANDA SERRANO, *InDret* (2018) p. 11; continúa: «sobre todo, al analizar las previsiones de otros ordenamientos –como el alemán– que sí cuentan con una regla de esta naturaleza» (p. 11). Recuerda que el artículo 5.c) del *Proyecto de LCGC* recogió la prohibición de las cláusulas sorprendentes para los contratos con consumidores, y entre empresarios, suprimiéndose en la tramitación parlamentaria «deliberadamente [...] con una argumentación nada convincente». Sin embargo, «algunos indicios permiten entender que este control tiene acogida de forma implícita en nuestro Derecho», como la interpretación del TS de la prohibición de cláusulas abusivas del artículo 3 LCS en el sentido de que «abarca no sólo las cláusulas abusivas sino también las sorprendentes, que desnaturalizan los contratos de seguro en abierto contraste con las expectativas legítimas y razonables de los tomadores o asegurados», y el artículo 61 TRLGDCU (principio de integración publicitaria en el contrato) que «protege las expectativas legítimas y razonables suscitadas en el ánimo de los consumidores por la publicidad y las actividades promotoras de la contratación, aun en los casos en que las condiciones generales por las que se rigen los contratos celebrados dispongan otra cosa diferente». Ahora bien, lo anterior «no dejan de ser nada más que indicios. [...]». En rigor, la formulación del control de transparencia [...] ha sido obra de la labor judicial que, con el auxilio de la doctrina, lo ha definido en los términos expuestos más arriba» (pp. 42-44; para su interpretación del art. 61 TRLGDCU, pp. 40-42; además, «dado que, en rigor, el art. 61 TRLGDCU es un desarrollo normativo –para el ámbito específico de las relaciones de consumo– del artículo 1258 CC, no parece desacertado ubicar el fundamento último de la ilicitud de las cláusulas sorprendentes o no transparentes en el *principio de la buena fe*

control [de transparencia] lo que se persigue no es básicamente sino evitar que en los clausulados predispuestos los predisponentes hagan uso de las llamadas *cláusulas sorprendentes*, también denominadas *insólitas*, *inesperadas*, *furtivas* o *sorpresivas* —esto es, las *überraschende Klauseln* del Derecho alemán— (cursiva del original)¹⁵³. Y sobre la base de dos ideas, «auténticas premisas, necesarias para comprender bien el alcance y la función de la

en sentido objetivo (ex artículo 1258 CC), y en la regla de *no defraudar la confianza y las expectativas que objetivamente se han suscitado en el otro contratante*, que encuentra protección en dicho principio: artículos 1258 CC y 61 TRLGDCU», pp. 41-42; para los contratos entre empresarios y la regla de la prohibición de las cláusulas sorprendentes con base en la buena fe objetiva, artículos 1258 CC y 57 CCO, pp. 52-56, pero v. además hasta p. 58 para la «regla de la prevalencia de las condiciones generales sobre las particulares»). Todas las cursivas del original.

MIRANDA SERRANO es «favorable a la introducción por el legislador en nuestro ordenamiento de una norma que establezca el control de transparencia en sentido material o sustantivo. En un ordenamiento como el nuestro, en el que sobran demasiadas normas [...], faltan algunas sobre asuntos relevantes. Y, sin lugar a dudas, la prohibición de las cláusulas no transparentes relativas al objeto principal o parte económica del contrato nos parece una materia importante necesitada de regulación. / A la hora de concretar el contenido de esta norma habrá de elegir entre la opción representada por los Principios Unidroit, en los que se inspira el» *Anteproyecto de Ley del Código Mercantil* (ACM), «o la solución más clásica, seguida por la» PMCC (p. 67); «nos parece menos procedente la seguida por el codificador mercantil en el ACM, por ser más ajena a nuestra tradición jurídica» (p. 63). Para los textos del ACM y de la PMCC en relación con la prohibición de las cláusulas sorprendentes, v. la nota inmediatamente anterior a esta. V. *infra* nota 242 para MIRANDA SERRANO.

¹⁵³ MIRANDA SERRANO, *InDret* (2018) pp. 14-15; continúa: «Se explica así que, desde nuestro punto de vista, quepa apreciar una estrechísima conexión entre el control de transparencia material o sustantivo y la regla prohibitiva de esta clase de estipulaciones, formulada de forma pionera en el Derecho continental europeo por el legislador alemán. De hecho, tanto la doctrina como la jurisprudencia subrayan esta vinculación. La primera afirma de forma expresiva que “las cláusulas sorprendentes y las cláusulas intransparentes referidas a los elementos esenciales del contrato son hermanas gemelas muy difíciles de distinguir en la práctica”. El Tribunal Supremo [...] ha sostenido expresamente en alguna resolución que el que él denomina control de transparencia cualificado o segundo control de transparencia conecta directamente con la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas» (p. 15; y en nota 46, p. 15, menciona la *STS, 1.ª, 30.01.2017*).

Sobre la relación entre control de transparencia y cláusulas sorpresivas/sorprendentes:

a) Para ORDUÑA MORENO es «un absoluto despropósito conceptual» equiparar el control de transparencia al tratamiento de las cláusulas sorpresivas, pues este último (cláusulas sorpresivas) no cumple la función de la comprensibilidad real del primero (control de transparencia), sino que cumple la función de la incorporación de la cláusula (para su tesis *infra* [23]). Con las palabras de ORDUÑA MORENO: «tampoco puede aceptarse que el alcance de este control de transparencia, así configurado, venga ligado, o pueda ser reconducido al tratamiento de las denominadas “cláusulas sorpresivas”, particularmente porque su pretendida previsión normativa decayó durante la discusión parlamentaria del Proyecto de la Ley de condiciones generales de la contratación. / Al margen de que su no previsión resulta criticable, (piénsese, que dicha regla se encuentra en las principales legislaciones comparadas), su equiparación con el control transparencia es un absoluto despropósito conceptual, pues dicha regla no cumple la función del control de transparencia y se limita, en su caso, a servir como criterio de incorporación de la cláusula predispuesta. El hecho de que falte su previsión normativa para nada afecta al alcance del control de transparencia que exigirá, con mayor incidencia, si cabe, la comprensibilidad real de la cláusula sorprendente o insólita que el predisponente haya empleado. / En este contexto, debe resaltarse que la Sentencia de 8 de septiembre de 2014 establece un planteamiento metodológico coherente con el espíritu y el objeto de la

regla prohibitiva de las cláusulas sorprendivas» –una, «la improcedencia de someter a control de contenido o de abusividad las estipulaciones relativas al objeto principal del contrato [...], y otra sobre las expectativas legítimas y razonables que tiene todo contratante a la hora de celebrar un determinado contrato»¹⁵⁴–, Miranda Serrano sienta, «que merecen denominarse sorprendentes las estipulaciones relativas al objeto principal o parte económica del contrato (precio y prestación) que, de conformidad con las circunstancias y, en especial, con el tipo o naturaleza del contrato celebrado y su contexto, resultan tan insólitas o inesperadas para el adherente que producen el efecto de contravenir de forma manifiesta las legítimas y razonables expectativas que dicho sujeto se había forjado a la hora de decidirse a celebrar el contrato con el predisponente»¹⁵⁵.

El autor explica el funcionamiento de la prohibición de las cláusulas sorprendentes:

a) «[L]as cláusulas sorprendentes han de ir referidas necesariamente al *objeto principal o parte económica del contrato*. De ahí que sea necesario limitar el alcance del control de transparencia

Directiva 93/13 [...]» [(2016) p. 86 y v. además nota 25 en pp. 86-87; para la *STS, 1.ª, P, 08.09.2014 infra* [26]-[28]].

b) Para PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, tras apuntar que algunos autores españoles (Alfaro Águila-Real, Pagador Lopez) «niegan que el supuesto de las cláusulas que suponen una alteración del equilibrio económico pactado y el de las cláusulas sorprendentes sean supuestos diferentes y consideran que el primero es un caso específico de cláusula sorprendente», apunta que «aunque sea sólo a efectos expositivos» es «oportuno deslindar un supuesto de otro [...] el defecto de transparencia se produce por la redacción de una condición general, que incide en la relación de equivalencia entre el precio y la contraprestación, alterando subrepticamente el pacto económico expresamente acordado por las partes, [...] en el supuesto de las cláusulas sorprendentes, la falta de transparencia deriva de la imprevisibilidad de la cláusula, de acuerdo con un programa contractual no expresamente pactado, pero que el adherente puede legítimamente esperar, de conformidad con las circunstancias y la naturaleza del contrato, esto es, derivado de la buena fe como fuente de integración de las obligaciones contractuales y no propiamente del consentimiento. [...] en el caso de las cláusulas abusivas sobre el precio y el objeto del contrato se juzga la adecuación de una condición general con el consentimiento en sentido expreso, manifestado sobre el precio y la contraprestación, la hipótesis de las cláusulas sorprendentes tiene un ámbito más amplio, puesto que en la misma caben todas aquellas condiciones que sean contrarias a un contenido contractual que no ha sido expresamente pactado, pero que el adherente ha podido legítimamente esperar de acuerdo con la buena fe./ En cualquier caso, los supuestos de la alteración del equilibrio económico pactado y de las cláusulas sorprendentes, no se encuentran en una relación excluyente. En la mayor parte de los casos, las expectativas sobre las que el cliente funda su decisión de contratar, recaen sobre el precio y su relación con el bien o servicio objeto del contrato, [...] por lo tanto, una cláusula puede alterar subrepticamente el equilibrio económico y ser al mismo tiempo sorprendente» [(2004) pp. 92-93; el autor analiza las cláusulas sorprendentes en pp. 193-215; considera que «las cláusulas sorprendentes [...] puede[n] incardinarse en nuestro ordenamiento, como una manifestación concreta de la cláusula general de abusividad del artículo 10 bis.1 [...] LGDCU, como un supuesto de cláusula abusiva por un defecto de transparencia» (pp. 214-215)].

¹⁵⁴ MIRANDA SERRANO, *InDret* (2018) p. 17 y p. 15; v. 15-17.

¹⁵⁵ MIRANDA SERRANO, *InDret* (2018) p. 18.

material o sustantivo exclusivamente a dichas estipulaciones esenciales (sobre precio y prestación). Estas son válidas y vinculantes cuando –con independencia de su contenido– son efectivamente conocidas y comprendidas por el adherente en el momento de contratar. Con fundamento en el artículo 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, cabe integrar dentro de este tipo de estipulaciones todas las que contribuyen a calcular y definir el precio –y no únicamente las que establecen su extensión–, así como todas las relativas a la contraprestación.

[...]

[...]: si no se controla el objeto principal del contrato por no ser necesario, ya que los adherentes dirigen –o deben dirigir– su atención cuando contratan a los factores que configuran el mercado (precio y prestación), habrá que considerar decisivo y fundamental que las cláusulas que lo describen sean verdaderamente transparentes. Sólo así no resultarán desvirtuados aquellos factores esenciales que conforman el *reducto de contractualidad* sobre el que necesariamente ha de girar el consentimiento de los contratantes. Esto explica que haya de relacionarse directamente el control de transparencia material prohibitivo de este tipo de estipulaciones con los *deberes de información precontractuales de los predisponentes*, toda vez que su finalidad reside en preservar que el adherente manifieste un *consentimiento verdaderamente informado* (esto es, actúe con plena *libertad de saber*) sobre la base de la información que le ha sido suministrada con carácter previo por el predisponente» (cursiva del original)¹⁵⁶.

b) «La determinación de si concurre o no el *elemento o factor sorpresa* en una determinada estipulación exige averiguar qué creía estar contratando el adherente cuando celebró el contrato que la incorpora. Sólo así es posible comparar las legítimas y razonables expectativas de dicho sujeto con el contenido de la estipulación en cuestión. Para acometer dicha tarea parece procedente recurrir al *criterio de la razonabilidad*, esto es, a las expectativas que, a la vista de todas las circunstancias concurrentes en el momento de concluir el contrato, se habría forjado una persona razonable de la misma condición que el adherente.

La pregunta que el intérprete tendría que formularse con vistas a averiguar si la cláusula que enjuicia merece o no considerarse sorprendente es básicamente la que sigue: ¿podía esperar razonablemente un adherente medio que dicha cláusula formaba parte del contrato celebrado según lo que resulta principalmente de la normativa que lo regula, de la práctica bancaria y financiera y de las negociaciones que precedieron a su celebración? Obviamente, si la respuesta a dicha cuestión fuese negativa, la cláusula merecería considerarse sorprendente, en la medida en que supondría un recorte manifiesto de las expectativas legítimas y razonables del adherente. En caso contrario, estaríamos ante una cláusula plenamente válida y eficaz.

¹⁵⁶ MIRANDA SERRANO, *InDret* (2018) pp. 18-19.

Un criterio especialmente importante para dar respuesta a la pregunta anterior y, en suma, para dilucidar en cada caso si estamos o no ante una cláusula sorprendente, lo proporciona *la propia descripción legal del tipo de contrato en el que la estipulación se inserta*» (cursiva del original)¹⁵⁷.

Más allá de lo anterior, Miranda Serrano señala que corresponde por completo al predisponente la carga de eliminar el carácter sorprendente de la cláusula, «quien [...] habrá de asegurarse de que al celebrar el contrato el cliente [se refiere al consumidor] conozca de forma real y efectiva su existencia y comprenda su contenido y alcance»¹⁵⁸.

3.5 EL ESPECIAL DEBER DE CONFIGURACIÓN CONTRACTUAL DEL PREDISONENTE SOBRE LA COMPRENSIÓN REAL DEL CONSUMIDOR Y SU INFRACCIÓN

3.5.1 Orduña Moreno

[23] Del periodo temporal que *infra* [24] acoto en relación con el TS y la exigencia de transparencia para la cláusula suelo, se comprobará que Orduña Moreno es el Ponente de tres de las sentencias que he seleccionado –en concreto, de las *STS, 1.ª P, 08.09.2014 (infra [26]-[28])*, *STS, 1.ª, 01.12.2017 (infra [48])*; núm. de resolución 655/2017) y *STS, 1.ª, 01.12.2017 (infra [49])*; núm. de resolución 654/2017)–¹⁵⁹. Además, Orduña Moreno también fue el Ponente de la relevante *STS, 1.ª, 18.06.2012*, de la que *supra* [7] a)

¹⁵⁷ MIRANDA SERRANO, *InDret* (2018) p. 20; para la cláusula suelo, ejemplo de cláusula no transparente o sorprendente, pp. 22-23. Más adelante indica, que «[e]l control de transparencia material que analizamos se presenta como una manifestación expresa de la *protección del consentimiento negocial*. Se trata de proteger la *libertad de saber* del adherente. Esto es, de evitar que sea engañado mediante cláusulas relativas a extremos esenciales del contrato que no llegó a aceptar –ni tan siquiera a conocer– cuando emitió su consentimiento, por estar camufladas dentro del clausulado de condiciones generales. De ahí que posteriormente se sintiera sorprendido y defraudado en sus expectativas legítimas y razonables. Cabe hablar [...] de una conexión lógica y clara entre el *factor sorpresa* presente en estas cláusulas y la *salvaguarda y tutela del consentimiento negocial*. Si el predisponente hubiera informado convenientemente al adherente de la existencia de la cláusula en cuestión antes de la celebración del contrato, de tal forma que éste hubiese tenido conocimiento efectivo de su existencia y de las consecuencias que de ella se derivan la cláusula sería lícita, pues merecería considerarse fruto de la autonomía de la voluntad de los contratantes./ Las cláusulas sorprendentes plantean [...] una [*sic*; un] problema de *falta de consentimiento* o, si se prefiere, de *consentimiento viciado*» (cursiva del original; pp. 33-34).

¹⁵⁸ MIRANDA SERRANO, *InDret* (2018) p. 29. Distinta regla aplica al adherente empresario, «a quien corresponde demostrar que el predisponente no cumplió las exigencias derivadas del control de transparencia material o sustantivo y, en consecuencia, que la cláusula controvertida frustra sus legítimas expectativas y merece considerarse sorprendente o no transparente» (p. 58; v. hasta p. 59).

¹⁵⁹ En diversas ocasiones, ORDUÑA MORENO también formula *Voto particular* a las SSTs que extracto *infra* [25] ss., pero, ahora, ello no interesa.

di cuenta. Y asimismo es Ponente de otras SSTs de las que también doy cuenta en el trabajo [de la STS, 1.^a, 11.04.2013, *infra* [25] f) en caja más pequeña; y de la STS, 1.^a, 02.12.2014, en este mismo [23] e *infra* nota 164 párrafo II]. Por lo anterior, y antes de que exponga y desarrolle la oportuna jurisprudencia del TS (*infra* [24] ss.), conviene conocer el pensamiento y la construcción de Orduña Moreno sobre la exigencia de transparencia, los cuales expone el autor en la *Parte Primera*, titulada *Tratamiento doctrinal de la figura*, en la obra *Control de transparencia y contratación bancaria, Régimen de aplicación y doctrina jurisprudencial aplicable* (2016)¹⁶⁰.

Concretamente, Orduña Moreno destaca que hay *dos modos de contratar* en la realidad. Uno es la *contratación seriada* (contratación en masa; con condiciones generales de la contratación), «auténtico modo de contratar», y el otro, la *contratación por negociación* que el Código civil contempla¹⁶¹. Cada uno de esos modos de contratación cuenta con *su propio y específico régimen y presupuesto causal*¹⁶². Y para la *contratación seriada*, Orduña Moreno indica que «*su validez y eficacia*» descansa «*no tanto en el consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual, en orden a un equilibrio prestacional y comprensibilidad real del marco de las condiciones generales, en sí mismas consideradas*»¹⁶³. La anterior conclusión se obtiene directamente –advierte el autor– de la STS, 1.^a, 18.06.2012, a la que califica de «verdadero germen delimitador de la figura y de los posteriores desarrollos, particularmente de la STS de 8 de septiembre de 2014 [...] y de

¹⁶⁰ Dicha obra (monografía) consta de tres Partes. SÁNCHEZ MARTÍN realiza la *Parte Segunda*, titulada *Control procesal de las condiciones generales y tratamiento jurisprudencial sobre productos y servicios financieros complejos*. La *Parte Tercera* consiste en un *Anexo jurisprudencial*. En la *Introducción general: Caracterización del estudio* de la monografía, ORDUÑA MORENO apunta, entre otras cosas: «Si tuviéramos que elegir las notas que mejor caracterizan la naturaleza y alcance del estudio realizado, éstas no serían otras que las que reflejan la originalidad del análisis llevado a cabo y el carácter pedagógico y práctico del mismo./ Como el lector observará de inmediato, basta con leer el índice de la obra, el estudio que se propone es completamente original en el panorama de la civilística española. En efecto, el estudio centra su análisis en la propia naturaleza del fenómeno jurídico de la contratación seriada y en su moderna configuración como auténtico modo de contratar, claramente diferenciado del esquema tradicional del contrato por negociación./ Esta nueva perspectiva permite potenciar la abstracción y alcance del análisis general efectuado, estableciendo cada una de las claves metodológicas e interpretativas que no sólo explican la especialidad del control de transparencia, en sí mismo considerado, sino también su moderna inserción en el seno de la actual dogmática contractual» [(2016) pp. 13-14]. V. lo que sigue a continuación en el cuerpo del texto.

¹⁶¹ ORDUÑA MORENO (2016) p. 19.

¹⁶² ORDUÑA MORENO (2016) p. 19.

¹⁶³ ORDUÑA MORENO (2016) p. 19; v. hasta p. 22.

la [...] STS de 2 de diciembre de 2014»¹⁶⁴. Se trata de un control de legalidad¹⁶⁵.

¹⁶⁴ ORDUÑA MORENO (2016) p. 19; y reitera la importancia de la STS, 1.ª, 18.06.2012: «sin perjuicio también de la anticipación mostrada por la STS de 18 de junio de 2012 en orden a la delimitación conceptual o concreción material del control de transparencia, que posteriormente ha desarrollado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea» (p. 74); «fue [sentencia] pionera a la hora de establecer el contenido u objeto que presenta el control de transparencia, esto es, la finalidad y función que lo guía y asiste» (p. 87); «la paradigmática STS de 18 de junio de 2012» (p. 93). A propósito de la STS, 1.ª, P, 08.09.2014, MARTÍN SÁNCHEZ señala que «se sigue el camino iniciado por la pionera STS núm. 406/2012, de 18 de junio [...], que declaró que la cláusula que regula el interés remuneratorio, en tanto que afecta al objeto principal del contrato de préstamo, no podía ser declarada abusiva aunque sí debía superar el control de transparencia, en orden a una adecuada comprensibilidad de la cláusula» [La Ley (2015) p. 3]; y con anterioridad, MARTÍN SÁNCHEZ: «[e]sta sentencia [18.06.2012] [...] constituye el germen del reconocimiento por parte de la jurisprudencia de la Sala Primera del denominado control de transparencia» [La Ley (2013) p. 2]; y *supra* nota 30 b), y v. [7] a) [B] caja pequeña.

La STS, 1.ª, 02.12.2014, citada por ORDUÑA MORENO y de la que, advertí, fue su Ponente, resolvió sobre un préstamo hipotecario de 80.000 €, para el pago de deudas pendientes de la prestataria (Fermina), celebrado el 20.01.2006, con un interés remuneratorio del 4% y otro de demora del 30% y a devolver en seis meses. Fermina demandó a Lucio y Abaco-Ifinor y pidió, con base en la Ley de Represión de la Usura de 23.07.1908 (LU), la nulidad del préstamo por intereses moratorios leoninos (planteó como cuestiones principales la posible aplicación de las normas de protección de los consumidores y la posible moderación del interés de demora pactado). En primera instancia se desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso y procedió a la moderación del interés de demora: lo fijó en un 15% del nominal anual. (FD 1.º). Fermina interpuso recursos extraordinario de infracción procesal y de casación. En el de casación (motivo único), Fermina alega infracción de los artículos 1 LU y 10.1.c y 10 bis 2 LGDCU, pues la aplicación del artículo 1 LU conlleva la nulidad del contrato de préstamo (FD 3.º 1). El TS casó y declaró nulo el préstamo hipotecario por la LU (préstamo usurario), con la consiguiente restitución de lo prestado sin aplicación de interés alguno, y declaró nula la garantía hipotecaria (Fallo 1). Como se ve, el TS aplica la LU y no el TRLGDCU y por ello, el FD 3.º 2 se dedica, antes de resolver el caso, a la «Sistematización y delimitación de sus respectivos ámbitos de control [de la normativa sobre usura, y sobre protección del consumidor]», recordando que ello se trató en la STS, 1.ª, 18.06.2012: «La cuestión de la posible concurrencia de las normativas citadas en los supuestos de préstamos hipotecarios, porque así lo soliciten las partes, o bien, porque se considere de oficio su examen conjunto, caso que nos ocupa, ha sido tratada, en profundidad, por esa Sala en su Sentencia de 18 de junio de 2012 [...]. En ella declaramos que, si bien las partes pueden alegar inicialmente dichas normativas en orden a su posible aplicación al caso concreto, no obstante, su aplicación conjunta o integrada resulta incompatible al tratarse de controles causales de distinta configuración y alcance, con ámbitos de aplicación propios y diferenciados». Y entre las «diferencias técnicas», indicadas en dicho FD 3.º 2, se precisa: «C) Por último, cabe resaltar que su diferenciación también resulta apreciable en la distinta función normativa que cumplen o desarrollan ambas figuras. En este sentido, aunque la Ley de Usura afecte al ámbito de protección de los terceros y al interés público, no obstante, su sanción queda concretada o particularizada en la reprobación de determinadas situaciones subjetivas de la contratación, sin más finalidad de abstracción o generalidad, propiamente dicha. En cambio, la normativa de consumo y la de contratación bajo condiciones generales, tienen una marcada función de configurar un importante sector del tráfico patrimonial destinado a la contratación seriada; de suerte que doctrinalmente dicho fenómeno en la actualidad se califique como un “auténtico modo de contratar”, diferenciable del contrato por negociación, con un régimen y presupuesto causal también propio y específico (STS de 8 de septiembre de 2014 [...])»; cfr. FD 2.º 3 c) de la STS, 1.ª, 18.06.2012.

¹⁶⁵ ORDUÑA MORENO: «en el fenómeno de las condiciones generales, como modo diferenciado de contratar, el cumplimiento de estos especiales deberes de transparencia afectan a la validez e idoneidad del marco negocial predispuesto, de forma que su valoración encierra [...] un auténtico juicio de eficacia contractual en orden a la validez e idonei-

Por lo que respecta a «la ubicación del control transparencia bien [en] el plano del denominado control de incorporación, o bien en el ámbito propio del control de abusividad como una variante del mismo», Orduña Moreno señala que, «aunque las alternativas que presenta la cuestión resultan ciertamente opinables, con argumentos a favor y en contra [...] nosotros [Orduña Moreno] defendemos que el control de transparencia, en última instancia, forma parte integrante del control de abusividad. La razón de fondo no es otra que el plano del control judicial de las condiciones generales comporta un examen que se proyecta necesariamente sobre la validez y eficacia de una condición general ya incorporada a la reglamentación predisuelta, de forma que el adherente ya no cuestiona su mera incorporación, sino la ineficacia de los efectos o consecuencias producidas por la aplicación de dicha cláusula. Cuestionamiento que puede realizarse formalmente desde una acción colectiva de cesación, para que dicha cláusula deje de aplicarse, o desde la propia acción individual del consumidor en orden a la ineficacia de la misma y sus consecuencias derivadas. [...] la consideración de la falta de transparencia como una parte integrante del carácter abusivo de la cláusula, es la que sigue la doctrina dominante en Alemania, aunque en la actualidad haya sectores que maticen el alcance de dicha conclusión. Sin embargo, estas matizaciones referidas principalmente a la implicación directa de la abusividad por falta de transparencia y a su posible ponderación con el resto de parámetros que puede ofrecer el control de contenido, particularmente en el supuesto de las denominadas cláusulas neutras o inocuas para el consumidor, no resultan, a nuestro juicio [Orduña Moreno], determinantes. En efecto, pensemos que la falta de transparencia, por sí misma, ya resulta relevante para el ordenamiento jurídico a tenor de la legislación dispensada, pues no solo se tutela el interés específico del consumidor adherente, esto es, que la cláusula le resulte perjudicial, sino, y con mayor claridad en el control de transparencia, el interés general de suprimir del tráfico patrimonial seriado todas aquellas cláusulas que resulten contrarias a la transparencia debida, protegiéndose la calidad de negociación y la correcta competencia entre las empresas»¹⁶⁶.

dad de la cláusula predisuelta./ Desde esta perspectiva, el control de transparencia, como proyección natural o extensión del control de abusividad, participa, al igual que el control de contenido, de la caracterización del control de legalidad que acompaña al fenómeno de la contratación seriada, diferenciándose, de igual modo, por su naturaleza y alcance, de los fenómenos de la interpretación integrativa y del [sic; de la] integración del contrato que se infieren del proceso interpretativo del contrato por negociación» [(2016) pp. 82-83]. Y v. *infra* nota 185.

¹⁶⁶ ORDUÑA MORENO (2016) pp. 74-75; continúa: «Por lo que entendemos [ORDUÑA MORENO] que la ubicación del control de transparencia en el ámbito del denominado control de incorporación tiene más sentido en el plano de la tutela preventiva, bien derivada de los propios organismos supervisores, o bien a través de la intervención notarial, pero no en

(Sobre las características del régimen de ineficacia de las condiciones generales, v. *infra* Orduña Moreno nota 221).

Finalmente, Orduña Moreno considera que, el que «la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo» califique «el fenómeno de las condiciones generales como un auténtico modo de la contratación, claramente diferenciado del de negociación, constituye en la actualidad la mejor clave metodológica para permitir la construcción jurídica de las condiciones generales y su elaboración o configuración como categoría propia y diferenciada en el seno de la dogmática contractual respondiendo, de esta forma, tanto a la sustantividad, unidad y especialidad que caracteriza el fenómeno, como a la formulación técnica de los elementos que incorpora su peculiar control de la eficacia jurídica»¹⁶⁷.

4. EL TS Y LA EXIGENCIA DE TRANSPARENCIA EN LA CLÁUSULA SUELO

[24] Arranco este apartado 4 del trabajo con cómo el TS aplicó, en su *S, 1.ª, P, 09.05.2013 (infra [25])*, el control de transparencia a la cláusula suelo. En la exposición jurisprudencial que sigue se percibirán ideas y argumentaciones de *algunas* de las expuestas *tesis doctrinales* sobre cómo han de controlarse los elementos esenciales del contrato celebrado con condiciones generales de la contratación y con consumidores. Así, las de Miquel González (*supra* [12]), Per-tiñez Vílchez (*supra* [13]) y Orduña Moreno (*supra* [23]). También se constatará la relevancia de la *jurisprudencia del TJ* en el razonamiento del TS –art. 4 *bis* 1 LOPJ; en los extractos de los *hechos* de las SS, que hago en las notas a pie de página, indico las SSTJ, *de las expuestas supra* [7] a) y [10], que el TS tiene presente, mencionando solo el nombre del caso–. El periodo de análisis que he acotado va *desde el 09.05.2013 al 31.12.2017*. Extracto la mayoría de las SSTS de dicho periodo, procurando centrarme en lo que, entiendo, *hay algún aporte de interés, o se perfila, o se complementa la anterior doctrina jurisprudencial*. Destaco asimismo si lo ejercitado fue una *acción colectiva o individual*. Para el resto de las SSTS de aquel periodo (las menos), me limito a su mención en la oportuna nota a pie de página, o en el cuerpo del texto, en caja más pequeña. Por último, al centrar este apartado del trabajo en la jurisprudencia del

aquellos en donde interviene el control judicial de las condiciones generales» (p. 75). Sobre la función del notario: ORDUÑA MORENO *infra* nota 186. Para el Derecho alemán *supra* [5].

¹⁶⁷ ORDUÑA MORENO (2016) p. 23. V. además pp. 23-27, 45-49, 62, 78-79, 90-92, 101-102. Y también ORDUÑA MORENO (2013) pp. 2366-2368.

TS sobre la cláusula suelo, la *valoración doctrinal* que los autores hacen, de ella, o de alguna concreta STS, la situó en las oportunas notas a pie de página, aportaciones doctrinales que luego tengo en cuenta en mis posteriores consideraciones finales del trabajo (*infra* [61]).

4.1 LA STS, 1.ª, P, 09.05.2013 (PTE EXCMO SR D RAFAEL GIMENO-BAYÓN COBOS; ACCIÓN COLECTIVA)¹⁶⁸

[25] Como expuse *supra* [7] a) y nota 30, el TS *aplica* en esta S un control de transparencia (*ratio decidendi*) a la cláusula suelo inserta en préstamo hipotecario a interés variable celebrado con

¹⁶⁸ HECHOS: AUSBANC CONSUMO ejercitó contra BBVA, Cajamar Caja Rural (hoy Cajas Rurales Unidas, S.C.C.) y Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra (hoy, NCG Banco S.A.U.) una acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación, suplicando entre otros extremos, la declaración de nulidad por abusiva de las cláusulas suelo de los contratos de préstamo hipotecario a interés variable celebrados con consumidores, y la condena a la eliminación de esas condiciones generales de la contratación (u otras del mismo contenido) y la abstención futura de su uso. En *primera instancia* se estimó la demanda: las cláusulas suelo eran condiciones generales y eran *abusivas* por su desfase con las cláusulas techo que las acompañaban. Las entidades financieras apelaron y el Ministerio Fiscal se personó en el recurso, al entender afectado el interés social. La Audiencia Provincial declaró que las cláusulas suelo *no eran nulas*; por ser elemento esencial del préstamo negociado entre prestamista y prestatario no eran condiciones generales de la contratación, y al ser cláusula negociada, no era abusiva, y se incorporó siguiendo la normativa sobre transparencia bancaria, no generando desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes. AUSBANC CONSUMO interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación; el Ministerio Fiscal, el de casación. (FD 1.º). El TS *estimó en parte* los recursos de casación: entre otros extremos, declaró la nulidad de las cláusulas suelo, condenó a eliminarlas de los contratos en que estuvieren insertadas, al cese en su utilización, y declaró la subsistencia de los préstamos hipotecarios en vigor (Fallo 7.º, 8.º y 9.º; para el efecto restitutorio, por la nulidad de la cláusula suelo, v. la nota que sigue a esta). Según el TS, «la defensa de los intereses colectivos en el proceso civil no está configurada exclusivamente como un medio de resolución de conflictos intersubjetivos de quienes participan en el pleito. Está presente un interés ajeno que exige la expulsión del sistema de las cláusulas declaradas nulas por sentencia firme sin necesidad de petición previa» (ap. 298) y, tras referirse a los artículos 221.3 y 221.1.2.ª LEC y 7 Dir 93/13/CEE y a la Exposición de Motivos de la LEC (ap. 299), el TS sienta que «en el caso enjuiciado, la demandante [AUSBANC CONSUMO], pese a que interesó la declaración de nulidad indiscriminada de las cláusulas suelo de los préstamos a interés variable celebrados con consumidores, no interesó su eficacia ultra partes, lo que, unido al casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de la información, nos obliga a ceñirnos a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos» (ap. 300). En su S, el TS alude a los casos *Caja Madrid* y *Monte de Piedad de Madrid*, y *RWE Vertrieb* del TJ.

La STS, 1.ª, P, 05.09.2013 cuenta con: a) un *Auto Aclaratorio* del TS de 03.06.2013 (v. en este [25] *infra g*); b) un *Auto* de TS de 06.11.2013 en respuesta al incidente de nulidad de actuaciones promovido por BBVA y Cajas Rurales Unidas, S.C.C., al que se adhirió NCG Banco S.A.U. (v. *infra* [30] b) y caja más pequeña *in fine*).

MARTÍNEZ ESCRIBANO comenta las SS de primera instancia [RDBB (2011) pp. 218-239], segunda instancia [RDBB (2012) pp. 284-299] y del TS [RDBB (2014) pp. 295-344].

*consumidores y con condiciones generales de la contratación. Sucesivamente, y solo en lo que me interesa*¹⁶⁹, sentó:

¹⁶⁹ Por solo analizar en este trabajo la transparencia de la cláusula suelo (*supra* [1]), no trato del alcance del efecto restitutorio derivado de su nulidad. Según el Fallo 10.º de la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 (acción colectiva): «No ha lugar a la retroactividad de esta sentencia, que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia». «[D]ecisión sorprendente», calificó MIQUEL GONZÁLEZ [RJUAM (2013) p. 249, v. pp. 248-251]. La posterior STS, 1.ª, P, 25.03.2015 (acción individual) fijó como doctrina que la restitución de lo pagado en exceso por el consumidor por la cláusula suelo era a partir del 09.05.2013 (v. *infra* nota 193 último párrafo). Dicha STS, 1.ª, P, 25.03.2015 cuenta con un *Voto particular* del Excmo Sr D Francisco Javier Orduña Moreno, al que se adhirió el Excmo Sr D Xavier O'Callaghan Muñoz, cuyo FD 8.º indica: «[...] el recurso de casación debió ser igualmente desestimado, con la consiguiente confirmación tanto de la declaración de abusividad por falta de transparencia real de las cláusulas objeto de examen, como del *pleno efecto devolutivo de las cantidades pagadas desde la perfección o celebración del contrato*, dado que la nulidad de pleno derecho de la cláusula en cuestión determinó la carencia de título alguno que justifique la retención de las mismas y su atribución al predisponente» (cursiva mía; v. FD 5.º del *Voto particular*, del que doy cuenta de parte de su contenido *infra* nota 221). Sobre dicho *Voto particular*, indica (el propio) ORDUÑA MORENO: «La valoración doctrinal, a tenor de la extensión [*sic*; extensa] fundamentación técnica que desarrolla el extenso voto particular, apunta, necesariamente, a la revisión de la doctrina jurisprudencial sentada por la Sentencia de 25 de marzo de 2015»; (2016) p. 124, v. hasta p. 131 y desde p. 104]. Resaltada la limitación de mi estudio a la exigencia de transparencia de la cláusula suelo, debido a que, al extraer los hechos de las SSTs, en ocasiones aparece la cuestión del alcance temporal de los efectos restitutorios derivados de la nulidad de la cláusula suelo, he de apuntar:

a) La STJ, Gran Sala, 21.12.2016 (*Gutiérrez Naranjo, Palacios Martínez, y Banco Popular Español*; *supra* nota 57 para los hechos) declaró que esa jurisprudencia de la irretroactividad limitada en el tiempo de los efectos restitutorios a fecha de 09.05.2013 se oponía al artículo 6.1 Dir 93/13/CEE (aps. 52-75). V. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *InDret* (2017) pp. 3-10; CÁMARA LAPUENTE, *InDret* (2017) pp. 3-8, 10-11, 17-19.

b) «Como es previsible que el reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [v. la anterior letra a)] suponga el incremento de demandas de consumidores afectados solicitando la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo, resulta de extraordinaria y urgente necesidad arbitrar un cauce sencillo y ordenado, de carácter voluntario para el consumidor, que facilite que pueda llegar a un acuerdo con la entidad de crédito que les permita solucionar sus diferencias mediante la restitución de dichas cantidades» (Exposición de Motivos III); «El principio inspirador del mecanismo que se pone en marcha es la voluntariedad a la hora de acceder a un procedimiento de solución extrajudicial con carácter previo a la interposición de la demanda judicial, sin coste adicional para el consumidor e imperativo de atender por parte de las entidades de crédito. [...], se prevé que, durante el tiempo en que se sustancie la reclamación previa, las partes no podrá ejercitar contra la otra ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con el ánimo de evitar prácticas de mala fe que solo persiguieran desde un primer momento entablar acciones judiciales» (Exposición de Motivos III); «En fase judicial, se establecen medidas respecto a las costas procesales que incentiven el reconocimiento extrajudicial del derecho del consumidor y el allanamiento por parte de las entidades de crédito. En suma, las medidas adoptadas persiguen que el consumidor vea restablecido su derecho en el plazo más breve posible evitándole tener que agotar un proceso judicial que se dilate en el tiempo» (Exposición de Motivos III). Lo anterior –ese cauce sencillo y ordenado de solución para la restitución de las cantidades pagadas en exceso por el consumidor– se dispuso y reguló por el *Real Decreto-ley 1/2017, 20.01, de medidas urgentes de protección de los consumidores en materia de cláusulas suelo* (BOE núm. 18, 21.01.2017). Sobre dicho Real Decreto-Ley, por ejemplo, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017) pp. 272-279.

c) La STS, 1.ª, P, 24.02.2017 señaló, que «[...] 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 STJUE de 21 de diciembre de 2016 [anterior letra a)] ha considerado que [...]» (FD 5.º 3; dicha STS de 2017 trata otro aspecto, el de la relación entre acción colectiva/acción individual, del que doy cuenta *infra* [36]).

a) *Las condiciones generales de la contratación y el objeto principal del contrato.* «En nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal» del contrato, siendo cuestión diferente «el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él y, singularmente» si los intereses a cohonestar son los del profesional y el consumidor, pues han de coordinarse «la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» (art. 38 CE) y la defensa de los consumidores impuesta a los poderes públicos por el artículo 51 CE «al exigir [dicho art. 51 CE] que [los poderes públicos] garantice[n] mediante procedimientos eficaces “los legítimos intereses económicos de los mismos”» [cursiva del original; FD 7.º 142; además, en particular 141 y 144.a)¹⁷⁰]. (El razonamiento en 136-141).

b) *La imposición de la cláusula predispuesta. La carga de la prueba de la no imposición corresponde al empresario.* El «consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar», y la negociación *individual no se equipara* «con la posibilidad real de escoger entre [una] pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de la contratación», incluso si «varias de ellas» proceden «del mismo empresario», *ni se equipara* con «la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger

d) En su *Auto 04.04.2017* (Pte Excmo Sr D Rafael Saraza Jimena), el TS declaró la inadmisión de revisión de las sentencias firmes en las que se condenara a la restitución por la nulidad de la cláusula suelo a partir del 09.05.2013 (FD 2.º a 7.º, en particular el 7.º). Situándose en el Derecho de la Unión Europea y en la doctrina del TJ, BECH SERRAT se muestra crítico con la excepción, al principio de efectividad, de la cosa juzgada y para los artículos 6 y 7 Dir 93/13/CEE; para las cláusulas suelo, defiende la posibilidad de la devolución de las cantidades indebidamente pagadas desde la celebración del contrato [*InDret* (2017) pp. 12-18, 44-48, 54-55, 55-58].

Por último, sobre la relación TJUE/TS, ADÁN DOMENECH (2017) pp. 185-188, y para la incidencia de la mencionada *STJU, Sala 1.ª, 21.12.2016*, pp. 188-230. En su día, advirtió sobre las dificultades del TS (Sala 1.ª) para con el préstamo hipotecario y las cláusulas abusivas, MARÍN CASTÁN, *ADC* (2016) pp. 495-500, y v. *infra* [50]. V. JUAN GÓMEZ, *Actualidad Civil* (2017) pp. 8-14.

¹⁷⁰ *STS, 1.ª P, 09.05.2013*, FD 7.º: «141. [...]. Pero si se trata de contratos sujetos a la norma especial [LCGC], a diferencia de otros ordenamientos, no se excluyen aquellas cláusulas o condiciones definitorias del “objeto principal”, por lo que no hay base para el planteamiento alternativo que hace la sentencia recurrida» de la Audiencia que consideró negociada a la cláusula (v. *supra* nota 168, hechos); «144. De lo hasta ahora expuesto cabe concluir que: a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo».

entre diferentes ofertas de distintos empresarios» [FD 8.º 165, a), b) y c); además 156-157¹⁷¹]¹⁷².

«[C]uando se trata de la acción de cesación no es posible la aplicación directa del artículo 82.2 TRLCU –ya que no existe un consumidor concreto con el que se haya negociado o al que se haya impuesto la condición general–, demostrado que determinadas cláusulas se han redactado por un empresario para ser incluidas en una pluralidad de contratos a celebrar con consumidores, teniendo en cuenta la inutilidad de predisponer cláusulas que después pueden ser negociadas de forma individualizada, se permite tener por acreditado que las cláusulas impugnadas tienen la consideración de cláusulas destinadas a ser impuestas, de tal forma que, en el enjuiciamiento de su carácter negociado o impuesto, la carga de la prueba de que no se destinan a ser impuestas y de que se trata de simples propuestas a negociar, recae sobre el empresario. Máxime cuando la acción de cesación tiene por objeto cláusulas ya utilizadas y podría haberse probado que, cuando menos, en un número significativo de contratos se había negociado individualmente» (FD 8.º 162; v. además 165.d)]. (El razonamiento en 147-164)¹⁷³.

¹⁷¹ STS, 1.ª, P, 09.05.2013, FD 8.º: «156. [...], es notorio que en determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados. Quien pretende obtenerlos, alternativamente, deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar. Así ocurre precisamente en el mercado de bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado a que alude el artículo 9 del TRLCU. En él se cumple el fenómeno que una de las recurridas describe como “take it or leave it” –lo tomas o lo dejas–/ 157. Entre ellos, [...], se hallan los servicios bancarios y financieros, uno de los más estandarizados [...]».

¹⁷² Consideran que las cláusulas predisuestas sobre los elementos esenciales del contrato pueden ser condiciones generales: CÁMARA LAPUENTE (2006) pp. 154-158; MIQUEL GONZÁLEZ, «Artículo 82 TRLGDCU» (2011) p. 727. V. además GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Artículo 5 LCGC» (1999) núm. 7 pp. 144-145. Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL *supra* nota 132; en 2017, ALFARO ÁGUILA-REAL indica que «[l]a característica común a unas [cláusulas que describen el objeto principal del contrato] y [a] otras [cláusulas que regulan los derechos y obligaciones de las partes] es su carácter predisuesto para una pluralidad de contratos o, lo que es lo mismo, su carácter “no negociado individualmente”. Para evitar errores, hay que señalar inmediatamente que “no negociadas individualmente” significa algo mucho más preciso que “seleccionadas” racionalmente por el consumidor. [...] en el siglo XXI, los contratos no son objeto de negociación individual en el sentido de que no se regatea como si estuviéramos en un zoco. Los consumidores hacen “shopping”, es decir, eligen entre las ofertas existentes en el mercado. Por tanto, “no negociado individualmente” significa “regateado” como se deduce, a contrario, del hecho de que se afirme que las cláusulas predisuestas se consideran “impuestas” cuando, como dice el artículo 1.1 LCGC el consumidor “no haya podido influir materialmente” sobre su contenido» (p. 2; las cursivas, negritas en el original, salvo *shopping* y *a contrario*); «la idea de “imposición” no implica el ejercicio de fuerza o coacción por parte del predisponente, simplemente se trata de examinar si el consumidor pudo influir en la inclusión de la cláusula en el contrato y, recuerden también, que la principal influencia de los consumidores en el “objeto principal del contrato no consiste en contribuir a la redacción de la cláusula, sino en su capacidad para renunciar a celebrar el contrato en esos términos y dirigirse a la competencia para obtener el bien o servicio de que se trate» [p. 3; *Almacén de Derecho* (21.03.2017)].

¹⁷³ Sobre el objeto principal en condiciones generales de la contratación, por ejemplo, FD 2.º, *Decisión de la Sala*, de la STS, 1.ª, P, 14.12.2017, en la que se trató del tipo de referencia IRPH Entidades. *Infra* [nota 306 párrafo II] para otras cuestiones sobre dicha STS de 2017.

c) *La normativa sectorial específica y la aplicación de la LCGC*. La existencia de una normativa bancaria sobre «la organización de las entidades de crédito como» sobre «los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores»¹⁷⁴ no impide aplicar la LCGC a los préstamos hipotecarios de los que se conoce (FD 9.º 178). «[L]a normativa sectorial se limita a imponer determinados deberes de información sobre la incorporación de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario a que se refiere, pero no impone la existencia de cláusulas suelo, ni en defecto de pacto supone su existencia, ni [...] indica los términos en los que la cláusula viene expresada en el contrato» (FD 9.º 174). La *OM 05.05.1994* «en modo alguno supone la exclusión de la Ley 7/98 [LCGC] a esta suerte contratos de consumidores, como ley general» (art. 2.2 *OM 05.05.1994*) (FD 9.º 175-176)¹⁷⁵. (El razonamiento en 168-177).

¹⁷⁴ «Uno de los argumentos esgrimidos por las entidades crediticias para sostener que [...] las cláusulas controvertidas [...] no deben someterse a la LCGC es que las [...] cláusulas “suelo” de los préstamos hipotecarios están admitidas y reguladas expresamente en las siguientes disposiciones legales»: a) la *Orden Ministerial (OM) 12.12.1989 sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito* (BOE núm. 303, 19.12.1989; OM hoy derogada); b) la *OM 05.05.1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios* (BOE núm. 112, 11.05.1994; Orden hoy derogada); c) la *Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito* (BOE núm. 79, 01.04.2009); y d) la *Propuesta de Directiva 2011/0062 (COD) del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito de bienes inmuebles de uso residencial* (hoy Directiva 2014/17/UE, *infra* [57]) (FD 9.º 167). V. la siguiente nota 175 párrafo II, e *infra* nota 341 b) para la *OM 05.05.1994* y el notario.

¹⁷⁵ *STS, 1.ª, P, 09.05.2013*, FD 9.º: «176. Así lo dispone el artículo 2.2 de la propia *OM [05.05.1994]*, según el cual “lo establecido en la presente Orden se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como en las demás Leyes que resulten de aplicación”. Sería, afirma la [...] *STS 75/2011*, de 2 de marzo, “una paradoja que esa función protectora que se dispensa a los consumidores, quedara limitada a una Orden Ministerial y se dejara sin aplicación la LCGC para aquellas condiciones generales que no están reguladas por normas imperativas o que reguladas han sido trasladadas de forma indebida al consumidor”» (cursiva del original).

Las *OOMM 12.12.1989* y *05.05.1994* –mencionadas por las entidades de crédito, *supra* anterior nota 174– fueron derogadas por la DD única II, a) y b), de la vigente *Orden EHA/2899/2011, 28.10, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios* (BOE núm. 261, 29.10.2011). En lo que interesa, la Exposición de Motivos (EM) II informa, que «se aborda el desarrollo específico de la normativa de transparencia del préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda a efectos de sustituir la regulación anterior, de 1994. El nuevo sistema de transparencia, en línea con la normativa ya aprobada de crédito al consumo y con la normativa proyectada en el ámbito europeo, se diseña sobre una serie de requerimientos de información unificada tanto de carácter precontractual como contractual. Se añaden adicionalmente, otras herramientas más específicas, como la difusión a una Guía informativa adaptada a este producto que permitirá profundizar en la necesaria educación financiera de los clientes. También se refuerza específicamente la transparencia en lo que se refiere a determinados servicios: las cláusulas suelo o techo y los instrumentos financieros de cobertura del tipo de interés. La existencia de ambos servicios vinculada a los préstamos hipotecarios ya estaba prevista en el ordenamiento, y esta orden no viene sino a reforzar al máximo las obligaciones de transparencia y difusión de

d) *Las cláusulas suelo forman parte del objeto principal del contrato.* Aquéllas «describen y definen el objeto principal del contrato» –«forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario»– y *como regla*, sobre ellas «no cabe el control de su equilibrio» (la abusividad de su contenido), lo que «no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia» (FD 10.º 196-197 y 189- 190). (El razonamiento en 184-195)¹⁷⁶.

e) *La superación del control de incorporación.* «[L]a detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores» de la *OM 05.05.1994* «garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y

información relevante, que el cliente debe ponderar antes de su contratación» (cursiva mía; más allá, en la EM II se explica, con carácter general, los objetivos y el contenido de la regulación de la OM de 2011). Según el artículo 25 *Orden EHA/2899/2011*: «*Información adicional sobre cláusulas suelo y techo.*/ En el caso de préstamos en que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, se recogerá en un anexo a la Ficha de Información Personalizada, el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima» [cursiva del original; v. además artículos 19 a 31, situados en el Capítulo II «Normas relativas a los créditos y préstamos hipotecarios», del Título III «Créditos, préstamos y servicios de pago» de la *Orden EHA/2899/2011*; y la DF 1.ª *Orden EHA/2899/2011*; para los artículos 29 y 30 y el notario en la *Orden EHA/2899/2011*, *infra* nota 341 b)]. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ: «No queremos decir que el cumplimiento de los deberes formales de la Orden Ministerial de 28 de octubre de 2011 conlleve automáticamente la validez de la cláusula suelo, puesto que como hemos señalado se trata de normas de disciplina de las entidades de crédito y no de normas sobre validez contractual, que ha de seguir juzgándose con arreglo a los parámetros del artículo 82 TR-LGDCU y, en su caso, de las normas sobre vicios del consentimiento. Sin embargo, es cierto, y muy especialmente por lo que respecta a las cláusulas suelo, que los requisitos de transparencia exigidos en la Orden Ministerial de 28 de octubre de 2011, unido a la expresión manuscrita por el prestatario en el acto de otorgamiento de la escritura pública de haber sido advertido de los posibles riesgos del préstamo, en especial, existencia de cláusula suelo, instrumentos de cobertura de riesgo de interés o concesión del préstamo en divisas, que exige el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, *se aproximan bastante a los parámetros para enjuiciar la transparencia real de la cláusula suelo, contenidos en la STS 9 mayo 2013*» [cursiva mía; (2017) p. 61; v. nota 33 en pp. 61-62]. La transcripción del artículo 6 Ley 1/2013 *infra* nota 254. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017) p. 53.

¹⁷⁶ Sobre las distintas tesis acerca de la calificación de la cláusula suelo (como parte integrante del objeto principal del contrato, como elemento accesorio, como cláusula eventual, como cláusula no percibida por el prestatario como parte integrante del precio), VÁZQUEZ MUIÑA (2018) pp. 111-121; la autora considera que la cláusula suelo forma parte del precio (pp. 121-122). Para MORENO GARCÍA, «las cláusulas suelo pese a influir sobre la cuota que el prestatario tiene que pagar, no están referidas al objeto principal del contrato, pues [...] el adherente no les atribuye esa importancia [...]» [(2015) p. 62, v. hasta p. 63, y p. 65, pp. 84-85, 131-132]. Y para CÁMARA LAPUENTE: «[p]ara quienes hemos venido sosteniendo parámetros como la distinción entre elementos esenciales y accesorios del contrato (entre los que estarían las formas de pago, los sistemas de cálculo, las facultades de modificación unilateral del precio, etc., en una interpretación restrictiva de la excepción), o el carácter eventual o contingente de aplicación de la estipulación, la cláusula suelo no cae necesariamente en la noción de objeto principal; más aún, en caso de eliminarlas del contrato éste podría perfectamente sobrevivir, pues el precio entonces vendría definido por el juego del interés variable, de forma que más que precio es forma de cálculo potencial del precio» [AAMN (2015) p. 625, v. pp. 624-628; v., del mismo autor, *InDret* (2017) pp. 24-25].

sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor» (FD 11.º 202). En el examen *aislado* de las condiciones generales impugnadas, estas cumplen las exigencias legales de incorporación a los contratos entre profesionales, y a los contratos entre profesionales y consumidores, según el artículo 7 LCGC. (FD 11.º 203). (El razonamiento en 201).

f) *La exigencia de transparencia de los elementos esenciales del contrato con condiciones generales (ya incorporados) y con consumidores: la comprensibilidad real.* Debe tenerse en cuenta lo que el artículo 80.1, a) y b), TRLGDCU dispone, «[l]o que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esa Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia como 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”¹⁷⁷, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto “la carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo» (FD 12.º 210). La transparencia documental de la cláusula, que basta para la incorporación a los contratos entre profesionales, no basta para impedir el examen de su contenido, ni para impedir analizar «si se trata de condiciones abusivas» y, «[e]s preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato» (FD 12.º 211). La cláusula no puede

¹⁷⁷ SÁNCHEZ MARTÍN: «Como nota destacada, la sentencia [TS, 1.ª, P, 09.05.2013] afirma que al tratarse [el control de transparencia] de un parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, se sitúa fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del error o vicio del consentimiento. En consecuencia, queda fuera del control de transparencia el examen de la validez del consentimiento prestado» (p. 58); «[n]o cabe duda que el control de transparencia en el sentido y significado dado por la Sentencia analizada [de 09.05.2013], podrá constituir una herramienta jurídica adecuada y diferente del error en el consentimiento al tratarse de un parámetro objetivo o abstracto, que servirá para analizar la validez de otros contratos ofertados en masa desde el sector bancario, como los que tuvieron por objeto la adquisición de preferentes o la denominada deuda subordinada» (p. 60). Todas las citas de *Revista del Poder Judicial* (2013). V. además SÁNCHEZ MARTÍN, *La Ley* (2013) p. 5. Sobre el control de transparencia y el error vicio, *infra* [45] y nota 222.

enmascararse «entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro» (FD 12.º 212). Además, «afirma el IC 2000 [*Informe de 27 de abril de 2000, de la Comisión, sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*; Nota previa a los FD de la STS, 1.ª, P, 09.05.2013], que «[e]l principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa» (cursiva del original; FD 12.º 213), y la «STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, [...], apartado 49, con referencia a una cláusula que permitía al profesional modificar unilateralmente el coste del servicio contratado, destacaba que el contrato debía exponerse de manera transparente «[...] de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del precio [...]» (cursiva del original; FD 12.º 214; además 215¹⁷⁸).

En la anterior lectura de la letra *f*) se habrá advertido que la presente STS, 1.ª, P, 09.05.2013 se refiere a lo que la Sala 1.ª del TS declaró en su anterior STS, 1.ª, 18.06.2012. Recordaré que en dicha STS, 1.ª, 18.06.2012 se apuntó, *obiter dicta*, al control de inclusión referido al criterio de la transparencia sobre los elementos esenciales del contrato [*supra* [7] a) [B] y nota 37; v. además [7] a) y nota 30]. La relevancia, que la STS, 1.ª, 18.06.2012 ha supuesto para la identificación de un *independiente* control de transparencia (siguiente paso), ha sido algo destacado. Por ejemplo, lo destacaron Sánchez Martín y Orduña Moreno (la califican de «pionera», «paradigmática» sentencia, «germen»; *supra* [7] b) en caja más pequeña, [23] y nota 164). *Ahora bien*, en la STS, 1.ª, 18.06.2012, la transparencia sobre los elementos esenciales se ligaba a la carga económica y *nada se indicaba acerca de la carga jurídica*, como sí indica la ahora extractada STS, 1.ª, P, 09.05.2013.

El antes mentado Sánchez Martín, al señalar que la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 aplicó por primera vez el control de transparencia, también apuntó que dicho control no era «un fenómeno realmente nuevo en la jurisprudencia de la Sala Primera» del TS, pues esta «definió y delimitó su ámbito de aplicación en dos sentencias ante-

¹⁷⁸ STS, 1.ª, P, 09.05.2013, FD 12.º: «215. [...] cabe concluir: / a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente. / b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato».

riores»: la STS, 1.ª, 18.06.2012 y la STS, 1.ª, 11.04.2013 [supra nota 30 b)]. Pues bien, en esta última STS, 1.ª, 11.04.2013 –cuyo Ponente fue el Excmo Sr D Francisco Javier Orduña Moreno– se alude a la carga económica y a la carga jurídica. En concreto, se lee en dicha STS, 1.ª, 11.04.2013:

«En línea con esta Sentencia [TS, 1.ª, 18.06.2012], se puede afirmar que el control referido al criterio de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito del “error propio” o “error vicio”, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo» (cursiva del original; FD 2.º 3).

En la STS, 1.ª, 11.04.2013 se conoció de unas compraventas de vivienda y se discutía, aparte de otras cuestiones, sobre si se determinó en el contrato (determinabilidad) el plazo para su entrega y su condición, como término esencial, a propósito del retraso del vendedor en la entrega, con su incidencia en el remedio de la resolución por incumplimiento. El TS consideró que sí se había determinado el plazo de entrega, que este no tenía la condición de esencial, que el mero retraso no frustró el fin del contrato y que el cumplimiento tardío seguía siendo útil e idóneo para la satisfacción de los intereses de la compradora (v. FD 2.º 2 y FD 3.º, 1 y 2).

g) *Las razones por las que no son transparentes las cláusulas suelo: la no información del predisponente.* En concreto, porque: «a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato./ b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas./ c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar./ d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad – caso de existir– o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas./ e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor». (FD 13.º 225; Fallo 7.º, infra nota 306). (El razonamiento en 217-222¹⁷⁹).

¹⁷⁹ A propósito de la falta de información del predisponente sobre la cláusula suelo, el TS emplea términos y expresiones como «sorprendente para el consumidor», oferta

El Auto Aclaratorio del TS (AATS) 03.06.2013 (Pte Excmo Sr D Rafael Gimeno-Bayón Cobos) aclara sobre la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 y su Fallo 7.º:

«2.1. El juicio de transparencia.

[...]

12. A la vista de lo razonado en la sentencia y de los términos del fallo queda claro que las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo.

2.2. No existen medios tasados para obtener el resultado: un consumidor perfectamente informado.

«engañosa», «señuelo», «tratamiento impropiaamente secundario» (cursivas mías). En concreto, según el FD 13.º de la STS, 1.ª, P, 09.05.2013: «217. Las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia./ 218. La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de trascendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor./ 219. Máxime en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo./ 220. [...]./ 221. Dicho de otra forma, pese a tratarse [...] de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades le dan un tratamiento impropiaamente secundario, habida cuenta de que las cláusulas “no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios”, lo que incide en la falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato» (cursiva del original).

Por otro lado, el TS se refiere a ciertas propuestas del *Informe del Banco de España publicado en el BOCG, Senado, núm. 457, de 07.05.2010, sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, a fin de dar respuesta a la moción aprobada el 23.09.2009 por el Pleno del Senado, en la que se instaba al Gobierno a actuar contra las prácticas abusivas que algunas entidades de crédito vienen realizando con sus clientes en relación a la revisión de la cuota de sus hipotecas* (Nota previa a los FD de la STS, 1.ª, P, 05.09.2013). En dicho *Informe*, se apuntaba a que se hicieran al cliente simulaciones de escenarios diversos sobre el comportamiento del tipo de interés. Según el FD 13.º de la STS, 1.ª, P, 09.05.2013: «222. [...], el IBE propone, como una de las medidas para superar la polémica desatada sobre su aplicación [cláusula suelo], la ampliación de los contenidos que deban ser objeto de información previa a la clientela, para que incorporen simulaciones de escenarios diversos, en relación al comportamiento del tipo de interés, así como [...]».

Finalmente, en el FD 13.º de la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 se lee: «224. Lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo [...], de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza».

13. También se deduce con claridad de la sentencia cuya aclaración se interesa que el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por una pluralidad de medios. Para el futuro, no puede anudarse de forma automática al cumplimiento de determinadas fórmulas, tantas veces convertidas en formalismos carentes de eficacia real. Y hacia el pasado, no tolera vaciar de contenido la sentencia que condena a eliminar de los contratos en vigor las cláusulas declaradas nulas».

h) *Algunas características del control abstracto, de la acción colectiva de cesación en contratos con consumidores.* «a) Debe referirse al momento de la listispendencia o a aquel posterior en el que la cuestión se plantee dando oportunidad de alegar a las partes./ b) No permite valorar de forma específica las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente./ c) No impide el control del carácter abusivo de las cláusulas, el hecho de que se inserten en contratos en los que el empresario o profesional no tenga pendiente el cumplimiento de ninguna obligación./ d) Las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo están sometidas a control de su carácter eventualmente abusivo» (FD 14.º 246; además 237-238¹⁸⁰, 243 y 245¹⁸¹). (El razonamiento en 234-245).

i) *El parámetro del consumidor medio para valorar el desequilibrio importante contrario a la buena fe, en el control abstracto.* «[L]a norma española [no] contiene especiales precisiones de [...] qué debe entenderse por desequilibrio importante contrario a

¹⁸⁰ STS, 1.ª, P, 09.05.2013, FD 14.º: «237. Consecuentemente, para decidir sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula impuesta en un concreto contrato, el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo. También deberá valorar todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa./ 238. Estas reglas deben matizarse en el caso de acciones colectivas de cesación en las que es preciso ceñir el examen de abusividad de la cláusula o cláusulas impugnadas en el momento de la litispendencia o en el momento posterior en que la cuestión se plantee en el litigio dando oportunidad de alegar a las partes, y sin que puedan valorarse las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente».

¹⁸¹ STS, 1.ª, P, 09.05.2013, FD 14.º: «243. [...] No existe en el Derecho de la Unión, ni en el Derecho nacional norma alguna que refiera el desequilibrio entre los derechos y obligaciones exclusivamente a los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas [...] y menos aun para limitar su aplicación a aquellos en los que la reciprocidad se proyecta en la ejecución del contrato»; «245. En definitiva, la finalidad de la normativa de consumo y la generalidad de sus términos imponen entender que el equilibrio de derechos y obligaciones es el que deriva del conjunto de derechos y obligaciones, con independencia de que el empresario haya cumplido o no la totalidad de las prestaciones. El desequilibrio puede manifestarse en la propia oferta desequilibrada, en la fase genética o en la ejecución del contrato, o en ambos momentos. [...]».

la buena fe, por lo que, atendida la finalidad de las condiciones generales [...] y de su control abstracto, no es posible limitarla a la esfera subjetiva» (FD 15.º 252) y «[a]ntes 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 abastecido. Máxime» en «préstamos hipotecarios en los que es notorio que el consumidor confía en la apariencia de neutralidad de las concretas personas de las que se vale el empresario (personal de la sucursal) para ofertar el producto» (FD 15.º 253).

j) *Cuándo la cláusula suelo es lícita.* Cuándo su transparencia permite al consumidor identificarla «como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos» (FD 15.º 256). El consumidor ha de estar «perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio» (FD 15.º 256). No se exige un «equilibrio “económico” o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo –máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite–» (FD 15.º 257) y la cláusula suelo es lícita incluso si no coexiste con una cláusula techo (FD 15.º 258)¹⁸². «En definitiva, corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados –lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención–. Sin perjuicio, claro está, de completarla con aquellos que permitan el control de su ejecución cuando sea preciso» (FD 15.º 259).

Y k) *el desequilibrio abstracto en el reparto de los riesgos por la cláusula suelo (control de abusividad), pues, el reparto real del riesgo es el de la cobertura exclusiva al prestamista del riesgo de oscilación a la baja del interés, y la frustración de las legítimas expectativas del consumidor sobre el posible abaratamiento del crédito.* La naturaleza del contrato celebrado fue la de un préstamo hipotecario a interés variable y «para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo

¹⁸² Se añade: «y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo» (FD 15.º 258).

carentes de claridad, debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto» (FD 15.º 263), y «[s]i bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible –de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas–, en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia –único que ha de ser objeto de examen– [...] dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como “variable”. Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza» (FD 15.º 264)¹⁸³.

¹⁸³ La valoración, en su día, de la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013* fue dispar entre los autores. Por ejemplo:

a) Negativamente la valoraron CORDERO LOBATO, y CARRASCO PERERA. CORDERO LOBATO entiende «que la cláusula suelo es una condición general susceptible de contraste de abusividad» [su posición doctrinal *supra* [7] a) y nota 36] y «[p]rocede analizar [...] si [...] es abusiva» (ap. 3). Considera «decisión correcta» del TS la de negar que la cláusula suelo sea abusiva, «aunque no lo sea la motivación. Ha de afirmarse [CORDERO LOBATO] que las cláusulas suelo no son abusivas porque el juzgador carece de parámetros que le permitan determinar dónde se halla el límite entre lo abusivo y lo no abusivo. Al igual que sucede con la cláusula que fija el precio de los contratos, no hay criterios (legales, o derivados de la naturaleza del contrato) que permitan afirmar la mayor razonabilidad de un precio sobre otro. En el caso de las limitaciones a las bajadas de tipo de interés, por debajo del límite que impone la legislación represora de la usura [...] no existe una cifra de interés que sea más correcta que otra. Esta circunstancia ha de llevar a concluir que queda a discreción del financiador, no controlable a través del test de abusividad, la cifra de interés mínimo (y también máximo, en el caso de la cláusula techo) que será exigible conforme a la aplicación del tipo que se haya pactado) (ap. 3) y «una vez descartado su carácter abusivo, más allá del error vicio no hay ninguna otra regla jurídica que permita fundar la nulidad de la cláusula. Desde luego, no lo es el artículo 80.1 TRLCU, que el Tribunal ofrece como fundamento legal del control de transparencia sustancial (§ 210 de la sentencia), ya que es evidente que la consecuencia legal de la oscuridad de la cláusula o es la no incorporación al contrato [artículo 7 b) de la LCGC] o la interpretación a favor del adherente (a lo que [...] no podría llegarse a través de una acción colectiva, artículo 6.2 LCGC)», tampoco es fundamento el artículo 60 TRLGDCU [ap. 4; y *supra* nota 41 a)]. Para CORDERO LOBATO «[e]s preciso aclarar diversos extremos [...] completamente oscurecidos en la sentencia: / *Primero: es manifiestamente incorrecto considerar incorporada una cláusula y, sin embargo, negar su eficacia por falta de información “sustancial” del consumidor.* [...] / *Segundo: una cosa es que a la hora de determinar la abusividad de una cláusula hayan de valorarse las circunstancias particulares concurrentes en el caso (como ordena el artículo 82.3 TRLCU) y otra muy distinta que, entre tales circunstancias del contexto, se hallen las relativas al modo y manera en que el consumidor ha comprendido lo que ha consentido. [...] / Tercero: pero ¿cómo puede verificarse que el consumidor ha comprendido lo que consiente? ¿De verdad el consumidor estará “más informado” de la trascendencia económica del contrato si es informado por la entidad del carácter de “elemento definitorio del objeto principal del contrato” que tiene la cláusula suelo? [...] ¿cómo llegará la entidad a verificar esa actitud psicológica del consumidor para comprender lo que se le explica? [...] la entidad deberá procurarse pruebas que acrediten que informó hasta el aburrimiento al consumidor [...]. / Cuarto: ciertamente, es la omisión de información sobre los riesgos [...] lo que puede conducir a un consentimiento existente pero viciado por error o dolo. Claro que [...] ha de darse una sustancialidad [...] cuya concurrencia es cuestionable en este caso. Y [...] es dudoso que la nulidad del contrato por error no debiera determinar la nulidad total del contrato [...].» (ap. 5). CORDERO LOBATO afirma que «[...] no hay un *tertium genus* entre incorporación y abusividad por desequilibrio del artículo 82 TRLCU,*

pues no existe una exigencia autónoma de transparencia “sustancial” como la que propone el Tribunal cuyo control pueda dar lugar, *per se* (esto es, sin que exista abusividad por desequilibrio censurable conforme al artículo 82.1) a nulidad. [...] ha de considerarse que cuando es el Legislador el que ha establecido el estándar de transparencia (los contenidos relevantes y la forma de ofrecerlos a la hora de prestar consentimiento contractual) en un ámbito negocial determinado (como sucedía en los préstamos hipotecarios desde las órdenes ministeriales de [...]), el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa especial determina la incorporación de las cláusulas correspondientes al contrato, lo que, [...] presupone su conocimiento por parte del consumidor. Naturalmente, esto no significa que el contrato así celebrado sea válido en cualquier circunstancia, pues, en efecto, el cumplimiento de las formalidades contenidas en la regulación especial no impediría que el contrato pueda contener cláusulas abusivas, que pueda ser anulado por error» (ap. 6). CORDERO LOBATO también critica que el TS haya hecho sus pronunciamientos en el marco de una acción colectiva (ap. 7). Todas las cursivas del original y citas de *CCJC* (2014). V. *infra* nota 231. Este trabajo publicado en *CCJC* (2014) y firmado por CORDERO LOBATO, se encuentra publicado en coautoría con CARRASCO PERERA en *Centro de Estudios de Consumo*; en relación con CARRASCO PERERA, además, *supra* [7] a) [A].

b) También la valoró negativamente ALFARO ÁGUILA-REAL. Entre otros extremos, para el autor: «[e] *tercer error* [cursiva mía] lo cometió la sentencia de 9 de mayo de 2013 al establecer unos criterios demasiados rígidos y desproporcionados para decidir sobre la transparencia o falta de transparencia de la cláusula-suelo. Aquello de las “simulaciones” estaba fuera de lugar. El Supremo debería revocar también la sentencia en este particular limitándose a indicar que lo decisivo es que el consumidor pudiera tomar conciencia, razonablemente, del significado y alcance de la cláusula-suelo, de forma que debe bastar con que esté claramente redactada y se incluya en el contrato junto con y con la misma relevancia que la cláusula que determina el tipo de interés» [*InDret* (2017) p. 7]. Para otra crítica del autor a la presente STS (la de que, en el marco de una acción colectiva, el TS declarara abusiva la cláusula suelo, pues no tenía información sobre las concretas circunstancias de celebración de los contratos) *infra* nota 216 d.1).

c) En cambio, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ la valoró positivamente, aunque con reparos. En su opinión, la STS, 1.ª, P. 09.05.2013 «implica un salto cualitativo muy importante en el modo de entender el deber de información en la contratación bancaria» (p. 4). Su novedad «es que aclara que este deber de transparencia nada tiene que ver con la claridad y la comprensibilidad de la cláusula en sí misma considerada, sino que ha de valorarse si mediante la inclusión de una cláusula dada en el contrato, la onerosidad del contrato, es decir, el acuerdo sobre el precio y la contraprestación, resulta distinto, en perjuicio del consumidor, del que legítimamente creía haber pactado» (p. 17). Pero hay algunos «déficit[s] de fundamentación [...] paradójico en una sentencia de 139 páginas» (p. 17). Uno, que «no acierta a establecer el fundamento normativo de esta obligación de transparencia tan elevada, y de manera incoherente incardina este deber de transparencia cualificado respecto del objeto principal del contrato en el artículo 80.1 TR-LGDCU», que «no impone requisitos de transparencia superiores a los del artículo 5 de la LCGC. Antes bien, ambas normas son coincidentes y redundantes» (pp. 17-18). PERTÍÑEZ VÍLCHEZ considera que el «deber amplio de transparencia respecto del objeto principal puede residenciarse en el artículo 60 TR-LGDCU» (p. 18). El autor destaca la *conexión* del artículo 60, o del análogo artículo 20, ambos TR-LGDCU, con «la declaración de nulidad de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato por falta de transparencia, de tal manera que ésta [la nulidad] parece la consecuencia jurídica natural del incumplimiento de este deber general de información sobre el precio y la contraprestación, cuando el empresario trate de incorporar al contrato una cláusula sobre la que se debió haber informado, a la luz de tal deber general, en la fase precontractual» [p. 18; v. *supra* nota 41 a)]. Otro déficit es, si «[...] la STS 9.5.2013 [...] deja claro, en línea con la literalidad del artículo 4.2 de la Directiva 13/93, que la consecuencia de la falta de transparencia de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato se conecta con el control de contenido; la cláusula en cuestión es abusiva» (pp. 22-23), «se echa en falta en la STS 9.5.2013 [...] una correcta argumentación que conecte la falta de transparencia de la cláusula suelo con el reproche de abusividad. Es preciso incardinar la abusividad por un defecto de transparencia en el supuesto de hecho del artículo 82 TR-LGDCU» (p. 23). Todas las citas de *InDret* (2013). Y un tercer problema de la STS, 1.ª, P. 09.05.2013 reside en el enjuiciamiento de la abusividad de la cláusula suelo por un defecto de transparencia en una acción colectiva, en donde opera un juicio abstracto, no teniendo en cuenta las particulares circunstan-

4.2 LA STS, 1.^a P, 08.09.2014 (PTE EXCMO SR D FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO; VOTO PARTICULAR EXCMO SR D IGNACIO SANCHO GARGALLO; ACCIONES INDIVIDUALES)¹⁸⁴

[26] El TS señala que la *contratación con condiciones generales (contratación seriada)* es una práctica negocial que constituye un *auténtico modo de contratar, diferente del contrato por negociación* que el Código civil regula. La *eficacia* de dicho modo de contratar descansa *no tanto en el consentimiento del adherente, sino en que el predisponente cumpla unos especiales deberes de configuración contractual referidos al equilibrio prestacional y la comprensibilidad real de la reglamentación predispuesta*. El control de transparencia de las condiciones generales de la contratación (contratación seriada) es un *control de legalidad*, cuyo fin principal es comprobar la *comprensión real* de la cláusula contractual predispuesta *en los aspectos básicos del contrato*, y que *el consumidor pueda conocer y comprender las consecuencias jurídicas a su cargo* (el sacrificio que el contrato le supone y su posición jurídica). Dicho control de legalidad opera *al margen del contrato por negociación* y por ello *fuera de los vicios del consentimiento*. Su objeto *no es enjuiciar la validez del consentimiento, ni su interpretación*. Por último, la transparencia, parte integrante del control de abusividad, *no se limita a constatar la claridad gramatical de la cláusula*, pues requiere enjuiciar el contrato a efectos de comprobar que *el consumidor puede directamente evaluar las consecuencias económicas y jurídicas a su cargo*. (Cfr. con la tesis de Orduña Moreno, *supra* [23]).

cias del caso, algo de lo que, en opinión de PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, no se puede prescindir: v. *infra* nota 200 b).

d) Además, MORENO GARCÍA *supra* [14]; CAÑIZARES LASO, *supra* [15]; CARBALLO FIDALGO, *infra* nota 312.

¹⁸⁴ HECHOS: Se acumularon ocho acciones individuales de clientes en las que se pedía la nulidad de la cláusula suelo por abusiva, en los préstamos hipotecarios celebrados con la correspondiente entidad financiera (*Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Segovia, Bankia*), su condena a la eliminación de la cláusula y la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por ella e intereses legales (FD 1.º 3). En *primera instancia se estima en parte la demanda: la cláusula suelo era abusiva* «por falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor, al no establecer una cláusula techo que proteja al consumidor de las subidas del tipo de interés y le compense del riesgo que supone no aplicarle las bajadas del interés por debajo del tipo estipulado en la cláusula suelo» (FD 1.º 3). En *segunda instancia se rechazó* que la cláusula fuera abusiva. Los clientes recurrieron en casación (motivo cuarto: infracción de los arts. 80 y 82 TRLGDCU y 8.2 LCGC, por «ausencia de reciprocidad que compense la limitación derivada de la cláusula suelo y la ausencia de buena fe en el comportamiento de la entidad bancaria, que se concreta en la ocultación de la existencia de estas limitaciones a la variación de los tipos en la fase precontractual», FD 2.º 1). El TS *casa* y confirma íntegramente la sentencia de primera instancia (Fallo; en relación con el Fallo, *infra* nota 187). El *Pleno* y el *Voto particular* se refieren al caso *Kásler* del TJ.

«[C]onviene resaltar la perspectiva conceptual y metodológica de la doctrina jurisprudencial de esta Sala que ha partido, ab initio, de la realidad de este fenómeno para señalar que la contratación bajo condiciones generales, por su naturaleza y función, tiene una marcada finalidad de configurar su ámbito contractual y, con ello, de incidir en un importante sector del tráfico patrimonial, de forma que conceptualmente debe precisarse que dicha práctica comercial constituye un auténtico modo de contratar claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado por nuestro Código Civil, con un régimen y presupuesto causal propio y específico que hace descansar su eficacia última, no tanto en la estructura comercial del consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden al equilibrio prestacional y a la comprensibilidad real de la reglamentación predispuesta, en sí misma considerada. Esta calificación jurídica, reconocida inicialmente en la citada Sentencia de esta Sala de 18 de junio de 2012, ha sido una constante en la doctrina jurisprudencial aplicable al fenómeno de la contratación seriada siendo reiterada, tanto por la Sentencia de esta Sala que primeramente enjuició el supuesto de las cláusulas suelo, la también citada STS de 9 de mayo de 2013, como por las resoluciones más recientes en materia de contratación seriada, SSTS de 10 de marzo de 2014 [...], de 11 de marzo de 2014 [...] y de 7 de abril de 2014» (FD 2.º 5).

«[E]l control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión» (arts. 5 Dir 93/13/CEE, 5.5 y 7.b) LCGC, 80.1.a) TRLGDCU «queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato» (FD 2.º 6).

«[E]l control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad [...] fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes [...] para la aplicación del referido control» (FD 2.º 7).

«[E]l control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la

consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada» (en armonía con la STJU, caso *Kásler*) (FD 2.º 8)¹⁸⁵.

[27] *Para el Pleno de la Sala*, en todos los casos, el predisponente *incumplió*, en relación con la cláusula suelo, su deber de comprensibilidad real. Lo justifica con diversas razones. Entre ellas, que la entidad bancaria *no puede descargar o suplir el cumplimiento de su deber de transparencia en la actuación del notario de lectura de la escritura pública y de contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con las del respectivo contrato de préstamo hipotecario, salvo actuación específica al respecto* [a lo largo del trabajo se irá viendo cómo el TS valora, en *otras* de sus SS, la actuación del notario en relación con el deber de transparencia del predisponente: *infra* [30] a), [38], [44] y nota 220 a)].

«En primer lugar, excluido el carácter negociado de la cláusula suelo, el análisis del presente caso se dirige a valorar si [...] el predisponente cumplió con el especial deber de comprensibilidad real de dicha cláusula en el curso de la oferta comercial y de la reglamentación contractual predispuesta. En este sentido [...] no se observa que el predisponente incluyera los criterios precisos y comprensibles en orden a que los prestatarios pudiera evaluar, directamente, el alcance jurídico de la cláusula suelo respecto a la modulación de la oferta comercial que se realizaba [...] lo cierto es que, a los efectos del principio de transparencia real, constituye un elemento significativo en la modulación o formulación básica de la oferta de este tipo de contratos, que debe ser objeto de un realce específico y diferenciable. En el presente caso, esto no fue así pues el alcance de las cláusulas suelo no formó parte de las negociaciones y tratos preliminares que se llevaron a cabo, ni tampoco resultó destacado y diferenciado, específicamente, ni en el marco de la oferta comercial realizada, ni en el contexto de las escrituras públicas de los préstamos hipotecarios [...], en donde su referencia se realiza sin resalte o especificidad alguna, dentro de una cláusula más amplia y extensa rubricada, significativamente, en atención a la regulación del “interés variable” del préstamo.

¹⁸⁵ El Ponente de la STS, 1.ª P, 08.09.2014, ORDUÑA MORENO, sintetiza así su contenido: «la [...] Sentencia de 8 de septiembre de 2014 sistematiza dicha caracterización en los siguientes criterios: / a) Su fundamento en el marco del específico y diferenciado presupuesto causal que informa el régimen de validez y eficacia del fenómeno de las condiciones generales de la contratación. / b) Su proyección, con base al principio de buena fe, en un previo y especial deber contractual de transparencia real que incumbe al predisponente y que debe quedar plasmado en la reglamentación predispuesta. / c) Su aplicación como un control de legalidad a tales efectos (artículo 5 de la Directiva 93/13, artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1.a del TR LGDCU)» [(2016) p. 83].

[...] también resulta significativo que la parte recurrida [la entidad financiera], fuera de probar los anteriores extremos en el curso de la reglamentación predispuesta, descargue el cumplimiento de su propio deber de transparencia en los protocolos notariales de los contratos celebrados. [...] debe señalarse, sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste con 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 transparencia¹⁸⁶.

¹⁸⁶ En relación con los notarios, ORDUÑA MORENO (Ponente de la STS, 1.ª P, 08.09.2014) señala, que «la tutela preventiva se presenta como un elemento imprescindible del sistema general del control de abusividad en la medida en que su proyección tiende a reforzar la seguridad jurídica del tráfico patrimonial y, en su caso, facilitar el control judicial de la abusividad que se presenta, a su vez, como un derecho irrenunciable de los consumidores y usuarios» (p. 94). Ahora bien, «la tutela preventiva no puede sustituir o reemplazar al propio control judicial que es el único, [...], que resulta competente para valorar, con la observancia del principio de contradicción, las circunstancias del litigio principal y deducir de ellas, en su caso, las oportunas consecuencias que se deriven de la declaración de abusividad de la cláusula en cuestión» (p. 94). Por otro lado, el desarrollo de la tutela preventiva «en un sistema de control de la abusividad puede presentar una diversa graduación que va desde una tutela preventiva de carácter meramente formal, residenciada básicamente en unos deberes de información acerca de la posible existencia de cláusulas abusivas, pero sin entrar en el examen de su incidencia en el contrato que se pretende celebrar o el procedimiento de su ejecución extrajudicial, a una tutela preventiva de carácter material o pro-activa que permita que dicha incidencia o contraste de la posible abusividad tengan un claro reflejo en la intervención notarial o en la calificación registral» (p. 94). Y en opinión de ORDUÑA MORENO, «la pregunta en torno al contenido o alcance que encierra la función notarial en la intervención en la contratación seriada debe ser respondida en el sentido pleno que desarrolla la tutela preventiva, esto es, de la competencia del Notario para realizar el correspondiente juicio o control de legalidad de la reglamentación predispuesta, objeto del instrumento público en toda su extensión, es decir, tanto respecto a la legalidad formal, como material de la misma» (p. 96). «En suma, si la tutela preventiva que realiza el Notario en la contratación seriada viene marcada por una clara finalidad garantista de los derechos de los consumidores y usuarios, difícilmente puede explicarse que el instrumento que articula [*sic*; articula] dicha tutela, esto es, el control de legalidad no comprenda el examen de aquellas cuestiones o aspectos que directamente comprometen estos derechos básicos, es decir, el estudio de fondo de la eventual abusividad que pueda presentar la reglamentación predispuesta./ Esta es la posición que se desprende de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, especialmente de la citada STS de 8 de septiembre de 2014. En dicha Sentencia, a propósito del control de transparencia en las cláusulas suelo, se destaca la importancia de la tutela preventiva que deben realizar los notarios sobre el control previo de legalidad de las condiciones generales precisándose, a continuación, que el desarrollo meramente formal de dicho control, referido a la lectura e información del contenido de la escritura pública, sin protocolo o actuación específica respecto de un examen de fondo de la eventual abusividad que pueda presentar la reglamentación predispuesta, no sufre por ella sola, el cumplimiento del especial deber de transparencia que incumple [*sic*; incumbe] al predisponente en este modo de contratar (Fundamento de derecho segundo, apartado 9 de la Sentencia)» (p. 97). «[Y] en la línea de actuación que abre la STS de 8 de septiembre de 2014, se infiere que la intervención del notario en la contratación seriada presenta en la actualidad un claro desarrollo en orden a mejorar la tutela preventiva en este relevante modo de la contratación contribuyendo, de esta forma, a la perfección del sistema general de control de abusividad no solo en atención a la salvaguarda de los derechos básicos de los consumidores y usuarios, sino también en beneficio de la calidad de la negociación y competitividad en este importante sector del trá-

En segundo lugar, una vez que ha quedado excluido el cumplimiento, por parte del predisponente, del deber de transparencia en el propio curso de la oferta y de la reglamentación predispuesta cabe plantearse [...] si este control queda acreditado en el ámbito de la “transparencia formal o documental” que acompaña a este modo de contratar, particularmente del documento en donde se contempla la llamada oferta vinculante. [...] la respuesta debe ser también negativa pues el citado documento sigue el mismo esquema formal de las escrituras públicas analizadas en donde la cláusula suelo, referida a un “tipo mínimo anual”, queda encuadrada en el apartado correspondientemente rubricado con referencia excluida al “tipo de interés variable” (condición 3 bis de la oferta), sin mayor precisión y comprensibilidad de su alcance o relevancia y en un contexto caracterizado por la abundancia de datos y formulaciones bancarias, ausente, por otra parte, de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés mínimo en el momento de la contratación; criterios [...] tenidos en cuenta por esta Sala en el caso similar que dio lugar a la Sentencia de 9 de mayo de 2013» (FD 2.º 9)¹⁸⁷.

[28] El *Voto particular*, en cambio, entendió, para dos de los casos, que el predisponente *no* había infringido *su deber de transparencia material* y las cláusulas suelo *no* debían declararse abusivas. Lo justifica *en* la redacción clara y comprensible de la cláusula suelo y *en* su correcta y lógica ubicación sistemática en el contrato (cláusula no emboscada), *en* que no es extraño o sorpresivo que en un contrato con interés variable se pacte un tipo de interés mínimo cuya forma de operar es fácil de comprender (basta la simple lectura del consumidor), *en* los años en que la cláusula suelo llevaba operando en la práctica a fecha de 2007 y 2008, y *en* la claridad de la oferta vinculante.

«1. Mi disidencia [Excmo Sr D Ignacio Sancho Gargallo] respecto del parecer de la mayoría no radica en que pueda practicarse el control de transparencia en este caso, sino en cómo se ha realizado.

[...].

fico patrimonial» (pp. 97-98; v. hasta p. 99). Todas las citas de (2016). V. *infra* nota 220 b) para la opinión de VÁZQUEZ MUIÑA sobre el papel de los notarios.

¹⁸⁷ Por último, y más allá de lo anterior, en el siguiente ap. 10 del FD 2.º de la S, el TS advierte: «[...] conviene indicar que esta Sala no ha podido entrar en la incidencia de la declaración de abusividad y el régimen aplicable a la relación contractual, particularmente a los efectos sobre el contrato a raíz de la ineficacia de la cláusula declarada abusiva, dado que la parte demandante [clientes] se aquietó en este extremo con el pronunciamiento de la sentencia de Primera Instancia, (bajo el imperio del principio dispositivo), quedando [...] firme». Según SÁNCHEZ MARTÍN: «A mi juicio, la inclusión expresa de esta justificación [del FD 2.º 10] obedece a la necesidad de aclarar este extremo, consciente de su enorme trascendencia social y también para la comunidad jurídica. La razón es sencilla y lógica, la parte prestataria se aquietó en este extremo con el fallo de la sentencia de primera instancia que rechazó esta pretensión de condena a la devolución de las cantidades cobradas, con el argumento de que su formulación en la demanda no reunía los requisitos de concreción que, a efectos de la liquidez, establece el artículo 219 LEC. [...] Al no apelar este pronunciamiento de la sentencia, la cuestión quedó imprejuzgada en el ámbito de la casación» [*La Ley* (2015) p. 6]. V. *supra* nota 184.

5. [...], no sólo la redacción de la cláusula es clara y comprensible, sino que su ubicación sistemática dentro del contrato es correcta y lógica, pues viene a continuación de la explicación de cómo se calcula el tipo de interés. No se trata de una cláusula emboscada o introducida en un lugar del contrato que impide se la pueda poner en relación con el interés pactado.

6. [...] que en el marco de un contrato con interés variable se pacte, además de un diferencial aplicable al índice de referencia, un tipo de interés mínimo no es, en sí mismo, algo extraño o sorprendente, y desde luego la forma en que opera es fácilmente comprensible. De hecho, basta la simple lectura para que un consumidor pueda comprender “las consecuencias económicas derivadas a su cargo” [...].

El plano más general o abstracto en el que se mueve este enjuiciamiento del control de transparencia, distinto [...] del enjuiciamiento concreto del error vicio en el consentimiento, nos permite realizar valoraciones generales sobre lo que podía o no llegar a ser comprensible para un consumidor y en qué medida podía conocer que el interés del préstamo era variable, cuál era el índice de referencia y el diferencial aplicable, y, lo que ahora interesa, que en ningún caso el interés nominal así calculado sería inferior a un determinado tipo de interés mínimo.

En la contratación bancaria, hay muchas cuestiones que guardan relación con el precio, cuyo entendimiento puede llegar a ser difícil o, cuando menos, “no fácil” para un consumidor. Pero que, a pesar de pactarse un interés variable, se establezca un tipo de interés mínimo, eso no encierra dificultad de entendimiento ni tiene por qué resultar sorprendente después de unos años de práctica comercial, máxime cuando es un hecho notorio que la fiebre del mercado inmobiliario de los años en que se pactaron estas cláusulas, en el que participaron de forma masiva los consumidores, provocaron un conocimiento poco menos que natural del coste de las hipotecas.

Me resulta difícil de admitir que en el caso de los contratos de 2007 [...], y de 2008, [...], después de más de cuatro y de cinco años, respectivamente, de la aparición de forma generalizada de cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario con interés variable, el consumidor no pudiera llegar a conocer de su existencia y de las consecuencias económicas que le podía deparar, máxime cuando en ambos casos la oferta vinculante era extremadamente clara. En la primera página, de forma esquemática, se muestran los elementos esenciales del contrato (el capital y la forma de entrega, la amortización y los intereses), sin ninguna literatura que pudiera contribuir a que algún detalle pasara inadvertido o resultara confuso.

En esta primera página de la oferta vinculante, se indica: «**Tipo nominal aplicable:** índice de referencia+Margen». Y al lado: «Tipo Mínimo 3,45%», en un caso, y, en el otro, «Tipo Mínimo 2,85%».

De este modo, entiendo que para un consumidor, en mayo de 2007 y en mayo de 2008, después de varios años en que era común y conocida la inclusión de un interés mínimo en préstamos hipotecarios de interés variable, habiendo mediado, además, una oferta vinculante en la que se resaltaba de forma muy clara y sencilla

lla, junto al tipo de interés aplicable (Euribor más un margen diferencial), la existencia de un tipo mínimo (en un caso 3,45% y en otro 2,85%), las cláusulas que incorporaban este tipo mínimo en los contratos de préstamo hipotecario pasaban el control de transparencia, en la medida en que no resultaba algo extraño o sorpresivo y su simple lectura permitía comprender al consumidor “las consecuencias económicas derivadas a su cargo”» (negrita del original)¹⁸⁸.

4.3. LA STS, 1.ª, P, 24.03.2015 (PTE EXCMO SR D RAFAEL SARAZA JIMENA; ACCIÓN COLECTIVA)¹⁸⁹

[29] El TS señala *que* existe un control de inclusión (caracteres tipográficos legibles, redacción comprensible) y *que* no pueden uti-

¹⁸⁸ PERTÍÑEZ VILCHEZ discrepa de la valoración del *Voto particular*: «En nuestra opinión, los argumentos del voto particular paradójicamente explican por sí mismos todo lo contrario de lo que pretende justificar. Esto es, explican, por qué no basta con la mera inclusión de manera clara y comprensible de la cláusula en la escritura de préstamo y en la oferta vinculante para que la misma hubiese sido conocida y comprendida por el consumidor y, por lo tanto, para que hubiese prestado su consentimiento a partir selección [*sic*; de la] entre las distintas ofertas existentes en el mercado con pleno conocimiento de causa sobre el coste del crédito. Y es que, sin una información adicional sobre cómo podía afectar a la cuantía de los intereses nominales debidos la existencia de una cláusula suelo en caso de bajada del índice de referencia, para que el consumidor fuera capaz de valorar los efectos de la cláusula sobre el coste del crédito a partir de su mera lectura, sería preciso que tuviera un conocimiento anterior acerca de la habitual inclusión de cláusulas de este tipo en los contratos de préstamo hipotecario y, además, sobre la posibilidad de que el índice de referencia pudiera en el futuro bajar por debajo de ese límite mínimo y sobre la repercusión en términos cuantitativos que sobre su cuota podría tener ese límite mínimo en caso de bajada del índice de referencia. En nuestra opinión [PERTÍÑEZ VILCHEZ], es mucho suponer que todo esto fuera conocido en el año 2007 o 2008 –antes de que el euribor emprendiera una senda descendente– por un consumidor medio./ No negamos que el conocimiento socialmente extendido sobre la habitual inclusión de cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios y sobre la trascendencia de dicha cláusula sobre los intereses nominales del crédito en el momento en que tenga lugar la contratación puede ser una circunstancia más a tener en cuenta, conforme al 82.3 TR-LGDCU, en la valoración del juicio de abusividad de dicha cláusula por falta de transparencia. Sin embargo, este conocimiento socialmente extendido se ha producido en épocas posteriores, desde luego no antes de que a consecuencia del descenso abrupto y continuado del Euribor a partir de enero de 2009 comencien a activarse los límites mínimos de los préstamos hipotecarios y se exterioricen en los medios de comunicación social las quejas de los afectados al comprobar que pese a esta bajada no descenden sus cuotas periódicas. En cualquier caso, la prueba de este conocimiento socialmente extendido compete a la entidad financiera, si bien podría considerarse como un hecho notorio, por lo menos, a partir de la STS 9 mayo 2013 [...] y el impacto que tuvo en los medios de comunicación» [(2017) pp. 70-71, v. desde p. 67; v. además pp. 111-112].

¹⁸⁹ HECHOS: *AUSBANC CONSUMO* ejercitó contra *Cajasur Banco S.A.U.* acción colectiva de cesación de la cláusula suelo en préstamos hipotecarios a interés variable. En *primera instancia se apreció su nulidad*, condenándose a *Cajasur* a su eliminación de los préstamos, a la abstención de utilizarla en el futuro, y a la publicación del fallo de la sentencia e inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. La *Audiencia Provincial desestimó* el recurso de apelación de *Cajasur*, aplicando la doctrina de la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013 (supra [25])*. *Cajasur* recurre en casación: alega que la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013* «es errónea y que sus criterios deben ser revocados»; «el interés casacional [...] es la pretensión de modificación de la jurisprudencia». (FD 1.º). El TS no casó (Fallo; v. FD 9.º). El TS cita los casos *RWE Vertrieb, Käsler* y *Matei* del TJ.

Supra [7] b) doy cuenta de otro aspecto de esta *STS, 1.ª, P, 24.03.2015* (sobre si el TS había o no creado Derecho con el control de transparencia).

lizarse cláusulas que impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico precio y prestación, inadvertido ello para el consumidor medio. El artículo 4.2 Dir 93/13/CEE conecta la transparencia con el juicio de abusividad, pues, la no transparencia priva al consumidor de la posibilidad de comparar las ofertas existentes en el mercado, no pudiendo representarse fielmente el impacto económico que le supone obtener la prestación según contrate con uno u otro sujeto, o según contrate uno u otro tipo de préstamo. Puede declararse abusiva la condición general que defina el objeto principal del contrato, si la no transparencia produce, para el consumidor, una alteración subrepticia del equilibrio subjetivo entre precio y prestación¹⁹⁰.

«[...]», que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (artículos 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación [...]). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que puede pasar inadvertida para el consumidor medio.

El artículo 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 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.

Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el efecto de transparencia provoca subrepticamente 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» (FD 3.º 3).

¹⁹⁰ Cfr. la argumentación del TS con la tesis y consideraciones de PERTÍÑEZ VÍLCHEZ *supra* [13], *infra* notas 202 y 204, y [61] *Cuarto*; v. además la tesis de MIQUEL GONZÁLEZ *supra* [12]. Y v. las consideraciones de CÁMARA LAPUENTE, *supra* [17] en caja más pequeña y nota 127, e *infra* la siguiente nota 191 párrafo II.

[30] En cuanto a los criterios fijados por la *STS, 1.ª P, 09.05.2013* para apreciar la existencia de transparencia material (*supra* [25]), la entidad financiera los cuestiona (motivo segundo de su recurso de casación). De su cuestionamiento solo me interesa referirme a la alegación de la infravaloración de «la advertencia notarial», y a la de «que el control de transparencia con base en los criterios expresados en la sentencia [*TS, 1.ª P, 09.05.2013*] solo puede ser apreciada caso por caso, dada la concomitancia con el error vicio del consentimiento» (FD 4.º 2). El TS considera correctos los criterios apuntados en la *STS, 1.ª P, 09.05.2013*, y:

a) *Sobre el papel del notario*, apunta *que*, según el artículo 84 TRLGDCU, aquél no autorizará los negocios en los que se pretendan incluir cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el correspondiente Registro; *que* la *OM 05.05.1994* establece que cuando las limitaciones al alza y a la baja no sean semejantes, el notario consignará eso expresamente en la escritura y advertirá a las partes; y *que* la intervención del notario se produce cuándo la firma de la escritura del préstamo hipotecario, intervención que a menudo es simultánea con la compra de la vivienda, y dicho momento no parece el más adecuado para que el consumidor revoque su decisión por la información inadecuada.

«Tampoco se infravalora la actuación del notario autorizante de la escritura de préstamos hipotecario. Como se afirmó en la sentencia de esta Sala, de Pleno, núm. 464/2014, de 8 de septiembre [...] [*supra* [27]].

Debe tomarse en consideración que el artículo 84 TRLCU solo prevé que el notario no autorizará los contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación [artículo transcrito *infra* nota 343]. Y que el artículo 7.3.2.c) de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, al prever que el notario advertirá sobre los “[...] límites a la variación del tipo de interés”, establece que “*en particular cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esta circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes*” [artículo transcrito *infra* nota 341 a)]. Y, como se declaró en la sentencia de esta Sala núm. 241/2013 [1.ª P, 09.05.2013, *supra* [25]], la razón de considerar abusiva las condiciones generales que establecían la cláusula suelo, objeto de aquella sentencia, no era el desequilibrio entre el suelo y el techo, sino la falta de transparencia en el establecimiento del suelo por debajo del cual no bajaría el tipo de interés variable pactado.

Por último, 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» (FD 5.º 3; cursiva del original).

b) *Sobre que la transparencia con base en los criterios de la STS, 1.ª P, 09.05.2013 (supra [25]) solo pueda apreciarse caso por caso, por su afinidad con el error vicio, ello no se comparte, por ser incompatible con la regulación interna y comunitaria de la acción colectiva que trata del control abstracto de validez de las condiciones generales del contrato y que toma como referencia al consumidor medio (no al del concreto caso), y que toma como referencia las características de las pautas estandarizadas de la contratación en masa.*

«[...] la alegación de que el control de transparencia con base en los criterios expresados en la sentencia solo puede ser apreciado caso por caso, no se comparte, porque es incompatible con la regulación que tanto el Derecho interno como el comunitario hacen de la acción colectiva.

Las acciones colectivas tienen una destacada importancia en el control de las cláusulas abusivas utilizadas en contratos concertados con consumidores, como resulta de los artículos 12 y siguientes LCGC y 53 y siguientes TRLCU, complementados por los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan el ejercicio de las acciones colectivas, los efectos de las sentencias que los resuelven y su ejecución, que responden a las exigencias del artículo 7 de la [...] Directiva 93/13/CEE, y de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, y con anclaje [...] en el artículo 51.1 de la Constitución.

De acuerdo con la tesis mantenida en el recurso, nunca podría realizarse un control abstracto de la validez de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores 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.

El control abstracto de validez de las condiciones generales de la contratación opera tomando en consideración lo que puede entenderse como un consumidor medio (apartados 148, 152 y 253 de la sentencia núm. 241/2013 [TS, 1.ª P, 09.05.2013]) y las características de las pautas estandarizadas de la contratación en masa (apartados 148 y 157 de dicha sentencia). Negar la posibilidad de un control abstracto y obligar a cada consumidor a litigar para que

se declare la nulidad de la condición general abusiva supondría un obstáculo difícilmente salvable para la protección de sus legítimos intereses económicos mediante procedimientos eficaces, como les garantiza la normativa comunitaria y la interna, incluida la Constitución (artículo 51.1).

La posibilidad de tal control abstracto se justifica por la existencia de condiciones generales de la contratación empleadas en una pluralidad de contratos y en la utilización por la predisponente de pautas estandarizadas en la contratación de estos préstamos, propias de la contratación en masa» (FD 5.º 7).

La reproducida exposición coincide plenamente con el *Auto* del TS de 06.11.2013 (Pte Excmo Sr D Rafael Saraza Jimena, *supra*, nota 168 párrafo II).

[31] Por último, el TS se sitúa en el juicio de abusividad, pues *la entidad bancaria* «critica [...] que el juicio de abusividad quede diluido en el juicio de transparencia, de modo que toda cláusula suelo no transparente sea abusiva» (FD 6.º 2), lo que, *para el TS*, no es correcto, pues, la no transparencia de una cláusula no significa que sea desequilibrada para el consumidor (excepcionalmente pudiera serle inocua). *Ahora bien*, ello no sucede con la cláusula suelo: su no transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, incompatible con las exigencias de la buena fe, pues no puede representarse el impacto económico del contrato, ni comparar correctamente las diferentes ofertas que existían en el mercado.

«La crítica que se formula acerca de que el juicio de abusividad queda diluido en el juicio de transparencia, de modo que toda cláusula suelo no transparente es abusiva, no se considera correcta.

La sentencia núm. 241/2013 [TS, 1.ª, P, 09.05.2013] afirma que “*la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas*” (apartado 250). Tal afirmación se explica porque 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.

Pero no es ese el supuesto de las llamadas “cláusulas suelo” [no son inocuas; tienen efectos negativos para el adherente]. 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»¹⁹¹ (cursiva del original; FD 7.º 2¹⁹²; v. además FD 5.º 5).

¹⁹¹ Las expuestas ideas del TS se reiteran en las STS, 1.ª, P, 25.05.2017 (*infra* [39]) y STS, 1.ª, 07.11.2017 (FD 4.º 10; Pte Excmo Sr D Pedro José Vela Torres).

Para CÁMARA LAPUENTE: «El Tribunal Supremo español adoptó esa solución (abusividad directa por falta de transparencia) primero en la STS 9 mayo 2013 [*supra* [25]] y la refrendó en la STS 8 septiembre 2014 [*supra* [26]-[27]], aun sin demasiadas precisiones sobre su naturaleza jurídica (control de incorporación / control de contenido abusivo), pero claramente consideró que la cláusula no transparente era abusiva, ligando por tanto el artículo 80.1 TRLGDCU (incorporación) con el artículo 82.1 TRLGDCU (abusividad); es decir, en términos de la Directiva, los artículos 4.2 y 5 con los artículos 3 y 6. En la reciente STS (Pleno) 24 marzo 2015, se reafirma en la conclusión pero trata de matizarla en dos sentidos: 1) [...] 2) *El control de transparencia está ligado con el juicio de abusividad ex artículo 4.2 de la Directiva, “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”. Por lo tanto, para el TS, a [*sic*; la] falta de transparencia supone *per se* un desequilibrio sustancial. Recuérdese el tenor legal del § 307 BGB [*supra* [5]] en sentido similar, del que carecen la Directiva y el ordenamiento español. Como ha quedado demostrado, el TJUE no ha llegado nunca tan lejos: la argumentación del TS evoca la justificación que parte de la doctrina alemana da para justificar el “desequilibrio” que la normativa europea y nacional exige para que una cláusula sea abusiva. Pero propiamente no exige ninguna prueba de tal desequilibrio: se da por producido por el puro hecho de no comparar con otras ofertas (más bien habría que decir, por enturbiar o manipular la comparación) y no poder hacerse una cabal representación de la contraprestación económica. Es decir, que situados en el terreno del artículo 4.2 de la Directiva, en que la falta de transparencia llevaría al juzgador a tener que evaluar no el “desequilibrio de derechos y obligaciones de las partes” como en el resto de cláusulas, sino la justicia económica del contrato, ante la dificultad, imposibilidad o inoportunidad de esa ponderación, los defensores de la tesis que conecta falta de transparencia y abusividad fabrican o preconstituyen un argumento que no es realmente demostración o resultado, sino justificación preconcebida: falta de transparencia = desequilibrio = no poder comparar ofertas y no poder entender impacto económico = desequilibrio “subjetivo” (representación que se hizo [*sic*; el] consumidor, no objetivo (no objetiva relación calidad/precio). Debe reconocerse el esfuerzo argumentativo subyacente en esta tesis. Sin embargo, como los numerosos debeladores de la misma en varios países hay [*sic*; han] puesto de relieve, la falta de transparencia no necesariamente causará un desequilibrio en el sentido de la Directiva; es más, una cláusula podría ser beneficiosa incluso para el consumidor pero haber sido mal redactada o éste podría haberla no comprendido sin que le perjudicase; el TS no desconoce el argumento, pero lo descarta en concreto para las cláusulas suelo, en las que reafirma la ecuación falta de transparencia = desequilibrio. Esta solución vendría a sobreentender que las cláusulas oscuras o redactadas o comunicadas de manera no comprensible para el consumidor estarían por esa sola razón implícitamente incluidas en el listado de cláusulas directamente (lista negra española) o potencialmente (Directiva) abusivas, cosa que realmente no es así en ninguno de los dos haces normativos. Y, por último, también cuando se practica el juicio sobre el posible carácter abusivo de una cláusula (artículo 3 Directiva, artículo 82 TRLGDCU) es necesario tomar en consideración (por imperativo del artículo 4.1 Directiva y 82.3 TRLGDCU) “la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa”. Naturalmente, este itinerario circunstanciado, ponderado, también para las cláusulas no transparentes relativas al objeto principal hace su declaración como abusivas particularmente trabajoso» [todas las cursivas del original; AAMN (2015) pp. 601-605; v. pp. 554 [conclusión 3)], 561, 563-564, 590, 609, 610]. Cf. *infra* nota 203 a) y b) en relación con AGÜERO ORTIZ. Y v. la propuesta alternativa de MARTÍNEZ ESCRIBANO al criterio de la abusividad directa del TS cuando la cláusula suelo no fue transparente, *infra* nota 321, párrafo II.

¹⁹² El texto del FD 7.º 2 de la STS, 1.ª, P, 24.03.2015 continúa: «Como decíamos en la sentencia núm. 241/2013 [TS, 1.ª, P, 09.05.2013], apartado 218, “la oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de

4.4. LA STS, 1.ª, P, 25.03.2015 (PTE EXCMO SR D EDUARDO BAENA RUIZ; VOTO PARTICULAR EXCMO SR D FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO, Y ADHESIÓN EXCMO. SR. D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ; ACCIÓN INDIVIDUAL)¹⁹³

[32] El TS apunta que la buena fe de los círculos interesados, en cuanto que ignoraban que la información que suministraban no

ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de trascendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor» (cursiva del original).

¹⁹³ HECHOS: Jon y Tamara demandaron al BBVA y entre otros extremos pidieron: la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula suelo en sus contratos de préstamo a interés variable, la condena al BBVA a que eliminase dicha cláusula de sus contratos y la devolución del «importe cobrado hasta la fecha de la demanda» (cursiva mía) por dicha cláusula, así como de las cantidades que por ella fueran pagando, con sus intereses legales, hasta la resolución definitiva del pleito. En primera instancia se declaró abusiva la cláusula suelo con base «en numerosas resoluciones judiciales», entre ellas, la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 (*supra* [25]) y, pese a «tener conocimiento» de esa STS, se «condenó a BBVA a la devolución a los demandantes del importe cobrado hasta la fecha de la demanda en virtud de la aplicación de la referida cláusula, pero sin motivar su decisión» (cursiva mía). La Audiencia Provincial desestimó la apelación del BBVA y:

a) Sobre la cláusula suelo, teniendo en cuenta la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 –la cláusula de que conocía era idéntica a la allí enjuiciada– y la STJU 26.04.2012 –en lo que se refiere a los efectos, frente a terceros, de la sentencia dictada por una acción colectiva de cesación en defensa de los consumidores, no se opone a la Dir 93/13/CEE que la sentencia «surta efectos, [...] para cualquier consumidor que haya celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales, incluso para los consumidores que no hayan sido parte en el procedimiento de casación» (cursiva del original)– la Audiencia Provincial entendió que «la cláusula del contrato suscrito entre BBVA y los actores es nula y respecto de este extremo puede declararse que existe carencia sobrevenida de objeto como solicita el recurrente (la entidad financiera)» (cursiva mía).

b) Sobre la restitución de las cantidades reclamadas por Jon y Tamara, la Audiencia Provincial entiende que su acción de devolución es distinta de la acción de cesación; en la STS, 1.ª, P, 09.05.2013, «era una demanda colectiva en la que no se solicitaba la devolución de las cantidades abonadas en virtud de las condiciones a que afecta la sentencia. En cambio, en el caso que nos ocupa se ejercita [...] la acción de nulidad de la cláusula que [se] considera abusiva y además la devolución de las cantidades cobradas de más en virtud de dicha cláusula»; «aquí se da respuesta a una acción de nulidad de los artículos 8 y 9 LCGC, que puede ejercitar cualquier afectado, sometida a plazo de caducidad y eficacia *ex tunc*» y, a juicio de la Audiencia Provincial, el FD 7.º de la STS, 1.ª, P, 09.05.2013, «deja bien claro, igual que el fallo, que la no retroactividad se refiere a esa sentencia, no a otras que se dicten con posterioridad». (FD 1.º).

BBVA interpuso recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación. (FD 1.º). El TS casó el alcance del efecto restitutorio por la nulidad de la cláusula suelo. Según el TS, «[a] apreciarse que a la acción de cesación [de la STS, 1.ª, P, 09.05.2013] no se le acumularon pretensiones de condena y concretas reclamaciones de restitución, mientras que en la presente acción individual sí se formulan de esta naturaleza, es por lo que no cabe estimar que en la presente litis tenga fuerza de cosa juzgada el pronunciamiento de la sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre la cuestión relativa a la restitución o no de los intereses pagados en aplicación de la cláusula declarada nula [...]» [cursiva mía; FD 5.º *in fine*; con más detalle, SÁNCHEZ MARTÍN (2016) pp. 255-260, v. en particular p. 258]. Y en su Fallo 4, el TS fija como doctrina: «Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014 [*sic*; STS, 1.ª, P, 08.09.2014: v. la explicación de VÁZQUEZ MUIÑA *infra* en esta misma nota 193] [...] y la de 24 de marzo de 2015 [...] se declare abusiva y, por ende, nula la

cubría la que exigió por la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013*, no pueden alegarlo desde dicha fecha 09.05.2013, pues, la mínima diligencia permite conocer las exigencias jurisprudenciales. (Pero, tal doctrina la superó la *STJ, Gran Sala, 21.12.2016* y otras *SS del TS, supra* nota 169)¹⁹⁴.

«Los anteriores argumentos, a los efectos aquí enjuiciados, se compadecen con una concepción psicológica de la buena fe, por ignorarse que la información que suministraba no cubría en su integridad la que fue exigida y fijada posteriormente por la *STS* de 9 de mayo de 2013; ignorancia que a partir de esta sentencia hace perder a la buena fe aquella naturaleza, pues una mínima diligencia permitiría conocer las exigencias jurisprudenciales en materias propias del objeto social» (FD 9.º 5 *in fine*).

«[...] se puede concluir que a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno del 9 mayo 2013 no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo éstas indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable, 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» *STS, 1.ª, P, 09.05.2013* [FD 10.º; *supra* [25] g) para dicho párrafo 225].

[33] Y también en relación con la buena fe, en el *Voto particular* se apunta que, tras la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013*, hay un conocimiento general de la cláusula suelo, dejando de ser cláusula sorpresiva o al menos desconocida para el consumidor, lo que no le impide impugnarla.

«Otra cuestión [...] es que la presente sentencia [*TS, 1.ª, P, 25.03.2015*] realce que tras la publicación de la sentencia del 9 mayo 2013 se dé un conocimiento general del alcance de la cláusula suelo que haga perder su condición de cláusula sorpresiva, o al menos desconocida por el consumidor adherente. Extremo, que tampoco impediría que el consumidor estableciera la correspondiente impugnación, si bien, esta divulgación o conocimiento general de la citada cláusula sería tenida en cuenta en el pertinente control de transparencia a los efectos de valorar su validez y eficacia» (FD 6.º del *Voto particular*).

denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013» (v. FD 10.º y 11.º; y Fallos 2 y 3). VÁZQUEZ MUIÑA: «Se refiere a la *STS* de 8 de septiembre de 2014. En lugar de la fecha de la sentencia, cita la data de la deliberación, votación y fallo (RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI [...]) [(2018) nota 925 en p. 345]. El error de citar la fecha de 16.07.2014, en lugar de la de 08.09.2014, es expresamente corregido en la *STS, 1.ª, P, 29.04.2015* en su FD 15.º 3 *in fine*. V. *supra* nota 169.

¹⁹⁴ V. CÁMARA LAPUENTE, *InDret* (2017) p. 20, v. desde p. 19.

4.5 LA STS, 1.^a, 29.04.2015 (EXCMO SR D RAFAEL SARAZA JIMENA; VOTO PARTICULAR EXCMO SR D FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO; ACCIÓN INDIVIDUAL)¹⁹⁵

[34] Tras recordar y exponer su doctrina sobre el doble control de transparencia de la STS, 1.^a, P, 09.05.2013 (aps. 198 ss.) (*supra* [25]) y la doctrina de las SSTJU 30.04.2014 (*Kásler*) y 23.04.2015 (*Van Hove*) (*supra* [10]), el TS señala que los criterios de transparencia formulados en su S, 1.^a, P, 09.05.2013 (doctrina jurisprudencial) se aplican no solo a las cláusulas suelo objeto de esos procesos, sino a todas las cláusulas no negociadas individualmente con consumidores, lo cual permite a las entidades financieras y a los consumidores valorar si sus cláusulas fueron transparentes, o no.

«En el presente caso, la decisión ha de adoptarse en base a los criterios de transparencia que se formularon en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, como concreción de las exigencias de la normativa nacional y comunitaria. Tales criterios integran la parte sustancial de la doctrina jurisprudencial sentada en dicha sentencia y confirmada por las posteriores núm. 138/2015, de 24 de marzo, y núm. 139/2015, de 25 de marzo, que como tal doctrina jurisprudencial es aplicable no solamente a las cláusulas suelo objeto de tales procesos, sino a todas las que constituyan cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores, de modo que permite a las entidades financieras y a los consumidores valorar en cada caso si las cláusulas suelo incluidas en los contratos de préstamo hipotecario concertados entre los mismos superan o no el control de transparencia» (FD 14.º 5)¹⁹⁶.

¹⁹⁵ HECHOS: Adelaida demandó al BBVA, pidiendo la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula suelo del préstamo hipotecario a interés variable celebrado con dicho banco, su eliminación del contrato y la devolución de las cantidades por ella pagadas (para el diseño y funcionamiento de la cláusula suelo: FD 13.º 1). En primera instancia se desestimó la demanda, «por considerar “desde un punto de vista dialéctico” que la demandante conoció y consintió la existencia de dicha cláusula, que las cláusulas suelo son en principio válidas sin perjuicio de que sean anulables por vicios del consentimiento, y que la cláusula no podía considerarse abusiva por falta de reciprocidad» (cursiva del original). La Audiencia Provincial estimó la apelación de Adelaida: la cláusula «era nula por falta de equilibrio y proporcionalidad, pues BBVA sabía, desde que predispuso la cláusula suelo, que [...] entraría en funcionamiento sin duda alguna, y revistió de falso ropaje recíproco dicha cláusula con el establecimiento de un “techo” completamente irreal». BBVA interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación. (FD 1.º). El TS casó (FD 13.º 4), asumió la instancia y declaró nula la cláusula suelo por abusividad por falta de transparencia (v. la siguiente nota 196) y condenó al BBVA a la devolución de los intereses cobrados en exceso desde el 09.05.2013, con sus intereses legales, y a que recalculase y rehiciere el cuadro de amortización del préstamo hipotecario a interés variable para lo sucesivo, contabilizando el capital que efectivamente debió amortizarse (Fallo 3, 4 y 6; FD 15.º 5). En la S se mencionan los casos *Caja Madrid* y *Monte de Piedad de Madrid*, *Kásler*, *Matei*, y *Van Hove* del TJ; también se cita la STJ 10.05.2001, asunto C-144/99, «Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos» (*supra* nota 24).

¹⁹⁶ Para el caso, el TS consideró que concurrían todas las circunstancias por las que declaró, en su S, 1.^a, P, 09.05.2013, la abusividad de las cláusulas suelo por falta de transparencia (esto es, los criterios del Fallo 7.º de esa S de 2013; FD 14.º 5). Así (FD 14.º 6), el

Además:

«Cualquier entidad bancaria que haya utilizado cláusulas suelo en las condiciones generales de los contratos de préstamo concertados con consumidores puede, a partir de la referida sentencia núm. 241/2013 [09.05.2013], y con base en los detallados criterios que en ella se expresan, valorar si la cláusula suelo que ha utilizado en los contratos que ha celebrado con consumidores supera el control de transparencia. Y si no lo supera, debe dejar de aplicarla por ser abusiva» (FD 15.º 4).

4.6 LA STS, 1.ª, P, 23.12.2015 (PTE EXCMO SR D PEDRO JOSÉ VELA TORRES; VOTO PARTICULAR EXCMO SR D FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO; ACCIÓN COLECTIVA)¹⁹⁷

[35] El TS se refiere al control de inclusión (arts. 5 y 7 LCGC) y al de transparencia de la cláusula suelo (elemento esencial del

tratamiento secundario de la cláusula suelo en la información suministrada al consumidor (ni aparecía en el folleto de la oferta); su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos en la escritura del préstamo hipotecario (cláusula enmascarada) y en un lugar secundario; en la oferta vinculante, la información sobre el suelo estaba enmascarada entre abundantes informaciones, no permitiendo apreciar su significado y trascendencia, ni su repercusión en la economía del contrato; no había simulaciones del comportamiento del tipo de interés en diferentes escenarios, ni advertencia de su coste comparativo con otros productos de la misma entidad. En suma, la consumidora no pudo conocer el real reparto de los riesgos y de modo sorpresivo el préstamo a interés variable se convirtió en uno a interés mínimo fijo; la cláusula suelo no fue transparente y «[p]or tal razón, ha de apreciarse su carácter abusivo y declararse nula» (FD 14.º 6).

¹⁹⁷ HECHOS: *OCU* demandó al *Banco Popular Español* y al *BBVA* y pidió, entre otros extremos, la declaración de abusividad y consecuente nulidad de la cláusula suelo en préstamo hipotecario –pedía también la de otras cláusulas sobre intereses moratorios, vencimiento anticipado, gastos del préstamo hipotecario, destino profesional o empresarial del bien hipotecado, contratación telefónica, *que no analizo*–, el cese y la eliminación de las cláusulas declaradas nulas y la abstención futura en su utilización, la publicación total o parcial de la sentencia con ciertas condiciones, y su inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. En *primera instancia se estimó parcialmente* la demanda, declarándose nulas ciertas cláusulas. *OCU*, el Ministerio Fiscal y las entidades financieras apelaron. La *Audiencia Provincial estimó en parte* los recursos de *OCU* y del Ministerio Fiscal, y añadió a la sentencia de primera instancia la nulidad de *otras* condiciones generales; *desestimó* los recursos de las entidades bancarias. Entre sus consideraciones, la *Audiencia Provincial* señaló «que el control abstracto que requiere la acción colectiva de cesación ejercitada al amparo del artículo 12 LCGC permite depurar el tráfico mercantil [de] condiciones generales ilícitas»; «si la condición general, por su redacción ambigua o dudosa, admitiese significados que pudieran dar lugar a abusividad, lo procedente sería su expulsión del tráfico mercantil para que no pudiera producir tal efecto, según se desprende de los artículos 5 y 7 de la Directiva 93/13/CEE». (FD 1.º; por otro lado y sobre la expulsión del tráfico patrimonial de la cláusula abusiva: FD 1.º 1 del *Voto particular*).

Banco Popular y *BBVA* interpusieron recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación:

a) En el de casación, *Banco Popular* alegó infracción del artículo 80 TRLGDCU y de la doctrina jurisprudencial de la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013* (aps. 211 y 212; tercer motivo), pues, la *Audiencia Provincial* aplicó los «parámetros» de dicha *STS* «de forma automática, sin reparar en que la cláusula utilizada por el “Banco Popular, S.A.” es diferente a las cláu-

contrato) para la cual indicó en su *S, 1.ª, P, 09.05.2013 (supra [25])*, que debía haber una proporción entre la comunicación del predisponente y la importancia de la cláusula en el contrato, habiendo constatado en el caso de esa STS, y en los de otras posteriores SS, el tratamiento secundario que a la cláusula suelo se dio. Y la razón de la especial comunicación del predisponente al cliente es, que convierte un préstamo a interés variable en préstamo a interés mínimo fijo, no pudiendo el consumidor beneficiarse de las reducciones del tipo de referencia por debajo de ese mínimo. Y es de interés resaltar la inmediata aclaración del TS de que *la cláusula suelo puede inducir a error al consumidor sobre un aspecto fundamental del contrato y llevarle a adoptar una decisión irracional*.

«En el examen de validez de las condiciones generales insertas en contratos celebrados con consumidores, el primer control es el de incorporación, a fin de comprobar que se cumplen los requisitos para que la cláusula quede incorporada al contrato (aceptación por el adherente, claridad, completitud, legibilidad y entrega de un ejemplar –artículos 5 y 7 LCGC), pero con ello no acaba el análisis. Una cláusula “incorporable” e “incorporada” al contrato, cuando se refiere a los elementos esenciales del mismo, puede no ser válida porque se considere que no es transparente. En el caso concreto de las cláusulas suelo, dijimos en la Sentencia 241/2013, de 9 de noviembre [*sic*; mayo], que debe existir una proporción entre la “comunicación” que haya hecho el predisponente del contenido de la cláusula y “su importancia en el desarrollo razonable del contrato”. Y constatamos, en ese y en los demás casos sometidos posteriormente a nuestra consideración, que se daba a la cláusula suelo una relevancia “secundaria”:

sulas a las que se refirió dicha resolución y, específicamente, a la utilizada por el “BBVA”» [FD 4.º c), *Planteamiento*]. El TS respondió, «que la argumentación del tribunal de apelación se ajusta plenamente a los criterios jurisprudenciales expuestos y que, en contra de lo afirmado en el motivo, hace un enjuiciamiento individualizado de la cláusula utilizada por el banco [...], sin confundirla o entremezclarla con las utilizadas por otras entidades» [FD 4.º, c), *Decisión de la Sala*, 2]. Y para el recurso extraordinario por infracción procesal del *Banco Popular*, el TS había señalado: «[c]omo dijimos en la sentencia del Pleno de esta Sala 138/2015 de 24 de marzo, tratándose de cláusulas que presentan una configuración y un casuismo muy similares, no hay nada reprochable en que las resoluciones de instancia partan en sus argumentaciones de la jurisprudencia sentada por este Tribunal Supremo, sin que ello suponga falta de motivación; máxime si, como sucede en este caso, tras dicha apoyatura jurisprudencial, se analiza en concreto la cláusula que es objeto del litigio» [FD 2.º c) *Decisión de la Sala*, 2];

b) En el de casación, *BBVA* alegó infracción de los artículos 8,2 y 82.1 TRLGDCU y de la doctrina jurisprudencial de la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013* [FD 5.º b) *Planteamiento*]. El TS consideró «que existe identidad entre las cláusulas ya declaradas nulas en las sentencias de 9 de mayo de 2013 y 29 de abril de 2015 y la ahora enjuiciada, por lo que la nulidad de esta última es ya cosa juzgada» según el artículo 222, 1, 2 y 3, LEC [FD 5.º b) *Decisión de la Sala. Apreciación de cosa juzgada. 5 in fine*].

El TS desestimó todos los recursos (Fallo 1). En la S se mencionan los casos *RWE Vertrieb, Kásler*, y *Matei* del T.J. V. *supra* [7] b) para otro aspecto de la *STS, 1.ª, P, 23.12.2015* (el de si el TS había creado Derecho con el control de transparencia).

Sobre la incidencia de esta *STS, 1.ª, 23.12.2015* (acción colectiva), en el posterior ejercicio por el consumidor de una acción individual de nulidad por abusividad de la cláusula suelo, *infra* [40] ss. y notas 211 (hechos) y 212.

“(las) propias entidades les dan un tratamiento impropia-mente secundario, habida cuenta de que las cláusulas “no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios”, lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato”. La razón de que la cláusula suelo deba ser objeto de una «especial» comunicación al cliente es que su efecto –más o menos pronunciado según los tipos en vigor y según la “altura” del suelo– es que “convierte un préstamo a interés variable en un préstamo a interés mínimo fijo, que no podrá beneficiarse de todas las reducciones que sufra el tipo de referencia (el euribor)”. Es decir, la cláusula suelo puede inducir a error al cliente sobre un aspecto fundamental del contrato y llevarle a adoptar una decisión irracional, esto es, elegir una oferta cuyo tipo variable es inferior pero que, por efecto de la cláusula-suelo, en realidad lo es a un tipo superior durante la vida del contrato que otra oferta del mercado a tipo variable “puro” con un diferencial superior, pero que se aprovecha de las bajadas en el tipo de referencia ilimitadamente» [cursiva del original; FD 4.º b) 4].

4.7 LA STS, 1.ª, P, 24.02.2017 (PTE EXCMO SR D PEDRO JOSÉ VELA TORRES; ACCIÓN INDIVIDUAL)¹⁹⁸

[36] El TS se ocupa de la incidencia de la *sentencia estimatoria de una acción colectiva*, en el *posterior ejercicio*, por el consumidor, de una *acción individual*. El TS destaca las diferencias entre ambas acciones, refiriéndose:

a) A su doctrina sobre *el alcance de la cosa juzgada* de su S, 1.ª, P, 09.05.2013, alcance expresado en su S, 1.ª, P, 23.12.2015 –y esta última, a su vez, reprodujo la STS, 1.ª, P, 25.03.2015– *alcance limitado* a las cláusulas *idénticas* a las declaradas nulas y que afecta a las *entidades demandadas en aquel procedimiento* (en las tres cita-

¹⁹⁸ HECHOS: El 27.05.2005, Hermenegildo celebró con *Caixa d’Estalvis Comarcal de Manlleu* un préstamo hipotecario de interés variable con cláusula suelo, por una cuantía de 283.000 € y a devolver en treinta años. En 2010, el cliente requirió a dicha *Caixa* la eliminación de la cláusula suelo y esta no accedió. El mismo año 2010, la *Caixa d’Estalvis Comarcal de Manlleu* se fusionó con otras Cajas de Ahorro en *Unnim Caixa*, y esta última constituyó el 14.07.2011 la entidad *Unnim Banc S.A.U.* El 27.07.2012, *BBVA* adquirió todo el capital de *Unnim Banc S.A.U.* En marzo de 2012, Hermenegildo demandó a *Unnim Banc* y solicitó la nulidad de la cláusula suelo y la restitución de las cantidades pagadas por ella. En *primera instancia* se *desestimó* la demanda. La *Audiencia Provincial estimó* la apelación de Hermenegildo: declaró nula la cláusula suelo, condenó a la demandada a tenerla por no puesta y a la devolución de todas las cantidades abonadas por ella. Entre otras cosas, la *Audiencia Provincial* consideró que la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 «no surte efecto de cosa juzgada material respecto del caso enjuiciado, porque se dictó en un proceso en que se había ejercitado una acción colectiva, mientras que en el presente se ejercita una acción individual». (FD 1.º). *BBVA* recurre en casación. El TS *no casó*. Además, el TS modificó su doctrina jurisprudencial sobre el alcance temporal de la restitución por la nulidad de la cláusula suelo a partir del 09.05.2013, por la restitución total (sobre ello *supra* nota 169). En la S se alude al caso *Gutiérrez Naranjo, Palacios Martínez, y Banco Popular Español* del TJ.

das SSTs se demandó al *BBVA*; *supra* notas 168, 197 y 193 para los hechos). En el caso *ahora analizado*, la cláusula suelo cuenta con una redacción *distinta*, y aunque se trate de la misma entidad financiera (*BBVA*), la misma es parte –en el presente procedimiento– *por una doble sucesión procesal y no predispuso, ni impuso, la cláusula litigiosa* (la cláusula suelo). No hay, pues, identidad objetiva, ni subjetiva.

«La sentencia de esta Sala 705/2015, de 23 de diciembre, al referirse al alcance de la cosa juzgada de la sentencia 241/2013, reprodujo lo ya expresado en la sentencia 139/2015, de 25 de marzo, y declaró que:

“[L]os efectos de cosa juzgada se ceñían a cláusulas idénticas a las declaradas nulas. Es decir, los efectos de la sentencia 241/2013 se extienden, subjetivamente, a las cláusulas utilizadas por las entidades que fueron demandadas en aquel procedimiento, y, objetivamente, a las cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos”.

En este caso, no concurren las identidades aludidas en dicha resolución. En primer lugar, porque la mencionada cláusula suelo tiene una redacción diferente de la que fue objeto de la sentencia 241/2013. [...].

En segundo término, porque aunque *BBVA* haya sido parte en ambos procedimientos, en el que ahora nos ocupa lo ha sido por una doble sucesión procesal, al adquirir a la entidad (*Unnim*), en la que, a su vez, se había fusionado la acreedora inicial (*Caixa d'Estalvis Comarcal de Manlleu*). Y no fue quien predispuso e impuso en el contrato de préstamo la cláusula litigiosa.

En principio, en caso de sucesión procesal podría darse la identidad subjetiva entre causahabientes a que se refiere el artículo 222.3 LEC, pero en supuestos, como el presente, de condiciones generales de la contratación, no puede apreciarse tal identidad si el predisponente no es el mismo, ni fue quien utilizó la cláusula que se ha declarado nula en pronunciamiento firme no discutido ya en este recurso de casación» (FD 3.º 1).

b) A la *STJ 14.04.2016*, que se pronunció *sobre la litispendencia y la prejudicialidad civil* –instituciones relacionadas con la cosa juzgada– entre acciones colectivas e individuales y en la que se indicó que *ambas acciones tienen objetos y efectos distintos*.

La *STJU 14.04.2016* «(asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14), en relación con la litispendencia y la prejudicialidad civil [...] entre acciones colectivas en defensa de los consumidores y acciones individuales, estableció en su parte dispositiva que:

“El artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE [...] debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la de los litigios principales, que obliga al juez que conoce de una acción

individual de un consumidor, dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula de un contrato que le une a un profesional, a suspender automáticamente la tramitación de esa acción en espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentra pendiente, ejercitada por una asociación de consumidores de conformidad con el apartado segundo del citado artículo con el fin de que cese el uso, en contratos del mismo tipo, de cláusulas análogas a aquella contra la que se dirige dicha acción individual, sin que pueda tomarse en consideración si es pertinente esa suspensión desde la perspectiva de la protección del consumidor que presentó una demanda judicial individual ante el juez y sin que ese consumidor pueda decidir desvincularse de la acción colectiva”.

Y en su apartado 30, indicó:

“Por lo tanto, 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 la justicia y que respondan a la necesidad de evitar resoluciones judiciales contradictorias, sin que la articulación de esas diferentes acciones deba conducir a una merma de la protección de los consumidores, tal como está prevista en la Directiva 93/13”.

De lo anterior cabe extraer que para la apreciación de la cosa juzgada, entre acciones colectivas y acciones individuales no existe identidad objetiva, puesto que tienen “objeto y efectos jurídicos diferentes”» (FD 3.º 2).

Y c) a la doctrina del Tribunal Constitucional (TC) *sobre la cosa juzgada* en la relación acción colectiva/acción individual. Según el TC, *no hay identidad de objeto* entre la acción colectiva –la acción de cesación es instrumento de control *abstracto* de las cláusulas ilícitas– y la individual –en la que se analiza *su* cláusula suelo y las circunstancias concurrentes en *su* celebración–, *sino similitud* y sin perjuicio de que el Juzgado *a quo* tenga presentes los pronunciamientos del TS sobre la validez o nulidad de la cláusula tipo. Además, *extender automáticamente el efecto de cosa juzgada de la estimación de la acción colectiva a todos los contratos puede atentar contra la autonomía de la voluntad del consumidor, quien puede no desear la nulidad en su contrato, o puede cercenarle sus posibilidad de impugnación individual si la demanda de cesación se desestimó por una defensa jurídica distinta de la que el reclamante individual hubiera sostenido por circunstancias solo por él conocidas.*

Según la *STC 148/2016, 19.09* (y las posteriores *206/2016, 207/2016* y *208/2016*, todas de 12.12):

“La identidad –que no mera similitud– de objeto de ambos procesos [acción colectiva y acción individual] [...] resulta cuanto

menos dudosa. La demanda de cesación se configura por ley como instrumento de control abstracto de cláusulas ilícitas, y lo que se pretende con ella es que el profesional demandado deje de recomendarlas o suscribirlas con sus potenciales clientes. En este caso, la acción de cesación de ADICAE impugnaba, entre otras, la cláusula suelo cuyo contenido coincide con la firmada por los recurrentes años antes con la misma entidad bancaria. Pero lo cierto es que en ese proceso no se conoció de la cláusula suelo de “su” contrato, ni de las circunstancias concurrentes en su celebración» (arts. 4.1 Directiva 93/13/CEE y 82.3 TRLGDCU), «como por ejemplo el cumplimiento del principio de transparencia. El objeto controvertido por tanto entre ambos procesos es similar, pero no idéntico. Ello no obsta [...] a que el Juzgado a quo, al dictar Sentencia sobre el fondo, deba de tener en cuenta los pronunciamientos ante todo del Tribunal Supremo, máximo intérprete de la legalidad ordinaria (*artículo 123 CE*), en torno a la validez o nulidad de este tipo de cláusula.

Pero extender de manera automática un efecto de cosa juzgada derivado de la estimación de la acción de cesación, a todas las cláusulas iguales insertas en la universalidad de contratos en vigor, además de no preverse en las normas que regulan dicha acción colectiva, puede llegar a atentar contra la autonomía de la voluntad del consumidor que no desee tal nulidad en su contrato, en los términos observados antes por nuestro Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. O cercenar las posibilidades de su impugnación individual si la demanda de cesación se desestima por mor de una línea de defensa jurídica de la entidad actora, distinta de la que hubiera sostenido el reclamante individual con base en las circunstancias concurrentes sólo por él conocidas» (cursiva del original; FD 3.º 3)¹⁹⁹.

Teniendo en cuenta lo expuesto en las anteriores letras *a*), *b*) y *c*), el TS deduce, que, para los consumidores no personados en el procedimiento de la acción colectiva, su llamamiento (art. 15 LEC) no basta para justificar que se les extienda la eficacia de la cosa juzgada del artículo 222.3 LEC. Con la interpretación conjunta de los artículos 15, 222.3 y 221 LEC, la sentencia estimatoria de la acción colectiva solo afecta (cosa juzgada) a los consumidores no personados que la propia sentencia determine individualmente (artículo 221.1.1.ª LEC). En cuanto a la tutela de los derechos de los consumidores indeterminados o no fácilmente determinables, la eficacia de la cosa juzgada no se produce para los no personados, pero estos pueden hacer valer sus derechos según lo dispuesto en los artículos 221 y 519 LEC, o ejercitar en su caso una acción individual. Y en los casos en los que como pronunciamiento principal

¹⁹⁹ V. VENDRELL CERVANTES, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (2017) pp. 75-76. Extracta y comenta brevemente la STC 148/2016, «cuyos razonamientos han sido después extrapolados» (p. 1776) a las SSTC 206/2016, 207/2016, 208/2016, 209/2016, todas de 12.12, STC 218/2016, 18.12, STC 221/2016 y 223/2016, ambas de 19.12, RUIZ ARRANZ, *ADC* (2017) pp. 1775-1779.

se declare ilícita o no conforme a ley cierta conducta, la sentencia determina, de acuerdo con la legislación de protección de los consumidores y usuarios, si dicha declaración surte efectos procesales no limitados a los que han sido parte procesal (art. 221.1.2.ª LEC). *Para el caso (acción individual), el TS entendió que la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 no producía efecto de cosa juzgada.*

«4. De nuestra propia jurisprudencia [...] así como de la del TJUE y el TC, cabe deducir, en relación con los consumidores que no se personaron en el procedimiento en que se ejercitó la acción colectiva, que el llamamiento que se les hace conforme al artículo 15 LEC no es suficiente para justificar la extensión frente a ellos de la eficacia de cosa juzgada que establece el artículo 222.3 de la misma Ley. Una interpretación conjunta de los artículos 15, 222.3 y 221 LEC lleva a la conclusión de que la cosa juzgada de la sentencia estimatoria de la acción colectiva afectará únicamente a los consumidores no personados que estén determinados individualmente en la propia sentencia, conforme dispone el artículo 221.1-1.ª LEC.

A su vez, en el caso de las acciones para la tutela de derechos de consumidores indeterminados o no fácilmente determinables, la eficacia de cosa juzgada tampoco se producirá frente a los no personados, sin perjuicio de que puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 519 LEC o, en su caso, ejercer las acciones individuales. Con la particularidad de que, en los casos en que, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declare ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, “la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente” (artículo 221.1-2.º LEC). Como dijimos en la [...] sentencia 375/2010, de 17 de junio, “el requisito de la identidad subjetiva para determinar la concurrencia de litispendencia o cosa juzgada [...] debe determinarse en función de los sujetos perjudicados en quienes se concrete el ejercicio de la acción”.

5. Como consecuencia de todo lo expuesto, no cabe considerar que en este caso produzca efecto de cosa juzgada la sentencia de esta misma Sala 241/2013, de 9 de mayo» (FD 3.º)²⁰⁰

²⁰⁰ La doctrina sentada en la *STS, 1.ª, P, 24.02.2017* sobre la no eficacia de la cosa juzgada de la sentencia de una acción colectiva, en la posterior acción individual, ha merecido las siguientes consideraciones críticas:

a) Según VENDRELL CERVANTES, la *STS, 1.ª, P, 24.02.2017* «descartó [...] que la STS de 9 de mayo de 2013 relativa a las cláusulas suelo produjera efecto de cosa juzgada respecto de una acción individual declarativa de nulidad y de restitución de prestaciones ejercitadas por un consumidor contra una de las entidades de las que fue parte del procedimiento de esa STS de 9 de mayo de 2013./ Aunque no fue expresado con suficiente claridad ni probablemente convicción, la doctrina jurisprudencial fundamental que apoya esta conclusión fue la siguiente: no había efecto de cosa juzgada porque no hay identidad objetiva entre acción colectiva y acción individual (FD 3.º, apdo. 2 y 3) y porque este efecto tan solo se produciría respecto de los consumidores personados en el procedi-

miento o determinados individualmente en la propia sentencia (en este último caso, cuando se trate de un proceso para la defensa de intereses colectivos, es decir, de un grupo de consumidores cuyos componentes están determinados o sean fácilmente determinables)» (p. 77); y «[c]omo en el procedimiento de las cláusulas suelo resuelto por la STS de 9 de mayo de 2013 –como ha sido habitual en los procedimientos derivados de una acción colectiva– no se personó ningún consumidor, ni, como es lógico, la sentencia determinó individualmente los consumidores beneficiarios de la condena –aunque quizá podría haberse entendido que la determinación fue parametrizada, tal como permite el artículo 221.1.1.ªII de la LEC–, no se produciría el efecto de cosa juzgada alegado por las entidades» (p. 78).

Ahora bien, VENDRELL CERVANTES precisa que la «STS de 9 de mayo de 2013 fue estimatoria y que su pronunciamiento de determinación de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo fue parte indisociable del pronunciamiento declarativo de la nulidad (también, como es lógico, estimatorio)» (p. 78). El artículo 222.3.I LEC, «según el cual “la cosa juzgada afectará [...] a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley”», «regula la cosa juzgada de las sentencias que resuelvan procedimientos promovidos mediante acciones colectivas», y «[c]omo han señalado autorizados procesalistas (Gascón Inchausti [...]; Cerdón Moreno [...]; Díez-Picazo [...]), la norma es clara en cuanto a su contenido y alcance: la cosa juzgada de esas sentencias se extiende a sujetos no litigantes, de manera que, en los procesos que tienen origen en la legitimación extraordinaria que reconoce el artículo 11 de la LEC (que comprende, sin asomo de duda, las acciones colectivas de cesación en el ámbito de las cláusulas abusivas), los pronunciamientos (en principio, de cualquier naturaleza: estimatorios o desestimatorios; declarativos o de condena) contenidos en sentencias firmes producen efecto de cosa juzgada, tanto negativo o excluyente como positivo o prejudicial, en relación con los titulares de los derechos que fundamentan esa legitimación activa extraordinaria, esto es y en el caso que nos ocupa [el de la no transparencia de la cláusula suelo], en relación con cualquier consumidor que reúna la condición de adherente de la cláusula que es objeto de la acción colectiva» (pp. 70-71). Todas las citas de *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (2017). V. *infra* [41] para la STS, 1.ª, P, 08.06.2017 y nota 216 a) para VENDRELL CERVANTES.

b) *En su día*, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ apuntó que el criterio de la STS, P, 1.ª, 24.02.2017 «de la ausencia de identidad objetiva entre la acción colectiva de cesación y la acción individual» planteaba si, aplicando dicho criterio, «podría reabrirse en el procedimiento individual el debate sobre la validez de la cláusula suelo previamente declarada nula en abstracto por la sentencia firme que hubiera resuelto un procedimiento colectivo de cesación, o si [...] aquella declaración de nulidad de las cláusulas suelo contenidas en todos los contratos de préstamo hipotecario suscritos por las entidades condenadas con consumidores en la sentencia de cesación produce un efecto de cosa juzgada positiva en virtud del artículo 222.4 LEC respecto de las demanda individuales posteriores de nulidad y restitución de las cantidades indebidamente cobradas, de manera que los jueces que resolvieran estos litigios estuvieran vinculados por aquella declaración de nulidad de la sentencia de cesación, sin poder reabrir el debate al respecto» (pp. 246-247). «En principio, si las STS 9 mayo 2013, 24 marzo 2015 y 23 diciembre 2015 han declarado que todas las cláusulas suelo contenidas en los contratos de préstamo hipotecarios suscritos con consumidores por las entidades demandadas que tengan la misma redacción que las que han resultado enjuiciadas en esos procesos son nulas y lo son con independencia de las circunstancias de cada caso concreto, cabría concluir, con arreglo a los artículos 222.3 LEC y 222.4 LEC, que estas sentencias producen un efecto de cosa juzgada positiva respecto de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, que no puede reabrirse en procedimientos individuales posteriores seguidos contra las mismas entidades» (p. 247). «Sin embargo, la STS 24 febrero 2017 al declarar que las sentencias que resuelven acciones colectivas de cesación de cláusulas abusivas no producen un efecto de cosa juzgada respecto de las acciones posteriores individuales seguidas contra las mismas entidades no se anda con sutilezas, ni distingue entre el efecto de cosa juzgada negativa (artículo 222.1 LEC) y positiva (artículo 222.4 LEC), sino que de manera genérica dice que no [sic] por no ser coincidentes los objetos y los efectos de los procesos colectivos e individuales no existe entre ambos identidad objetiva a efectos de cosa juzgada, por lo que parece

4.8 LA STS, 1.ª, P, 09.03.2017 (PTE EXCMO SR D IGNACIO SANCHO GARGALLO; ACCIÓN INDIVIDUAL)²⁰¹

[37] El TS reitera su doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia aplicado a la cláusula suelo (STS, 1.ª, P, 09.05.2013; FD 2.º 2) y conecta la no información suficiente por

excluir “in totum” cualquier efecto de cosa juzgada entre ambos procedimientos y permitir que se abra en el procedimiento individual el debate sobre todas las cuestiones que formaron parte del objeto del proceso colectivo, incluida la validez de la cláusula suelo, como si el procedimiento colectivo y su sentencia firme no hubieran existido o como si fueran totalmente ajenos al procedimiento individual. En este mismo sentido, cabe sostener, siguiendo siempre la lógica de la STS 24 febrero 2017, que si las circunstancias del caso concreto permiten en un proceso individual solicitar la restitución íntegra de las cantidades indebidamente cobradas, con más razón aún deberían permitir *reabrir el debate sobre la validez de la cláusula*, pues estas circunstancias del caso concreto –fundamentalmente la información proporcionada al consumidor, así como sus circunstancias subjetivas (formación, profesión, experiencia financiera, etc.) y el momento en que se realizó el préstamo– en lo que puedan tener realmente incidencia es justamente en la validez de la cláusula suelo» (pp. 247-248). «Sea como fuere, esta cuestión de vital trascendencia para las entidades que han sido condenadas por sentencias firmes que resuelven acciones de cesación no parece tener una solución clara, sobre todo tras la STS 24 febrero 2017, y presumiblemente aboque a un nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo. En el origen de todo está nuevamente el desacierto de la STS 9 mayo 2013 al resolver sobre la nulidad de cláusulas suelo por falta de transparencia en un procedimiento colectivo, a lo que se añade la falta de sutileza de la STS 24 febrero 2017 al declarar, en general, que las sentencias dictadas en procesos colectivos no producen efecto de cosa juzgada respecto de los procedimientos individuales» [todas las cursivas mías; pp. 248-249; todas las citas (2017)].

Y efectivamente el presagio de PERTÍÑEZ VÍLchez se materializa en la STS, 1.ª, P, 08.06.2017 (*infra* [40]-[45]).

c) Ofrece una visión de las distintas tesis de los autores sobre la eficacia *ultra partes* y la cosa juzgada de la sentencias resultado de la acción cesación (artículos 221 y 222 LEC; su coordinación), CARBALLO FIDALGO (2013) pp. 269-274. V. también BUSTOS LAGOS, «Artículo 54 TRLGDCU» (2015) pp. 679-684; FERRERES COMELLA, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (2017) pp. 28-30 (parte sus consideraciones las reproduzco *infra* nota 333, párrafo II).

²⁰¹ HECHOS: El 14.07.2009, Roque y Agustina celebraron con *Caja Rural de Teruel, Sociedad Cooperativa de Crédito* un préstamo hipotecario con cláusula suelo y techo, de 270.000 €, pactándose su devolución en cuotas mensuales (la última con vencimiento en 2039). El préstamo hipotecario se instrumentó en escritura pública, autorizada por un notario de Teruel. Roque y Agustina demandaron a la *Caja Rural de Teruel*, pidiendo la nulidad de la cláusula suelo y techo por falta de reciprocidad y equilibrio entre contraprestaciones (la limitación a la baja del tipo de interés beneficiaba al banco y el techo era inalcanzable) y por falta de información aludiendo a la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 (*supra* [25]). En primera instancia se desestimó la demanda: la cláusula se redactó en la misma fuente de letra que las demás cláusulas, destacándose en negrita los porcentajes; fue cláusula negociada por los prestatarios, incluso se les entregaron unos cuadros simulados de amortización, reflejando necesariamente la activación del mínimo (3%); y la notaria les informó de las condiciones del préstamo y de la cláusula suelo; esto es, *la cláusula superaba el control de transparencia*. La Audiencia Provincial desestimó la apelación de Roque y Agustina, *por cumplirse la transparencia exigida para la validez de la cláusula*: esta no se enmascaró en el contrato, mostrándose como cláusula principal, clara en su contenido (límite del 3% y en negrita) y se negoció individualmente, pues se aplicó un suelo inferior al tipo usual aplicado por la *Caja* (la persona que negoció el préstamo solicitó autorización a la entidad matriz para modificar las condiciones contractuales) y la notaria autorizante reconoció expresamente la advertencia legal a los clientes de la cláusula suelo y techo; en suma, «los actores conocían con precisión el alcance y las consecuencias de la aplicación

parte del predisponente (prestamista) con el consentimiento de los prestatarios. En concreto, si, por un defecto de transparencia, antes de la celebración del contrato, las cláusulas sobre el objeto principal del contrato no pueden ser conocidas y valoradas por el consumidor (son inadvertidas por él), «faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia del consentimiento» [FD 2.º 3 (*sic*; FD 2.º 4); v. *supra* Miquel González [12], Cañizares Laso [15], además de Pertíñez Vílchez, notas 202 y 204). «[E]n los contratos de adhesión con consumidores, rige la autonomía de la voluntad de los contratantes respecto del precio y la contraprestación» [FD 2.º 3 (*sic*; FD 2.º 4)].

«La *ratio* de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, era básicamente que la ausencia de una información suficiente por parte del banco de la existencia de la cláusula suelo y de sus consecuencias en el caso en que bajara el tipo de referencia más allá de aquel límite, y la inclusión de tal cláusula en el contrato de forma sorpresiva, oculta entre una profusión de cláusulas financieras, provoca una alteración subrepticia del precio del crédito, sobre el que los prestatarios creían haber dado su consentimiento a partir de la información proporcionada por el banco en la fase precontractual. De tal forma que un consumidor, con la información suministrada, entendería que el precio del crédito estaría constituido por el tipo de referencia variable más el diferencial pactado.

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 consumidor 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* [cursiva mía por lo que indico en notas 202 y 204 en relación con Pertíñez Vílchez], 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,

de la referida “cláusula suelo”, que negociaron individualmente y terminaron por aceptar en uso de su autonomía negocial». Roque y Agustina recurrieron en casación. (FD 1.º). Roque y Agustina cuestionan (motivo único) que la sentencia recurrida siguiera los parámetros establecidos en el ap. 225 de la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 [transcritos *supra* [25] g)] para aplicar el control de transparencia (FD 2.º 1). El TS no casó (Fallo 1). En la S se mencionan los casos Kásler, *Gutiérrez Naranjo*, *Palacios Martínez*, y *Banco Popular Español*, y *Banco Primus* del TJ. Más allá de esta STS, en la STS, 1.ª, 01.12.2017 (*infra* [49]) también se considera que la entidad bancaria cumplió su deber de transparencia, con la cláusula suelo.

faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento^{202, 203}

²⁰² Desde «*Como explica la doctrina*» hasta «la existencia de consentimiento» (de esta STS, 1.ª, P, 09.03.2017) son afirmaciones de PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, algo que el propio PERTÍÑEZ VÍLCHEZ resalta para el *Voto particular* de la STS, 1.ª, P, 08.09.2014 que contiene esas mismas afirmaciones de la STS, 1.ª, 09.03.2017 (y que reproduzco *infra* en nota 317; para otras consideraciones del *Voto particular*, *supra* [28]). He de advertir que el Ponente de esta STS, 1.ª, P, 09.03.2017 es el mismo que el del *Voto particular* a la STS, 1.ª, P, 08.09.2014: el Excmo Sr D Ignacio Sancho Gargallo. Para PERTÍÑEZ VÍLCHEZ: «No puedo estar más conforme con este párrafo [de la STS], fundamentalmente porque me reconozco como autor del mismo, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia* [...] pp. 112 y 113 y más recientemente en «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *Indret*, 3/2013, p. 9» [(2017) nota 37 en p. 68]. En cuanto a esas citas de PERTÍÑEZ VÍLCHEZ:

a) Para la de las pp. 112 y 113: «*La regla de la irrelevancia del equilibrio económico sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no sea indicada de manera clara y comprensible*. En esta hipótesis, fallan las premisas para un correcto funcionamiento del mercado y de la competencia que deberían representar los mecanismos sobre la base de los cuales las partes efectúan su elección. Allí donde las cláusulas contractuales estén llamadas, más que a aclarar a enmascarar la delimitación de la contraprestación o del precio, viene obstaculizada la observación del mercado e imposibilitada la elección óptima. Las cláusulas relativas al precio y a la contraprestación tienen que someterse a un control de transparencia, se hace preciso verificar si por la claridad en su redacción y plasmación documental, el adherente las ha tenido en cuenta en la adopción de su decisión de contratar. En caso afirmativo, habrán sido consentidas, por lo tanto, el mecanismo de la competencia hace inútil el control sobre el contenido, y solamente estarán sujetas a las normas generales de contrato sobre la formación de acuerdos. *Pero en caso de que por un defecto de transparencia, las cláusulas relativas a las prestaciones principales del contrato no hayan sido conocidas y valoradas antes de la celebración del contrato, falta la base de la exclusión del control de contenido, la existencia del consentimiento*» [cursiva mía; en las notas a pie de página en apoyo de sus afirmaciones, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ va citando a Rizzo (nota 229), Stoffels (nota 230), Basedow (nota 231), Brander, Ulmer, y Graziuso (nota 232); (2004) pp. 112-113].

b) Para la de la p. 9: «[...] para que exista plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado es preciso que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de celebrar el contrato. *La regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no sea suficientemente conocida del consumidor*. Allí donde las cláusulas contractuales estén llamadas más que a aclarar, a enmascarar la delimitación de la contraprestación o del precio, viene obstaculizada la observación del mercado e imposibilitada la elección óptima. *En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no hayan sido conocidas y valoradas antes de la celebración del mismo, falta la base para la exclusión del contenido: la existencia del consentimiento*. Es ahí donde debe incidir el control de contenido de las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato, incluso después de la STJUE 3.6.2010 [*supra* [7] a)]: en 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 para el consumidor en el momento de prestar el consentimiento, alternando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquél le proporcionó» [cursiva mía; la última cursiva para *infra* nota 204; *Indret* (2013) p. 9].

²⁰³ Para AGÜERO ORTIZ, en esta STS, 1.ª, P, 09.03.2017, el TS acerca el control de transparencia «más aún, a la figura del error en el consentimiento» [p. 175; *infra* c)], en esta misma nota 203, reproduzco el texto de la autora en el que inserta esa afirmación]. AGÜERO ORTIZ apunta ese acercamiento al error, tras exponer el vaivén del TS sobre la relación transparencia/control de abusividad, y lo apoya en la frase que en el cuerpo del texto acabo de reproducir de la citada STS, 1.ª, 09.03.2017 («que es la existencia del consentimiento»; frase reproducida también *infra* letra c) en esta misma nota 203]. En concreto, según AGÜERO ORTIZ:

a) En la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 (*supra* [25]) «parecía claro que el control de transparencia material no era más que un requisito previo para poder entrar a conocer de la abusividad de una cláusula que definiera el objeto principal del contrato o la adecuación entre el

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, alterado de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó²⁰⁴,²⁰⁵ [FD 2.º 3 (*sic*, FD 2.º 4)].

precio y contraprestación que, de otra forma, estaría excluido del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE (artículo 4.2)» (p. 173); «la falta de transparencia no comporta ni es equiparable a la abusividad (desequilibrio)» (pp. 173-174). *Para el caso*, «el desequilibrio ocasionado por la cláusula suelo consistía en la limitación de los tipos únicamente a la baja, es decir, únicamente cuando la variación de los tipos podía beneficiar al consumidor, al incluir techos inalcanzables» (p. 174). Cfr. *supra* con la valoración de CÁMARA LAPUENTE en nota 191.

b) La anterior «configuración del control de transparencia resultó alterada en sus SSTs de 24 y 25 de marzo y de 29 de abril de 2015 [*supra* [29]-[31], [32]-[33] y [34], respectivamente], al afirmar que «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». De esta forma, el TS mutó la esencia del control de transparencia, pasando de ser un requisito [*sic*; requisito] sine qua non para entrar a valorar la abusividad de una cláusula relativa al precio, a constituir propiamente un control de abusividad. Asimismo, mutó el contenido del desequilibrio que provocaba la abusividad de la cláusula, no se trataba ya de que la cláusula sólo limitara los efectos de la variación de los tipos en perjuicio del consumidor, sino que la propia falta de transparencia constituía un desequilibrio en sí mismo consistente en la imposibilidad del cliente de comparar distintas ofertas. Esta identificación entre transparencia y abusividad queda patente cuando el TS concluye “*Por consiguiente, la cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario concertado entre la demandante y BBVA no era transparente. Por tal razón, ha de apreciarse su carácter abusivo y declararse nula*”» (cursiva del original; p. 174). Cfr. *supra* con la valoración de CÁMARA LAPUENTE en nota 191.

c) Y en la S, I.ª, P, 09.03.2017, que ahora extracto en [37]-[38], el TS «recupera la configuración del control de transparencia original, en tanto que requisito previo para entrar a valorar la abusividad de una cláusula relativa al precio y no como equivalente a abusividad en sí misma. Probablemente, el retorno del criterio se deba a la reciente STJUE de 26 de enero de 2017 (caso Banco Primus, C-421/14) [*supra* [10] y nota 58 para los hechos]» (p. 174). La S, I.ª, P, 09.03.2017 «procedió a evaluar si la cláusula era efectivamente transparente como requisito previo para poder evaluar su eventual abusividad (desequilibrio), pues “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 del consentimiento”. De este modo, tras recobrar el telos originario del control de transparencia y diferenciarlo de la abusividad, se produce un salto cualitativo respecto al contenido del control acercándolo, más aún, a la figura del error en el consentimiento» (cursiva y subrayado del original, p. 175). Todas las citas de *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2017). De AGÜERO ORTIZ, v. *infra* nota 205 para el error y nota 208 a) para la excusabilidad del error, a propósito de ese acercamiento al error. V. además p. 178. V. AGÜERO ORTIZ, *CCJC* (2017) primer ap. III.

²⁰⁴ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ: «Párrafo también extraído del comentario a la STS 9 mayo 2013 de PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *Indret*, 3/2013, p. 9» [(2017) nota 38 en p. 69; v. *supra* nota 202 b)].

²⁰⁵ AGÜERO ORTIZ señala que la STS, I.ª, P, 09.05.2013 (*supra* [25]) «configuró el control de transparencia como un control “abstracto” de validez de la cláusula pretendiendo diferenciarlo de la figura del error en el consentimiento» (p. 175; y la autora reproduce el ap. 210 y se refiere a los aps. 211 y 2013 [*sic*, 213] de la STS de 2013). «Sin embargo, la diferencia entre el control abstracto de transparencia y el error en el consentimiento no resulta tan clara cuando el TS evaluó el carácter no negociado de la cláusula» (p. 175; y en p. 176 se refiere a los aps. 143 y 144 de la STS de 2013). Y «[e]sta cercanía entre la supuesta transparencia “abstracta” de la cláusula y la prestación de un consenti-

[38] Situándose en la *acción individual* ejercitada y en el *enjuiciamiento de la transparencia*, el TS precisa que *no ha de atenderse solo a los documentos en los que la cláusula aparezca (contrato, oferta vinculante)*. Pues, *pueden tenerse en cuenta otros medios, a valorar en el enjuiciamiento del cumplimiento de la transparencia, entre ellos, la labor del notario autorizante de la operación* (este puede cerciorarse de la transparencia de la cláusula y acabar de cumplir con las exigencias de información). *En cuanto al caso, la transparencia se cumplió con la cláusula suelo: el consumidor contó con la información adecuada, siendo ello lo realmente relevante, y no, que tengan que mencionarse cada uno de los parámetros empleados por la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 [supra [25] g)]*²⁰⁶.

«En una acción individual [...] el juicio sobre la transparencia de la cláusula no tiene por qué atender exclusivamente al documen-

miento válido resulta consolidada en la STS de 9 de marzo de 2017. Este hecho se evidencia cuando el TS sostiene que “*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 manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento*” [v. la anterior nota 204 de PERTÍÑEZ VÍLCHEZ e *infra* nota 222 b), también para PERTÍÑEZ VÍLCHEZ en cuanto a la relación entre abusividad por falta de transparencia y error], diluyéndose así la pretendida diferencia entre el error en el consentimiento y el control de transparencia material de la cláusula, al hacerse recaer la misma sobre la prestación del consentimiento del consumidor» (cursiva del original; p. 176). Todas las citas de *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2017). V. además p. 178. V. *supra* nota 203, y para la excusabilidad del error *infra* nota 208 a), ambas notas de AGÜERO ORTIZ.

²⁰⁶ En su análisis crítico de la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 (acción colectiva) [para otras críticas del autor *supra* notas 183 c) y 200 b)], PERTÍÑEZ VÍLCHEZ destaca *lo excepcional de la decisión de validez de la cláusula suelo en esta presente y posterior STS, 1.ª, P, 09.03.2017* (acción individual). Dice así: «Al declararse por la STS 9 mayo 2013 [...] nulas las cláusulas suelo contenidas en todos los contratos de préstamo hipotecario suscritos con consumidores por las entidades demandadas en abstracto, esto es, al margen de la valoración de las circunstancias de cada caso concreto, este proceso se ha convertido en una suerte de “causa general” contra la inclusión de cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario, en el que a pesar de proclamarse que las cláusulas suelo no son intrínsecamente abusivas, sino solamente por una falta de transparencia, paradójicamente y sin necesidad de analizar la transparencia en cada contrato concreto, se concluye que son abusivas en todos los casos»; las STS, 1.ª, P, 09.05.2013, STS, 1.ª, P, 24.03.2015, y STS, 1.ª, P, 25.12.2015, en todas las cuales se conoció de una acción colectiva, «incurren en un exceso que además puede suponer una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva de las entidades demandadas, puesto que son condenadas a eliminar todas las cláusulas suelo contenidas en todos los contratos de préstamo hipotecario suscritos por consumidores por una falta de transparencia, sin que hayan tenido la oportunidad de probar en cada caso concreto si cumplieron con esta obligación de transparencia en los términos exigidos por esas mismas sentencias./ Ello ha conducido además a una práctica universalización del carácter abusivo de estas cláusulas, con una clara proyección sobre las acciones individuales de nulidad que se ejerciten después, puesto que se cercena toda posibilidad de probar que en el caso concreto la cláusula suelo fuera lícita porque se hubiera informado suficientemente sobre su existencia y sobre sus efectos al prestatario y este hubiera decidido realizar el contrato con pleno conocimiento de causa sobre el coste real del crédito. Cualquier letrado hábil, en un proceso individual, podrá alegar que su cliente no puede ser de peor condición que los miles de prestatarios de las entidades condenadas por la STS 9 mayo 2013 [...] que han obtenido automáticamente un pronunciamiento de nulidad de sus cláusulas suelo, con independencia de cuáles hubieran sido sus circunstancias concretas,

to 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.

En este sentido, en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que 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»²⁰⁷ (FD 2.º 5).

«La cláusula cumple los requisitos de transparencia exigidos por la sala, en la medida en que, como declarábamos en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, “la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago, y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato”.

Esto es [...] lo verdaderamente relevante. No que en el análisis del control de transparencia la Audiencia 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. 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 transparencia²⁰⁸.

teniendo en cuenta que entre los mismos sin duda habría personas muy bien informadas sobre la existencia de cláusulas suelo y su incidencia en el coste de crédito como registradores, notarios, directivos de banca, magistrados, abogados especialistas en derecho bancario o profesores de derecho civil o mercantil. Hay que plantearse si no significa esto haber ido demasiado lejos. Si la STS 9 mayo 2013 [...] es excesiva, no lo es por las obligaciones de información que impone a las entidades financieras, sino porque al resolver la cuestión del carácter abusivo en un proceso colectivo de cesación ha convertido a las cláusulas suelo prácticamente en una cláusula de la lista negra, esto es, en una cláusula que es abusiva siempre –aunque se dijera en la referida sentencia que sólo lo es por una falta de transparencia– con independencia de las circunstancias del caso concreto y *serán puramente excepcionales los casos, como el de la STS 9 marzo 2017 [...] en los que una cláusula suelo sea considerada válida*» [cursiva mía; (2017) pp. 74-76, y v. además pp. 168-178, también pp. 251-253].

²⁰⁷ Tras referirse a las STS, 1.ª, P, 09.05.2014, STS, 1.ª, P, 08.09.2014, STS, 1.ª, P, 24.03.2015, AGÜERO ORTIZ indica que «el cambio de criterio del TS en la STS de 9 de marzo de 2017 [...] queda patente cuando se sostiene [...]» [en esos puntos suspensivos, la autora reproduce el párrafo de la STS que reproduzco en el cuerpo del texto adscrito a esta nota a pie de página], «reconociendo ahora la capacidad del notario de suplir el incumplimiento del deber de transparencia que sólo a la entidad prestamista competía, en contra del criterio adoptado de antiguo» [CCJC (2017) ap. IV.2].

²⁰⁸ En cuanto al acercamiento del control de transparencia al error vicio *por parte del TS*:

a) Refiriéndose a esta S, 1.ª, P, 09.03.2017, AGÜERO ORTIZ, además de lo que indica *supra* notas 203 y 205, señala que «el TS instaura un tratamiento diferenciado en función

de que la validez de la cláusula hubiera sido impugnada por medio de una acción individual o mediante una acción colectiva» (p. 176); «en una acción individual el control de transparencia no consiste ya en un “control de transparencia documental” o “abstracto”, sino que se puede atender a circunstancias concurrentes u otros hechos relevantes mediante los cuales probar que el consumidor conocía la cláusula pues “*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 el “control” de excusabilidad del error vicio, que recuerda a la doctrina del TS relativa al error en la contratación de productos financieros [...]. Dicho de otro modo, si el control de transparencia abstracto no lo es de la cláusula ni, incluso, de la información precontractual, sino que su apreciación permite valorar las circunstancias concurrentes, hemos salido de facto del plano de dicho control para introducirnos en el terreno del error en el consentimiento. Es decir, se aplica el error vicio a una cláusula específica del contrato y no al contrato por entero» (p. 177). V. además p. 178. La conclusión de AGÜERO ORTIZ es, que «con la STS de 9 de marzo de 2017, al menos a nivel interno, parece constatarse cada vez más que el control de transparencia (pretendidamente documental y abstracto), no es más que una evaluación del error en el consentimiento del contratante, pero sin aplicar las consecuencias que de él derivarían» (p. 179). Todas las citas de *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2017). V. AGÜERO ORTIZ, *CCJC* (2017) segundo ap. III, y ap. IV.1 *in fine*.

b) CÁMARA LAPUENTE considera que, con esta *S, 1.ª, P, 09.03.2017*, el TS muta su entendimiento de la transparencia: pasa de una «transparencia objetiva» (consumidor medio y parámetro abstracto de validez) a una «transparencia subjetiva» (concreto consumidor, admisión de nuevas pruebas, y comprobación del consentimiento pleno del adherente) y se acerca al error vicio. Según CÁMARA LAPUENTE, «[c]onviene recordar cómo quedó cristalizado el fundamento o justificación del control de transparencia en la STS 241/2013, de 9 de mayo [*supra* [25]]: 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 STS (Pleno) 464/2014, de 8 de septiembre [*supra* [26]-[28]] (que versaba sobre varias acciones individuales acumuladas) recalcó (FD 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 STS 171/2017 objeto de actual análisis, incluso en las sentencias que comenzaron a aplicar la doctrina de la STS 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 STS (Pleno) 139/2015, de 25 de marzo [*supra* [32]-[33]] (ya sobre acción individual) añadió (FD 10.º) que las cláusulas suelo, “en principio lícitas, carecerán de trascendencia, 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 [...] 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 artículo 82.3 TR-LGDCU (= artículo 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 el alcance de la cláusula./ En resumen, según la jurisprudencia previa del TS: 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-vicio» (p. 1740); «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 STS 241/2013, de 9 de mayo, la cual, tras

De hecho, la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, fue objeto de aclaración por auto de 3 de junio de 2013, en este mismo sentido: / [...] / Este mismo criterio subyace a la argumentación vertida en el auto de 21 de septiembre de 2016 [...] para la inadmisión de un recurso de casación [...]» [FD 2.º 7; para el AATS 03.06.2013, *supra* [25] g) en caja más pequeña].

4.9 LA STS, 1.ª, P, 25.05.2017 (PTE EXCMO SR D IGNACIO SANCHO GARGALLO; ACCIONES INDIVIDUALES)²⁰⁹

[39] *Según la entidad bancaria* (recurrente en casación), al haber apreciado el carácter abusivo de la cláusula suelo, la Audien-

recordar que el artículo 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 STS 138/2015, de 24 de marzo [*supra* [29]-[31]] (aunque también resolviendo una acción colectiva) reincidente 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 colectivos. / Si ahora, por efecto de la STS 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) por haber adoptado el predisponente los cauces informativos necesarios para ello *se habrá producido un tránsito desde una “transparencia objetiva” a una “transparencia subjetiva”*” (p. 1741); «[I]as especiales circunstancias probatorias del caso que desembocó en la STS 171/2017, de 9 de marzo, [...], 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)*» (p. 1742); v. además pp. 1745 y 1746; todas las cursivas y citas de *Boletín del Colegio de Registradores de España* (2017). Cfr. *supra* nota 124.

²⁰⁹ HECHOS: El 16.03.2007, Ezequiel y Agueda celebraron con *Caixanova* (luego *NGC Banco, S.A.* y ahora *Abanca*) un préstamo hipotecario con cláusula suelo y techo, y el 25.08.2006, Ignacio y Clementina celebraron con dicha Caja otro préstamo hipotecario con cláusula suelo y techo. Los prestatarios presentaron conjuntamente demanda, pidiendo la declaración de nulidad de la cláusula suelo por abusiva, la condena a la devolución de las cantidades pagadas de más hasta dicho momento y las pagadas después por la cláusula suelo, y el pago de los intereses legales de las cantidades indebidamente cobradas. En *primera instancia se estimó* abusiva la cláusula *por falta de reciprocidad* –«la limitación al alza era “totalmente desproporcionada, no existiendo equivalencia económica entre las obligaciones que asume cada parte”»– cláusula no puesta en el contrato, y se estimaron las pretensiones restitutorias. La sentencia de primera instancia se dictó *antes* de la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 (en 12.11.2012). En *segunda instancia se desestima* la apelación del prestamista por considerar la cláusula *no transparente* (esta otra S se dictó *después* de la STS, 1.ª, P, 09.05.2013, en 14.04.2014). El prestamista interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación. FD 1.º El TS *no casó* (Fallo). En la S se mencionan los casos *Gutiérrez Naranjo, Palacios Martínez* y *Banco Popular Español*, y *Banco Primus* del TJ (y a través de este último, de *Banco Primus*, el TS cita el caso *Aziz* del TJ).

cia Provincial desconoció la jurisprudencia de la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013* (aps. 229 y 250; sobre esos apartados, *infra* [61] *Cuarto*), en cuanto «que la apreciación de la falta de transparencia de una cláusula no “conlleva su nulidad” directamente», siendo preciso «que las cláusulas, en contra de las exigencias de la buena fe, causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes» (ap. 233 de la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013*) (FD 4.º 1).

Ante ello, el TS –que recuerda lo que indicó en el ap. 264 (FD 15.º) de la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013* [*supra* [25] *k*)]– señala que esa cuestión ya la resolvió en las *STS, 1.ª, 24.03.2015* (*supra* [31])²¹⁰ y *STS, 1.ª, 29.04.2015* (apostilla), además de referirse a la *STS, 1.ª, P, 09.03.2017* (*supra* [37]). *En esencia*, el TS recuerda que la nulidad de una cláusula por falta de transparencia exige el desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, incompatible con la buena fe, pues, puede suceder que la falta de transparencia sea inocua para el consumidor («que no tuvieran efectos negativos para él»; FD 4.º 2). *Ahora bien*, lo anterior no sucede en la cláusula suelo, en la que el desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor y en contra de las exigencias de la buena fe, reside en la imposibilidad de que aquél se represente «las consecuencias de la cláusula suelo en el préstamo a interés variable y le priva de la posibilidad de comparar lo realmente contratado con otras ofertas existentes en el mercado» (FD 4.º 2). Y en su *S, 1.ª, P, 29.04.2015*, se apostilló que puede declararse abusiva la condición general si la no transparencia provoca subrepticamente una alteración del equilibrio subjetivo entre precio y prestación (FD 4.º 2).

El TS *también* señala que su anterior «doctrina se acomoda a la jurisprudencia» de la *STJ 26.01.2017 (Banco Primus)* (FD 4.º 3; *supra* [10] y nota 58 para los hechos). Por último, el TS apunta una *nueva idea*, de interés y que conecta con el TJ: que «el juicio sobre la incompatibilidad con las exigencias de la buena fe [...] se centra [...] en si [el predisponente] “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”» y, con el contenido de la cláusula suelo, en la que, alcanzado el suelo, el consumidor no puede beneficiarse de la bajada de los tipos de interés, el TS considera difícil que a este le fuera indiferente su inclusión en el contrato, si hubiera habido negociación indivi-

²¹⁰ *STS, 1.ª, P, 25.05.2017*: en la *STS, 1.ª, P, 24.03.2015* «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”» (FD 4.º 2).

dual (FD 4.º 4). El TS añade que hay *frustración parcial*, no total, *de la expectativa generada en el consumidor* (FD 4.º 4).

En relación con lo que indico en el último párrafo del presente [39]:

«A la hora de aplicar los criterios contenidos en la STJUE de Banco Primus, conviene advertir que, en un caso como el presente, en que la cláusula afectada por la falta de transparencia es la que fija un suelo en un préstamo convenido a interés variable, “el desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe”, no puede referirse al equilibrio objetivo entre precio y prestación, que escapa al control judicial.

Como afirmamos en la sentencia 222/2015, de 29 de abril, 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”. Más bien consiste en que impide al consumidor representarse el impacto económico que le supondrá el préstamo con “cláusula suelo” en el caso de bajada del índice de referencia, lo que le priva de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado.

Por otra parte, 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” como recuerda el TJUE en Banco Primus (ap. 60), con cita de Aziz (ap. 69).

Esta valoración habría de realizarse por el tribunal fijándose, como advertíamos, no en el equilibrio objetivo sino en el subjetivo entre precio y prestación, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación. 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.

Aunque una cláusula suelo como la pactada, en el momento en que se pactó, no frustre totalmente la expectativa que podía generarse el consumidor que contrata este préstamo hipotecario a interés variable, sin ser consciente de las implicaciones de la cláusula suelo, pues obviamente se ha podido beneficiar algo de la bajada de tipos hasta el suelo introducido en el contrato, sí que se frustra en parte, respecto de la bajada de los tipos por debajo del suelo» (FD 4.º 4).

4.10 LA STS, 1.ª, P, 08.06.2017 (PTE EXCMO SR D RAFAEL SARAZA JIMENA; ACCIÓN INDIVIDUAL)²¹¹

[40] *Ante la alegación de la entidad bancaria de que la previa sentencia estimatoria de la acción colectiva, que declaró la abusividad de la cláusula suelo, carecía de trascendencia para resolver la acción individual de nulidad de la cláusula suelo ejercitada ahora por el consumidor, y nulidad que consideraba debía denegarse*²¹², el

²¹¹ HECHOS: El 05.12.2007, Adolfin y su marido celebraron un préstamo hipotecario con cláusula suelo con el *Banco de Andalucía* (después fusionado con el *Banco Popular Español*). En la escritura pública del préstamo hipotecario, el notario hizo constar, entre otras cosas, que a la operación se le aplicaba la *OM 05.05.1994*, que la acreedora le había exhibido la oferta vinculante a la que se refería el artículo 5 de dicha OM, coincidiendo, a su juicio, con las cláusulas financieras de la escritura, que el resto de cláusulas no financieras no son comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras, y que el prestatario renunciaba a examinar la escritura en los tres días de que disponía según dicha OM. Adolfin demandó al *Banco Popular Español* y pidió la nulidad de la cláusula suelo por abusiva, su eliminación del contrato y la devolución de las cantidades satisfechas por ella. En *primera instancia se desestimó* la demanda: la cláusula suelo se incorporó al contrato y fue transparente. La *Audiencia Provincial desestimó* la apelación de Adolfin: la cláusula suelo se incorporó al contrato y, sobre el control de transparencia, *si bien* la cláusula suelo, como constaba en la escritura, no contenía «más información sobre su carácter de elemento definitorio del objeto principal del contrato», se enmascara entre otros datos, no constaban simulaciones de escenarios diversos y no se advirtió «de forma clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad, el consumidor» *adquirió* «un conocimiento adecuado de la importancia, funcionamiento y trascendencia» de la cláusula, *porque* su redacción no era «especialmente oscura ni compleja, y resulta accesible su contenido para una persona media sin necesidad de complicadas interpretaciones», *porque* Adolfin había suscrito, paralelamente (vinculado al préstamo hipotecario) y con el banco, un contrato de permuta de tipos de interés (impugnado por error vicio en otro juzgado) y *porque* el marido de Adolfin, que suscribió el préstamo, «trabajaba en una empresa que asesoraba a empresas que querían establecerse en Méjico». Adolfin recurrió en casación. (FD 1.º). El *TS casó*: declaró nula la cláusula suelo por abusiva, dispuso su eliminación del préstamo hipotecario, y la devolución de las cantidades cobradas por ella, con intereses legales (Fallo 2.3 y 2.4; FD 6.º 26). En la S se mencionan los casos *Vertrieb, Kásler, Matei, Van Hove, Gutiérrez Naranjo, Palacios Martínez* y *Banco Popular Español* del TJ. V. la nota que sigue a esta.

²¹² La entidad bancaria (*Banco Popular Español*) se refería a la *STS, 1.ª, P, 23.12.2015*, S en la que *OCU* había ejercitado una acción colectiva de cese de cláusula suelo contra dicho *Banco Popular Español* y en la que el *TS* había declarado la cláusula abusiva y nula (*supra* nota 197).

En cuanto a la presente *STS, 1.ª, P, 08.06.2017*, el *Banco Popular Español* argumenta concretamente: «Dicha acción colectiva dio lugar al proceso que finalizó mediante la sentencia de esta sala 705/2015, de 23 de diciembre [*supra* [35]] [...] [que] declaró el carácter abusivo, y por tanto la nulidad, de la misma cláusula suelo objeto de este litigio, y ordeno a Banco Popular que cesara en el empleo y difusión de tal condición general, que la eliminara de sus condiciones generales y se abstuviera de utilizarla en lo sucesivo./ *Banco Popular* que reconoce que la cláusula suelo utilizada por su entonces filial Banco de Andalucía es la misma que fue objeto de la acción colectiva, alega que la sentencia que estimó la acción colectiva carece de trascendencia en la resolución de este recurso, pues este versa sobre una acción individual, por lo que la decisión a adoptar no debe venir determinada por lo que se resolvió en la sentencia sobre la acción colectiva, y que pese a que esta declaró la nulidad de tal cláusula suelo y acordó la cesación en su utilización, el presente recurso debe ser desestimado y la sentencia de la Audiencia Provincial, que denegó la nulidad pretendida, debe ser confirmada» (cursiva mía; FD 2.º 1, *STS, 1.ª, P, 08.06.2017*). Para el *TS* —que casó y revocó la sentencia de la Audiencia Provincial, v. la nota que prece-

TS tiene que pronunciarse sobre los efectos de la acción colectiva en el posterior litigio en el que el consumidor ejercita una acción individual. Pero antes, el TS advierte que está ante cuestión distinta de la tratada en sus S, 1.ª, P, 24.02.2017 (supra [36]), S, 1.ª, P, 25.05.2017 (supra [39]) y S, 1.ª, 06.06.2017, en las que «se planteaba la eficacia que pudieran tener los pronunciamientos de la sentencia desfavorables para el consumidor que no ha sido parte en el proceso en que se ejercitó la acción colectiva respecto de un proceso posterior en el que tal consumidor ejercita una acción individual, y concluimos que tales pronunciamientos desfavorables carecen de la eficacia de la cosa juzgada respecto de esos procesos posteriores donde el consumidor ejercita una acción individual, pues no puede perjudicarle un pronunciamiento desfavorable acordado en un proceso en el que no ha podido intervenir» (cursiva mía; FD 2.º 4)²¹³.

[41] *Situándose ya en la cuestión jurídica planteada por la entidad bancaria (supra [40]), por un lado, el TS recuerda los diferentes objeto y efectos de las acciones colectivas e individuales (su diferente naturaleza; FD 2.º 5²¹⁴), lo que supone la no extensión automática de la cosa juzgada de la acción colectiva, a la individual (FD 2.º 6). Por otro lado, el TS señala que ha de tenerse en cuenta la función tuitiva de la acción colectiva derivada del artículo 7 Dir 93/13/CEE (transcrito supra nota 7), «frustrada si el éxito de una acción colectiva careciera de cualquier trascendencia en procesos pendientes o futuros en que se ejercitara la acción individual respecto de dicha cláusula» (cursiva mía; FD 2.º 6)²¹⁵. Apuntados esos*

de a esta, la 211– «no concurre ninguna circunstancia excepcional que excluya la vinculación de la resolución a adoptar en un litigio sobre una acción individual como el que ha dado lugar a este recurso a lo resuelto por sentencia firme en el litigio en el que se ejercitó la acción colectiva, por lo que debe apreciarse la nulidad de la cláusula suelo objeto de este litigio» (cursiva mía; FD 6.º 26).

²¹³ VENDRELL CERVANTES apunta que en la citada STS, 1.ª, P, 24.02.2017 (supra [36]) no se indicó que su doctrina (la del TS) fuera para el pronunciamiento desfavorable; expongo su pensamiento infra nota 216 a).

²¹⁴ El TS hace referencia a la STJ 14.04.2016, asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14, a la STC 148/2016, 19.09 (doctrina que se reitera en las SSTC 206/2016, 207/2016 y 208/2016, todas de 12.12) (FD 2.º 5), SS a las cuales ya se refirió en la S, 1.ª, P, 24.02.2017: supra [36] b) y [30] c).

²¹⁵ El TS señala, que afirmó en S «401/2010, de 1 de julio» y S, 1.ª, P, 09.05.2013 «que la defensa de los intereses colectivos en el proceso civil no está configurada exclusivamente como un medio de resolución de conflictos intersubjetivos de quienes participan en el pleito. Está presente un interés ajeno que exige la extensión de sus efectos *ultra partes*, como instrumento para alcanzar el objetivo señalado en el artículo 7.1 de la directiva 93/13/CEE de que cese el uso de cláusulas abusivas y, consecuentemente, la expulsión del sistema de las cláusulas declaradas nulas» (FD 2.º 6). Y el TS también se refiere a la STJ 26.04.2012, asunto C-472/10, en la que, entre otras cosas, se dijo que el artículo 6.1, en relación con el artículo 7, 1 y 2, ambos de la Dir 93/13/CEE «no se opone a que la declaración de nulidad de una cláusula abusiva que forma parte de las CG de los contratos celebrados con consumidores en el marco de una acción de cesación, contemplada en el artículo 7 de dicha directiva, ejercitada contra un profesional por motivos de interés público y en nombre de los consumidores, por una entidad designada por el Derecho nacional, surta

diferentes elementos –como telón de fondo en su búsqueda de solución a la cuestión de la incidencia de la sentencia *estimatoria* de la acción colectiva (fundamentada en la falta de transparencia), en la acción individual (también fundamentada en la falta de transparencia)– el TS señala que ha de tenerse en cuenta que la *acción colectiva* opera con el *consumidor medio* y que la *abusividad* de una condición general que regule un *elemento esencial* del contrato, por su *no transparencia*, reside en el *déficit de información* del predisponente, que *impide* al *consumidor decidir* con *conocimiento claro* sobre la *carga económica del contrato* y su *posición jurídica*, *no permitiéndole comparar correctamente las ofertas existentes en el mercado*. En la *acción colectiva* se tiene en cuenta la *conducta estándar del predisponente en el suministro de información al consumidor*, la *redacción de la cláusula y su encuadre en el contrato*. La sentencia *estimatoria* de la *acción colectiva* determina el *cese* en el uso de la cláusula y *trae como consecuencia que en los litigios pendientes en los que se ejercite una acción individual sobre la cláusula suelo*, la *regla sea que el juez aprecie la abusividad de esa cláusula por las razones expresadas en aquella sentencia estimatoria*, y *solo podrá no considerarla abusiva cuándo en el litigio de la acción individual consten circunstancias excepcionales sobre el perfil del cliente, o la información que el predisponente hubiere dado, en ese concreto caso, se hubiere significativamente apartado del estándar medio y justifique que las razones por las que se declaró la abusividad de la cláusula en la sentencia de la acción colectiva no sean aplicables a la acción individual* (salvedades sobre las que más adelante el TS se pronuncia: *infra* [43] y [44]). [Más allá de lo anterior, es oportuno indicar ahora, que otras *posteriores* SSTs han *reiterado* la anterior doctrina de la STS, 1.ª, P, 08.06.2017, como las STS, 1.ª, 07.11.2017 (Pte Excmo Sr D Pedro José Vela Torres) y la STS, 1.ª, 24.11.2017, lo que explicito en los siguientes apartados [B] y [C]].

[A] STS, 1.ª, P, 08.06.2017:

«9. La solución a la cuestión planteada ([de] qué efectos debe tener la sentencia *estimatoria* de una acción colectiva en un posterior litigio en que se ejercita una acción individual sobre nulidad de una condición general abusiva por falta de transparencia) debe buscarse tomando en consideración los distintos criterios a que se ha hecho referencia.

efectos, de conformidad con dicho Derecho, para cualquier consumidor que haya celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas CG, incluso para los consumidores que no hayan sido parte en el procedimiento de cesación» (FD 2.º 7).

Ha de tenerse en cuenta que en la resolución de la acción colectiva de cesación, el tribunal debe tomar como referencia al consumidor medio. Así lo pusimos de manifiesto en la sentencia 138/2015, de 24 de marzo, con referencia a los apartados 148, 152 y 253 de la sentencia 241/2013 [09.05.2013].

Es también relevante cuál es la naturaleza de la abusividad de la condición general. En el caso de la nulidad de una condición general que regula un elemento esencial del contrato por falta de transparencia, la causa del carácter abusivo de la condición general estriba en la ausencia de información adecuada por parte del predisponente sobre la existencia y trascendencia de la cláusula contractual, perjudicial para el consumidor. Este déficit de información impide que el consumidor adopte la decisión de contratar conociendo con claridad la carga económica y las consecuencias jurídicas que le supone la existencia de esa cláusula en el contrato y no le permite comparar correctamente la oferta con otras existentes en el mercado.

Por tanto, en el enjuiciamiento de una acción colectiva de cesación de una cláusula suelo por falta de transparencia se toma también en consideración cuál ha sido la conducta estándar del predisponente en el suministro de la información necesaria para que el consumidor conociera la existencia de la cláusula y su trascendencia en el contrato, concretamente su incidencia en el precio. Así lo afirmamos también en la sentencia 138/2015, de 24 de marzo, con referencia a los apartados 148 y 157 de la sentencia 241/2013 [09.05.2013].

En la [...] [STS, 1.ª P, 23.12.2015], en la que se estimó la acción colectiva [la cual se refiere el *Banco Popular*], se declaró la nulidad de la cláusula suelo empleada por el Banco Popular (que según reconoce este, coincide con la empleada por su entonces filial Banco de Andalucía) y se ordenó el cese en su utilización, se tuvo en cuenta la redacción de la cláusula y su encuadre en el contrato, junto con otras cláusulas, desde el punto de vista del consumidor medio. Asimismo, el Banco Popular no acreditó la existencia de una práctica estandarizada en su modo de contratar que supusiera la comunicación al consumidor de información precontractual adecuada sobre la existencia de la cláusula suelo y su incidencia en el precio (el interés a pagar por el prestatario).

10. La sentencia que estimó la acción colectiva no solo debe determinar el cese en la utilización de tal cláusula por parte del Banco Popular. También debe traer como consecuencia que en aquellos litigios pendientes en los que se está ejerciendo una acción individual respecto de esta cláusula suelo que venía siendo utilizada por Banco Popular, la regla general sea que el juez aprecie el carácter abusivo de la cláusula por las razones expresadas en aquella sentencia.

El juez solo podrá resolver en un sentido diferente, esto es, solo podrá negar el carácter abusivo de la cláusula cuando consten en el

litigio circunstancias excepcionales referidas al perfil del cliente o a la información suministrada por el banco predispone en ese caso concreto, que se aparten significativamente de lo que puede considerarse el estándar medio y justifiquen que las razones por las que se estimó la abusividad de la cláusula en la sentencia que resolvió la acción colectiva no sean de aplicación en ese litigio sobre acción individual» (FD 2.º).²¹⁶

²¹⁶ Sobre la relación acción colectiva/acción individual *a propósito de la transparencia*, en la *doctrina de los autores* se ha apuntado [además de lo expuesto por PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *supra* nota 200 b)]:

a) VENDRELL CERVANTES: señala que esta STS, 1.ª, P, 08.06.2017 y la STS, 1.ª, 24.11.2017 –sobre esta última, v. en el cuerpo del texto la siguiente letra [C] que remite a [B]– *corrigen* la doctrina sentada en la STS, 1.ª, P, 24.02.2017 (*supra* [36]) en el sentido de que esta última «se refería a un caso singular, por tratarse de pronunciamientos desfavorables», *pero* en dicha STS, 1.ª, P, 24.02.2017 «nada se dijo acerca de que su doctrina respondiera al hecho de que el pronunciamiento en cuestión fuera desfavorable», y, se *sienta* «una nueva doctrina (para los pronunciamientos favorables para el consumidor incluidos en el procedimiento derivado de una acción colectiva sobre cláusulas suelo)» (p. 78). La *nueva doctrina* del TS «contiene una regla razonable en términos generales, coincidente con la adoptada desde el ordenamiento alemán. [...], en este ordenamiento, se ha concluido que las sentencias que estiman una acción colectiva no surten efectos, de manera excepcional, respecto de los consumidores individuales cuando la estimación de la acción colectiva resulta del juicio de transparencia sustantiva o del juicio de sorpresividad y se ha acreditado que las circunstancias particulares (información precontractual, publicidad, etc.) son relevantes para confirmar o excluir, en cada caso concreto, esa falta de transparencia abstracta [...]. Así, en el particular caso de la falta de transparencia (o carácter sorpresivo) de la cláusula, se aplica una excepción a la regla general de extensión de efectos del artículo 11 de la Ley sobre las acciones de cesación en materia de consumo [...]» (p. 79). *Ahora bien* –indica VENDRELL CERVANTES– la doctrina jurisprudencial española «presenta importantes matices y sombras, entre ellos, los que se desprenden de su falta de apoyo normativo expreso, de su relación con lo dispuesto en el artículo 222.3 de la LEC y de su falta de correspondencia con lo expresado en pronunciamientos anteriores, como el ya citado auto de 3 de junio de 2013 de aclaración de la STS de 9 de mayo de 2013», y además, dicha doctrina jurisprudencial española «–al menos, en los términos en que se ha formulado por ahora– podría tener como consecuencia, al margen de la solución al caso de las cláusulas suelo, que las acciones colectivas tengan a partir de ahora un alcance muy limitado» [p. 79; todas las citas de *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (2017)]. V. *supra* nota 200 a) para VENDRELL CERVANTES.

b) RUIZ ARRANZ: «el Derecho alemán prevé, en el § 11 de la Ley sobre acciones de cesación en materia de consumo [...] que los efectos de la sentencia derivada de una demanda colectiva [...] en un procedimiento de cesación [...] de condiciones generales de la contratación se proyecta, cuando la cláusula es declarada nula, sobre los procedimientos individuales. [...]. El ordenamiento alemán tan solo excluye esta vinculación inmediata del procedimiento declarativo de la nulidad respecto de los procedimientos individuales, cuando la estimación de la acción colectiva resulta del juicio de transparencia sustantiva o sorpresividad, y se ha alegado y acreditado que las circunstancias particulares (información precontractual, publicidad, etc.) son relevantes para confirmar o excluir, en cada caso, esa falta de transparencia o sorpresividad de la cláusula. Esta es una excepción a la regla general» (p. 1779). Sobre la presente STS, 1.ª, P, 08.06.2017, RUIZ ARRANZ afirma: «se adopta –con algunos matices y muchas más sombras– la regla alemana especial para las acciones colectivas concnientes a la falta de transparencia sustantiva: la acción colectiva de cesación, y la sentencia dictada en su marco, vincula a las acciones individuales, al menos de manera claudicante, pues podrá analizarse la concurrencia de circunstancias particulares *muy excepcionales* que fundamenten y permitan un fallo distinto» [cursiva del original; p. 1779; todas las citas ADC (2017)].

c) VÁZQUEZ MUIÑA: «en materia de cláusulas suelo, consideramos que las acciones colectivas únicamente tendrán efectividad entre las partes que han iniciado el procedimiento, aun cuando se haya dispuesto en la sentencia la extensión de sus efectos *ultra partes*.

De hecho, dado que el estudio de la información precontractual proporcionada por el pre-disponente ha de analizarse caso por caso, el control de transparencia debería quedar relegado a las acciones individuales, pues en la resolución de las acciones colectivas de cesación, el juez debe tomar como referencia el consumidor medio, punto de vista que puede llevar a resultados injustos, en tanto puede beneficiarse a aquel adherente que posea un nivel de conocimientos jurídicos-financieros superior a la media –como un empleado de banco o un abogado– y puede perjudicarse a aquel que tenga un nivel de conocimientos inferior a la media. En esta línea se sitúa el Auto núm. 18/2013, de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 15 de febrero de 2013 [...], que considera que deviene improcedente una acción colectiva fundamentada en la falta de información porque en ésta y en los vicios del consentimiento existen derechos individuales y subjetivos específicos de cada persona que intervino en los contratos y que exigen de manera inexcusable el análisis de cada caso concreto» [CCJC (2017) ap. I *in fine*]. También VÁZQUEZ MUIÑA: «[d]e ahí que se sostenga que el control de transparencia cualificado deba quedar circunscrito a las acciones individuales» (p. 253); «a nuestro juicio, resulta más adecuado el enjuiciamiento de las cláusulas suelo caso por caso y no adoptando la perspectiva del consumidor medio» (p. 256) [(2018) pp. 253-259].

d) Conectando con la última idea de VÁZQUEZ MUIÑA, otros autores apuntan, a propósito de la STS, 1.ª P, 09.05.2013 (*supra* [25]), lo inadecuado de que en una acción colectiva se conozca de la transparencia de la cláusula (suelo). Por ejemplo:

d.1) ALFARO ÁGUILA-REAL: «El *segundo [error; cursiva mía]*, y más relevante a nuestro juicio para solucionar de una vez por todas el monumental lío que han causado las cláusulas-suelo, es el de considerar que puede declararse intransparente una cláusula pre-dispuesta *urbi et orbe* y para todos los casos en los que una cláusula con idéntico tenor literal a la discutida en el pleito ante el Supremo se haya incluido en un contrato. [...] / [...] el Supremo se equivocó al declarar, en el marco de una acción colectiva, que la cláusula-suelo era intransparente (nunca dijo que fuera abusiva, esto es, perjudicial para el consumidor con menoscabo de sus derechos) y se equivocó al declarar la nulidad de la cláusula en los contratos celebrados por los bancos demandados. Sencillamente porque el Supremo no tenía a la vista información sobre las circunstancias concretas que rodearon la celebración de los contratos concretos en los que se había incluido la cláusula-suelo. Y no la tenía porque, equivocadamente, los demandantes no habían pedido la declaración de intransparencia de la cláusula-suelo, sino la declaración de su carácter abusivo, sin darse cuenta de que la cláusula suelo es una cláusula que regula los elementos esenciales del contrato y, por tanto, no está sometida a un control jurídico de validez» (p. 6); «[s]i la Sala 1.ª revoca expresamente la doctrina sentada en la sentencia de 9 de mayo de 2013 en los dos aspectos expuestos [en los segundo y tercer errores; el *tercer error* –el establecimiento de criterios rígidos y desproporcionados para determinar si hubo transparencia– se encuentra expuesto *supra* nota 183 b)] enviaría un mensaje claro y prudente a las Audiencias y a los Juzgados para que procedan a enjuiciar las cláusulas-suelo como lo han venido haciendo muchos de ellos hasta ahora; examinando las circunstancias que rodearon la celebración del contrato concreto para decidir si la cláusula se incorporó de forma transparente al contrato o, por el contrario, el banco se la coló “de rondón” al consumidor. Tengo decenas de conocidos que tienen cláusula-suelo en sus préstamos hipotecarios y que saben que la tienen y sabían que la tenían en el momento de celebrar el contrato, y no obstante, decidieron no dirigirse a otro banco que no incluyera suelo en sus préstamos. Y tengo conocidos a los que les colaron de rondón la cláusula, normalmente, porque se subrogaron en el préstamo hipotecario suscrito por el promotor de la vivienda que financiaron, de manera que no participaron en la negociación del contrato y no se molestaron en comprobar si existía la cláusula porque, lógicamente, no la “esperaban” ya que los bancos y cajas que la utilizaron se guardaron mucho de hacer publicidad de un término contractual que hacía que su oferta fuera menos atractiva que la de sus competidores. / Por esa razón, es necesario decidir caso por caso si procede o no declarar la nulidad de la cláusula-suelo por intransparente» (p. 7). Todas las citas de *InDret* (2017). En la STS, 1.ª, 24.11.2017, el TS señala que la exigencia de transparencia en los elementos esenciales se aplica a la subrogación, y a la novación, del préstamo hipotecario: *infra* [47].

d.2) BUSTOS LAGO: «Lo que tampoco resulta viable es la acumulación a la acción de cesación de acciones de nulidad, de anulabilidad o de invalidez contractual fundadas en vicios del consentimiento (ordinariamente fundadas en incumplimientos de las obligacio-

[B] STS, 1.ª, 07.11.2017²¹⁷:

«[...], no queremos decir que lo ya resuelto en la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre [*supra* [35]], tenga efecto de cosa juzgada en este procedimiento, porque en aquella ocasión se enjuició una acción colectiva y en ésta una acción individual (para evitar inútiles reiteraciones nos remitimos a lo dicho en la sentencia 123/2017, de 24 de febrero [*supra* [36]], que se pronunció sobre la interrelación entre las acciones colectivas e individuales y la jurisprudencia constitucional y comunitaria al respecto –STJUE de 14 de abril de 2016, asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14; y SSTC 148/2016, de 19 de septiembre, y 206/2016, 207/2016 y 208/2016, todas de 12 de diciembre–).

Pero ello tampoco quiere decir que el pronunciamiento de la sentencia 705/2015 no surta ningún efecto en este procedimiento. Como hemos dicho en la sentencia de Pleno 367/2017, de 8 de junio (también en un caso del Banco Popular), la sentencia que estimó la acción colectiva debe tener como consecuencia que en aquellos litigios pendientes en los que se ejercita una acción individual respecto de esta cláusula suelo, la regla general sea que el juez aprecie el carácter abusivo de la cláusula por las razones expresadas en aquella sentencia, salvo cuando consten en el litigio circunstancias excepcionales, referidas al perfil del cliente o a la información suministrada por el banco predisponente en ese caso concreto, que

nes de información precontractual a cargo de las entidades financieras o de crédito) [...] y ello por cuanto la acción de cesación es necesariamente colectiva, careciendo los consumidores particulares de legitimación activa para su ejercicio [*ex artículo* 54 TRLGDCU [...]]. Con similar fundamento debe considerarse que resulta difícilmente viable admitir que se pueda pretender la nulidad de una cláusula de condiciones generales de la contratación por no superar el control de transparencia a través del ejercicio de una acción colectiva de cesación. Por esta razón resulta criticable el pronunciamiento contenido en la STS, Civil – Pleno, 241/2013, de 9 de mayo [...]. En efecto, a diferencia de la abusividad por razones de fondo, la falta de transparencia incorpora un juicio de cognoscibilidad que ha de apreciarse caso por caso. [...]. Por el contrario, las cláusulas abusivas, por razones de fondo o de contenido, en todo caso constituyen supuestos de ilicitud, de contravención de norma imperativa y, por lo tanto, es susceptible de verificarse en abstracto. Por esta razón, las cláusulas abusivas pueden ser objeto de una acción colectiva de cesación, mientras que la no incorporación de una cláusula a un contrato concreto requiere un análisis del grado de comprensibilidad y consentimiento a la cláusula en cuestión por el adherente en el caso particular o individualizado de que se trate» [«Artículo 54 TRLGDCU» (2015) pp. 661-662].

e) FERRERES COMELLAS: transcribimos sus consideraciones *infra* nota 333 párrafo II.
²¹⁷ HECHOS: El 11.04.2007, Leopoldo suscribió una escritura de préstamo hipotecario con cláusula suelo con el Banco de Andalucía, actualmente Banco Popular, al que demandó, solicitando la nulidad de la cláusula suelo y la restitución de las cantidades por ella pagadas. En primera instancia se estimó la demanda: se declaró nula la cláusula suelo por falta de transparencia y se condenó a la devolución de lo pagado por ella con intereses. La Audiencia Provincial estimó la apelación de la entidad financiera (la cláusula era clara y sencilla, y estaba individualizada en el contrato; el notario leyó la escritura pública; y no hubo contradicción entre el contenido de la escritura pública y la oferta vinculante) y revocó la sentencia, y desestimó la demanda. (FD 1.º). Leopoldo recurre en casación. El TS casó y confirmó la sentencia de primera instancia: consideró la cláusula no transparente y abusiva (FD 4.º 11, v. FD 4.º, 6 y 8; Fallo 1 y 2). En la S se citan los casos RWE Vertrieb, Kásler, Matei, Van Hove, y Gutiérrez Naranjo, Palacios Martínez y Banco Popular Español del TJ.

se aparten significativamente de lo que puede considerarse el estándar medio y justifiquen un fallo diferente» (FD 3.º 2).

«Como quiera que hemos adelantado que un supuesto muy similar al presente ha sido tratado en la sentencia 367/2017, de 8 de junio, nos remitiremos en buena medida a la allí resuelto» [FD 4.º 1; v. FD 3.º 1)].

[C] El FD 5.º 2 de la *STS, 1.ª, 24.11.2017* expone, en esencia, las ideas que he transcrito en la anterior letra [B] del FD 3.º 2 de la *STS, 1.ª, 07.11.2017*. (Para *otros* aspectos de la *STS, 1.ª, 24.11.2017*: en concreto, para la transparencia en la subrogación y en la novación del préstamo hipotecario, *infra* [47]).

Por último, en la presente *S, 1.ª, P, 08.06.2017*, el TS se preocupa de dejar claro que la apreciación de que existan algunos de esos supuestos excepcionales en los que la sentencia estimatoria de la acción colectiva no vincule la decisión de la acción individual, *no obstaculiza a que la empresa condenada cese completamente en el uso de la condición general declarada abusiva en la acción colectiva*.

«12. Debe dejarse claro que el hecho de que en supuestos excepcionales la sentencia firme que estima una acción colectiva de cesación no extienda sus efectos a litigios en que se ejerciten acciones individuales no obsta, naturalmente, a que la empresa condenada al cese en el uso de una condición general, por abusiva, deba cumplir efectivamente la condena y cesar completamente en el uso de dicha condición general en su actuación en el mercado» (FD 2.º).

[42] Sentado lo anterior, el TS se refiere al *control de transparencia* de la cláusula suelo, *reiterando anteriores consideraciones suyas*. En concreto, el TS: *a)* menciona la doctrina de los casos *RWE Vertrieb, Kásler, Matei, y Van Hove* del TJ, de que, además de la redacción clara y comprensible de las cláusulas, el consumidor ha de tener un conocimiento real de ellas que le permita prever sus consecuencias económicas [FD 6.º 2; *supra*[10] j)]; *b)* que su jurisprudencia ha exigido para las condiciones generales en contratos con consumidores, con base en los artículos 4.2 Dir 93/13/CEE y 60.1 y 80.1 TRLGDCU, el requisito de su transparencia (FD 6.º 3)²¹⁸; *c)* que además del requisito de incorporación (arts. 5 y 7 LCGC), «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», a fin de que el adherente pueda conocer con sencillez la carga económica y la jurídica del contrato (FD 6.º 4); *d)* que «[a] las condi-

²¹⁸ Recuérdese lo indicado *supra* nota 41 *a)* en [7] *b)*, acerca de fundamentar la transparencia en el artículo 60.1 TRLGDCU.

ciones generales» sobre «elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita» al consumidor «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» (FD 6.º 5)²¹⁹. *En cuanto al concreto caso*, el TS consideró que la cláusula suelo *no había superado el control de transparencia* (FD 6.º 6-15, 19).

[43] Y para el *control de abusividad* de la cláusula (siguiente paso), el TS señala que ha de considerarse el contenido de la propia cláusula, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, las demás cláusulas del contrato o de otro del este que dependa, y *todas las circunstancias concurrentes cuando su celebración* (arts. 4.1 Dir 93/13/CEE y 82.3 TRLGDCU) y, *cuando el control de transparencia está en juego, tienen relevancia las situaciones excepcionales en las que los consumidores, dadas sus circunstancias personales, están correctamente informados de la trascendencia de la cláusula. Ahora bien*, que el consumidor tenga cierta formación *no encaja*, considerado solo en sí mismo, dentro de esas excepcionales situaciones relevantes en el juego del control de transparencia y ello sucede con el marido de la cliente-demandante –licenciado en Derecho y asesor de empresas, lo cual no le supone un conocimiento experto en los contratos bancarios–. *Pues, al consumidor no se le puede exigir una ocupación intensiva en el examen de las condiciones generales para descubrir aquellas que influyen decisivamente en los elementos esenciales del contrato y que, pese a su naturaleza, no se trataron adecuadamente y modifican, sorpresivamente, la carga económica y jurídica del contrato que el consumidor consideró.*

«16. [...] es cierto que en el control de abusividad de la cláusula no solo debe tomarse en consideración el contenido de la propia cláusula, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa. También es preciso tomar en consideración “todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración”, como prevén los artículos 4.1 de la Directiva y artículo 82.3 TRLCU.

Es por eso que, pese al carácter más objetivo del enjuiciamiento de la abusividad de las condiciones generales, cuando está en juego el control de transparencia, en el que la información al consumidor

²¹⁹ Continúa el FD 6.º 5: «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».

sobre la incidencia que la cláusula suelo tiene en el precio del contrato es fundamental, tienen relevancia las situaciones excepcionales en las que los consumidores, por sus circunstancias personales, se encuentren correctamente informados sobre la trascendencia de la cláusula. Cuando las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no han sido conocidas y valoradas antes de la celebración del mismo por un defecto de transparencia, falta la base que permite excluir tales cláusulas del control de contenido, que es justamente la existencia de consentimiento del consumidor respecto de tales cláusulas.

Además de lo anterior, no otorgar relevancia a estas circunstancias excepcionales cuando de ellas resulta con claridad que el consumidor conoce adecuadamente la existencia de la cláusula suelo y su incidencia en el precio, sería contrario a las exigencias de la buena fe, que informan todo el ordenamiento jurídico.

17. Lo anterior no implica que la protección que la exigencia de transparencia de las cláusulas sobre los elementos esenciales del contrato y la no vinculación a las cláusulas abusivas supone para el consumidor, quede enervada en el caso de que este tenga cierta formación.

Como hemos visto anteriormente, al predisponente se le exige un plus de información sobre las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato, que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión con pleno conocimiento de causa, sin necesidad de un examen exhaustivo y pormenorizado. En la contratación en masa, el consumidor centra su atención y, por ello su consentimiento es pleno, en el precio y en la prestación que recibe a cambio. No le es exigible, incluso aunque se trate de una persona con formación, una ocupación intensiva en el examen del condicionado general que le permita descubrir aquellas condiciones generales que carecen del tratamiento adecuado a su naturaleza pese a que influyen decisivamente sobre los elementos esenciales del negocio y que, de modo sorprendente, pueden modificar la carga económica y las consecuencias jurídicas que el consumidor había considerado que le suponía el contrato.

18. En el caso objeto del recurso no concurren esas circunstancias excepcionales que enerven la consideración de la cláusula suelo como no transparente. Que el marido de la demandante sea licenciado en Derecho, que haya homologado en España su título de licenciado en Derecho expedido por una universidad mejicana, y que trabaje en una empresa que asesora a empresas que quieran establecerse en Méjico, no supone que tenga un conocimiento experto de los contratos bancarios que le permita, sin necesidad de estudiar pormenorizadamente el contrato en el que interviene como consumidor, conocer la existencia de la cláusula suelo sobre cuya presencia y trascendencia no ha sido adecuadamente informado.

Buena prueba de esa falta de conocimiento experto, predicable por lo general de quien se dedica profesionalmente a la banca o a

una actividad similar, es que contratara un swap de tipos de interés, que le suponía la realización de pagos cuando el euribor bajara, vinculado al préstamo hipotecario con cláusula suelo» (FD 6.º; v. además FD 6.º 26).

[44] *En cuanto a la otra circunstancia excepcional de que, en el concreto caso, el predisponente hubiera informado adecuadamente al cliente* —«[l]a información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar»— el TS considera que ello no sucedió en el caso (FD 6.º 21, 22, 26). *Por otro lado*, el TS se pronuncia sobre si la posible actuación del notario suple o excluye la exigencia de información precontractual del predisponente. El TS recuerda algunos de sus anteriores pronunciamientos y la oportuna jurisprudencia del TJ (casos *RWE Vertrieb*, *Matei*, *Van Hove*, *Gutiérrez Naranjo*, *Palacios Martínez*, y *Banco Popular Español*) y señala que la intervención del notario no excluye, no sustituye, la necesidad de la información precontractual suficiente por parte del predisponente a efectos de la transparencia de la cláusula. *Y si el predisponente facilitó información adecuada, la intervención del notario viene a completar la información dada al consumidor.*

En la *STS, 1.ª P, 08.09.2014* [en el original de la S se indica el año 2013], «declaramos 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 sí solos el cumplimiento del deber de transparencia» (FD 6.º 19; *supra* [27]).

En la *STS, 1.ª P, 24.03.2015*, «llamamos la atención sobre el momento en que se produce la intervención del notario, 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 (lo habitual en el caso de consumidores es que el préstamo hipotecario sirva para pagar el precio de la vivienda que acaba de comprarse en la escritura otorgada justo antes y ante el mismo notario), 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, pues si lo hace, no podría pagar el precio de la vivienda que acaba de comprar» [FD 6.º 19; *supra* [30] a)].

Y en la *STS, 1.ª P, 09.03.2017*, «dijimos que “en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que 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 [...]”» (FD 6.º 23; *supra* [38]).

Ahora bien, esa última declaración «no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir. En el supuesto objeto de ese recurso [el de la STS, 1.º, P, 09.03.2017], el consumidor había sido informado previamente de la existencia de tal cláusula suelo, hasta el punto de que este la había comparado con la ofertada por otras entidades bancarias y consiguió una rebaja en el suelo propuesto. [...] tal circunstancia [...], sí que servía para acreditar que en la fase precontractual el consumidor tuvo cumplida información de la existencia y trascendencia de la cláusula suelo. En estas circunstancias, cuando se ha facilitado una información precontractual adecuada, la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo, pero no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual» (FD 6.º 23)²²⁰.

²²⁰ a) Con posterioridad, el TS vuelve a pronunciarse sobre la función del notario en conexión con la exigencia de transparencia al predisponente, *reiterando anteriores afirmaciones suyas*:

a.1) En la STS, 1.º, 07.11.2017 (Pte Excmo Sr D Pedro José Vela Torres) se citan las SSTs, 1.º, P, 08.09.2014 [en el original se indica 2013] y 08.06.2017 en las que se indica que «la lectura de la escritura pública y [...] el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen por sí solos el cumplimiento del deber de transparencia»; *que* en la STS, 1.º, P, 24, 03.2015 se llamó «la atención sobre el momento en que se produce la intervención del notario, 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 fundamento en una información inadecuada [...]» (FD 4.º 7); y *que* en la STS, 1.º, P, 09.03.2017 se dijo que el notario «[...] puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas [...] y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia. [...]». Pero tal declaración no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir» (FD 4.º 9).

a.2) En la STS, 1.º, 16.11.2017 (Pte Excmo Sr D Ignacio Sancho Gargallo) se lee: «[e]ste deber de poner a disposición del consumidor la información relativa a la existencia de la cláusula suelo y su incidencia en la determinación del interés, en un contrato de préstamo hipotecario con interés variable, no puede quedar reducida a que los prestatarios puedan acceder a la minuta de la escritura en que se instrumenta el contrato, dentro de los tres días previos a su firma. No cabe cuestionar que la minuta o proyecto de escritura hubiera estado a disposición de los prestatarios tres días antes de la firma del contrato, *sino si esto colma los deberes de transparencia*» (cursiva mía; FD 2.º 2); y se reitera que «[e]s cierto que en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, declaramos que “en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que 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”. Pero, como también hemos puntualizado en las sentencias 367/2017, de 8 de junio, y 593/2017, de 7 de noviembre, lo anterior no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir» (FD 2.º 2).

a.3) En la STS, 1.º, 24.11.2017, en su FD 2.º 5, también se indican las consideraciones apuntadas en las anteriores letras a) y b) sobre el notario, citándose las STS, 1.º, P, 08.09.2014 [en el original se indica 2013], STS, 1.º, P, 09.03.2017 y STS, 1.º, P, 08.06.2017. (Para otros aspectos distintos al de la intervención del notario, *infra* [46] para la STS, 1.º, 24.11.2017).

[45] *Por último*, en mi extracto de esta S, voy a referirme a la contraposición, hecha por el TS, entre la exigencia de transparencia y el error vicio (no pueden confundirse). Según el TS, *en la transparencia*, el control, de la cláusula y del proceso de contratación, es más objetivo (si bien es preciso tomar en consideración todas las circunstancias concurrentes cuando la celebración del contrato; arts. 4.1 Dir 93/13/CEE, 82.3 TRLGDCU), se declara la nulidad de la cláusula, el contrato subsiste sin la cláusula, y supone la restitución, por el predisponente, de lo por aquella recibido²²¹. Y *en el error*, las

a.4) Y esas anteriores afirmaciones del TS sobre la función del Notario y el deber de transparencia del predisponente se reiteran *para el «préstamo multimonedado con garantía hipotecaria»* (cursiva mía) en la STS, 1.ª, P, 15.11.2017, citándose las STS, 1.ª, P, 08.09.2013, STS, 1.ª, P, 24, 03.2015, STS, 1.ª, P, 09.03.2017 y STS, 1.ª, P, 08.06.2017 (FD 8.º 36-39; Pte Excmo Sr D Rafael Saraza Jimena).

b) Sobre el papel de los notarios y la exigencia de transparencia, VÁZQUEZ MUIÑA: «En nuestra opinión, conviene tener presente que son los bancos quienes tienen el deber de proporcionar la información precontractual pertinente, pues son ellos quienes están ofertando al consumidor el producto o servicio en cuestión, y a los que se presume, en consecuencia, un conocimiento extenso de los efectos e implicaciones de tales productos. La labor informativa de los fedatarios públicos, y más concretamente de los notarios, es un mero complemento que no sustituye en ningún caso la obligación de suministrar la información precontractual adecuada que recae sobre las entidades financieras, pues, aunque los notarios cuentan con unos sólidos conocimientos jurídicos, no se les presumen unos conocimientos tan vastos en materia financiera, máxime cuando se ofertan actualmente en el mercado productos y servicios financieros con efectos de notable complejidad. En este sentido, dado el elevado desconocimiento que en ocasiones poseen los propios empleados de banca sobre los productos o servicios que ofertan, se antoja difícil imaginar que los notarios –profesionales cualificados del Derecho, pero no del ámbito financiero– puedan llegar a tener, en todo caso, un conocimiento profundo del funcionamiento de estos productos. Por otra parte, la prueba de que la actuación del notario ha sido la que ha garantizado la adecuada comprensión de las cláusulas del contrato por parte del adherente, no hace más que evidenciar que la entidad financiera no ha desempeñado correctamente su obligación de información precontractual./ Respecto a las cláusulas suelo, la actuación de los notarios se limita a comprobar que las entidades financieras han cumplido con las previsiones exigidas por la normativa de transparencia bancaria [*infra* nota 341], o lo que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha denominado criterios objetivos de valoración de la transparencia, de tal manera que la declaración del carácter abusivo de la cláusula corresponde a los jueces y tribunales. Es cierto que los fedatarios públicos deben colaborar activamente en el proceso de expulsión de las cláusulas abusivas contenidas en los contratos celebrados con consumidores. Sin embargo, dicha competencia debe quedar circunscrita a aquellos supuestos en los que no sea necesario una ponderación de las circunstancias concurrentes del caso. De esta manera, los notarios y registradores únicamente pueden denegar la autorización e inscripción –cada uno en el ámbito de sus competencias– de aquellas cláusulas que consideren abusivas, bien porque éstas hayan sido declaradas nulas por sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (artículo 84 LGDCU/2007), bien porque pertenezcan a la denominada “lista negra” que abarca los artículos 85 y siguientes de la LGDCU/2007. En el caso de la cláusula suelo, esta no podrá subsumirse en ninguno de los dos supuestos expuestos porque el carácter abusivo de dicha estipulación requiere un estudio individualizado de cada caso concreto –el juez tiene que examinar caso por caso si la entidad financiera ha informado debidamente al cliente o no–, y porque la cláusula suelo no pertenece a la conocida como “lista negra”» [cursiva mía; CCJC (2017) ap. II. 1.2]. V. *supra* ORDUÑA MORENO, nota 186, acerca de la función preventiva de los notarios y la transparencia.

²²¹ En su *Voto particular* a la STS, 1.ª, P, 25.03.2015 (*supra* [32]-[33]), ORDUÑA MORENO, voto al cual se adhirió el Excmo Sr D Xabier O'Callaghan Muñoz, caracteriza la ineficacia en la contratación seriada (sobre este tipo de contratación *supra* [23]) como

circunstancias personales de los contratantes son fundamentales, el error debe ser esencial y excusable, se anula todo el contrato, y ambas partes deben recíprocamente restituirse lo recibido.

«15. No puede confundirse la evaluación de la transparencia de una condición general cuando se enjuicia una acción destinada a que se declare la nulidad de la misma con el enjuiciamiento que debe darse a la acción de anulación de un contrato por error vicio en el consentimiento.

Mientras que en la primera se realiza un control más objetivo de la cláusula y del proceso de contratación, en la segunda las circunstancias personales de los contratantes son fundamentales para determinar tanto la propia existencia del error como, en caso de que exista el error, la excusabilidad del mismo, y es necesario que el

sigue: «el fenómeno de la contratación bajo condiciones generales, nos informa, con carácter general, de la caracterización del régimen de ineficacia que resulta aplicable. En este sentido, acorde con la naturaleza y función de este fenómeno jurídico, la forma o el modelo de ineficacia responde a los parámetros de una *ineficacia funcional, relativa, parcial e insanable*. [...] la ineficacia es [...] *funcional, porque* la reglamentación predispuesta, por su naturaleza, no contiene ninguna irregularidad en su estructura negocial y nace [...] regularmente firmada y eficaz; sin embargo, funcionalmente su ejecución lleva a un resultado que el ordenamiento jurídico no permite consolidar, esto es, la lesión del consumidor adherente por la falta de equilibrio prestacional o de transparencia real./ [...] la ineficacia es *provocada* pues se permite que los consumidores y usuarios puedan operar dicha ineficacia con la correspondiente pretensión de impugnación. [...] la ineficacia es *relativa y parcial porque* despliega sus efectos entre las partes (no tiene proyección “erga omnes”) y afecta sólo a la cláusula declarada abusiva, que es objeto de la ineficacia, no así el resto del contenido contractual (principio de conservación del contrato en interés del consumidor). [...] la ineficacia *es más bien insanable en relación a la cláusula declarada abusiva, pues* no se permite su moderación, ni su integración en el contrato subsistente./ [...] *la naturaleza y función del control de abusividad y de la acción ejercitada, de acuerdo a la anterior caracterización general, nos concretan ya el alcance del mecanismo restitutorio que opera como una consecuencia directa de la situación de ineficacia de la cláusula declarada abusiva*. [...], el control de abusividad, como control de eficacia de la reglamentación predispuesta se formula, necesariamente, *desde una perspectiva declarativa del carácter abusivo de la cláusula*, esto es, de la lesión o perjuicio que se infiere al consumidor en la reglamentación predispuesta y, por tanto, con remisión a la propia celebración del contrato que funcionalmente los causaliza. De ahí *su correspondencia con el examen de legalidad o idoneidad [sic]* que también, necesariamente, [...], toma como referencia temporal *el momento de la celebración del contrato para valorar el posible desequilibrio prestacional o la falta de la debida transparencia real*./ [...] En esta misma dirección, se desenvuelve la naturaleza y función de la *acción individual de impugnación* que se ejercita. [...], de acuerdo con el carácter de ineficacia provocada señalado, [...], lo cierto es que el específico tratamiento o concreción de la ineficacia resultante en el fenómeno de las condiciones generales queda informado, en este punto, por la pretensión de impugnación del consumidor adherente dirigida a obtener un pronunciamiento judicial que declare el carácter abusivo de la cláusula en cuestión y, por tanto, su nulidad e ineficacia contractual. Desde esta innegable perspectiva deben tenerse en cuenta dos criterios que delimitan el alcance del pronunciamiento judicial. El primero obedece a la propia estructura sistemática de nuestro Código Civil, en donde *el mecanismo de la restitución viene referido como una consecuencia ineludible de la situación de ineficacia contractual derivada de la nulidad o anulación del contrato, en nuestro caso de la nulidad de la cláusula abusiva*. Tratamiento unitario que resulta indiscutible en la estructura sistemática de nuestro Código Civil. El segundo, obedece a la propia naturaleza o formalidad del mecanismo de la restitución *que conduce, en principio, a que las consecuencias o efectos de la misma haya de retrotraerse al momento de la celebración del contrato, esto es, con un claro alcance “ex tunc”*» (cursiva mía; FD 5.º).

error sea sustancial por recaer sobre los elementos esenciales que determinaron la decisión de contratar y la consiguiente prestación del consentimiento.

Las consecuencias de uno y otro régimen legal son diferentes, pues el control de abusividad de la cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor, en el que se inserta el control de transparencia, lleva consigo la nulidad de la cláusula controvertida, la pervivencia del contrato sin esa cláusula y la restitución de lo que el predisponente haya percibido como consecuencia de la aplicación de la cláusula abusiva, mientras que la anulación por error vicio del consentimiento afecta al contrato en su totalidad y las partes deben restituirse recíprocamente todo lo percibido de la otra en virtud del contrato, con sus frutos o intereses

16. No obstante, es cierto que en el control de abusividad de la cláusula no solo debe tomarse en consideración el contenido de la propia cláusula, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa. También es preciso tomar en consideración “todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración”, como prevén los artículos 4.1 de la Directiva y artículo 82.3 TRLCU» (FD 6.º; este párrafo transcrito del ap. 16 también lo está *supra* [43], además de la transcripción del resto de dicho ap. 16).²²²

²²² En la relación *abusividad por falta de transparencia/error vicio*, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ y VÁZQUEZ MUIÑA apuntan la mejor protección que el consumidor obtiene a través de la primera, frente al segundo, por lo que a efectos prácticos le es más conveniente la abusividad por falta de transparencia. En concreto:

a) PERTÍÑEZ VÍLCHEZ se ocupa de lo anterior en diversas ocasiones. Algunas de sus consideraciones coinciden con las del TS.

En 2017, según PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *aunque el TS incardine la cláusula suelo como cláusula abusiva por falta de transparencia, ello «no excluye la posibilidad de contemplar la falta de información sobre estas cláusulas desde la perspectiva del vicio de error, si concurren los requisitos [...] del supuesto de hecho del artículo 1266 CC, [...] error [...] esencial, en el sentido de recaer sobre el objeto o condiciones de la cosa que hayan sido motivo de la realización del contrato y [...] excusable para el prestatario»*. Pero, «[l]a perspectiva desde la que se valora la concurrencia de error vicio es distinta [...] desde la que se valora la cláusula abusiva por un defecto de transparencia. [...] en este último supuesto lo relevante es la conducta del predisponente, en particular, la adecuación de la información proporcionada al parámetro de honestidad objetiva que representa la buena fe, en [...] [el] vicio error, el centro de atención se sitúa en la persona de quien lo sufre, pues es preciso probar, [...] la concurrencia de un error, en este caso, el desconocimiento de una cláusula que incide sobre el precio y de su trascendencia sobre el coste del crédito y, [...] la excusabilidad por [...] quien lo padece, si bien en este juicio de excusabilidad influye decisivamente la información proporcionada por la otra parte./ La concurrencia de error vicio requiere, por lo tanto, un plus respecto de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula por defecto de transparencia: la diligencia del prestatario. Esto es, una cláusula suelo podría ser abusiva por falta de transparencia, por no haber superado la entidad financiera el estándar de información definido por la STS 9 de mayo 2013 [...] y, sin embargo, podría no poder probarse en el mismo caso la concurrencia de error excusable por parte del consumidor» (pp. 132-133). *Ahora bien*, «la anulación por error vicio por falta de información sobre el coste del crédito por la inclusión de una cláusula suelo choca en nuestro ordenamiento con el principal obstáculo de la consecuencia de la nulidad total del contrato. La nulidad parcial ha aparecido fundamentalmente asociada en nuestra práctica jurisdiccional a los supuestos de contravención de normas imperativas que afecte sólo a un aspecto de la reglamentación negocial del contrato» [cursiva mía; p. 134; v. además pp. 107-110; y más allá, para la con-

4.11 LA STS, 1.^a, 24.11.2017 (PTE EXCMO SR D IGNACIO SANCHO GARGALLO; ACCIÓN INDIVIDUAL)²²³

[46] El TS recuerda que para valorar si el predisponente ofreció *suficiente información* precontractual y también cuándo la celebra-

tratación entre empresarios, p. 141, e *InDret* (2016) p. 5; salvo la cita inmediatamente anterior de *InDret*, todas las demás citas de (2017); v. además *RCDI* (2017) p. 1214].

Y en 2004, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ señalaba que «las normas sobre vicios del consentimiento [...] no aportan soluciones adecuadas a la forma de tutela prevista en relación a la predisposición negocial, y en particular, de las mismas no se puede extraer una exigencia de transparencia en relación a las prestaciones principales que sea conforme con la requerida por el inciso final del artículo 4.2 de la directiva [93/13/CEEE]» (p. 138). *En cuanto a los requisitos*, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ señalaba que la regulación del error (y del dolo) se fundan «en la recíproca distribución de las cargas informativas entre partes iguales conforme a la diligencia ordinaria, que marca la frontera entre el deber de información y el deber de informarse» y de ahí la irrelevancia del error inexcusable (diligencia ordinaria), y «[e]l error sobre el contenido de las condiciones generales relativas al precio y al objeto del contrato es inexcusable, porque si han recibido cumplimiento los requisitos de incorporación del artículo 5 [...] LCGC [...], el cliente habrá contado con una posibilidad de conocer su contenido. Por lo tanto, al predisponente para evitar el error le basta con el cumplimiento de las condiciones de cognoscibilidad» (p. 139). Y sobre la «intención de engañar [del dolo] [...] no siempre existirá en los supuestos de predisposición no transparente de las cláusulas relativas al precio y al objeto y aun cuando existiera, su prueba sería muy difícil para el consumidor» (pp. 139-140). La «asimetría informativa» que hay entre el predisponente y el consumidor sitúa al primero «en una posición de garante de la información que debe ser recibida por el consumidor respecto del precio y del objeto del contrato. Por ello, la obligación de transparencia del predisponente en relación a las cláusulas relativas al precio y a la prestación del artículo 4.2 de la directiva [93/13/CEE], es más amplia que la exigida a una parte para evitar el vicio del consentimiento de la otra parte. No puede limitarse al ofrecimiento de una posibilidad de conocimiento, sino que exige mucho más del predisponente, exige que redacte las cláusulas relativas al precio y al objeto de tal forma, que el consumidor pueda conocer antes de que el contrato sea vinculante y sin necesidad de una ocupación intensiva, el plano comprensivo de las ventajas y desventajas del contrato, a fin de que pueda elegir conscientemente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado» (p. 140). *En cuanto a los efectos*, «la consecuencia jurídica» de «los vicios del consentimiento, no es adecuada al carácter tuitivo de la normativa sobre cláusulas predisuestas; al cliente le interesa la nulidad parcial de la cláusula y la subsistencia del resto del contrato y no la nulidad total, pues así puede satisfacer su interés contractual positivo»; la LCGC y la LGDCU «prevén como consecuencia normal de la declaración de abusividad de una cláusula la nulidad parcial y la subsistencia del resto del contrato». PERTÍÑEZ VÍLCHEZ apunta que, si bien el Derecho general de contratos admite la nulidad parcial, esta se condiciona «a la voluntad hipotética de ambas partes en la conservación parcial del negocio» y es difícil que, versando la cláusula predispuesta sobre el precio o el objeto, «la voluntad hipotética del predisponente sea la validez del negocio sin ella» (p. 140). Además, «[l]a nulidad parcial impuesta, contra la voluntad del predisponente [...] es una sanción que no puede aplicarse sino es una [*sic*] mediante una norma expresa que la determine, y esta forma de nulidad parcial impuesta no se prevé en las normas generales sobre formación de los contratos» (pp. 140-141). Todas las citas de (2004).

b) Según VÁZQUEZ MUIÑA, «para el enjuiciamiento de las cláusulas predisuestas, la teoría de los vicios del consentimiento resulta inadecuada, a pesar de que sea una vía perfectamente admitida por nuestro ordenamiento y ejercitada por los adherentes» (p. 294) «[e]n cualquier caso, resulta más beneficioso para el consumidor la declaración del carácter abusivo de la cláusula en cuestión, conservándose el resto del negocio –siempre que este pueda mantenerse sin las cláusulas declaradas nulas (artículo 83 TRLGDCU)–, pues ello le permite seguir disfrutando de una financiación que necesita y que puede devolver paulatinamente en función de las cuotas establecidas» (p. 296) [(2018) pp. 292-300, en particular hasta p. 298].

²²³ HECHOS: El 17.07.2008, Evangelina celebró con el *Banco Pastor* un préstamo hipotecario de 140.000 €, con cláusula suelo y a devolver en treinta años y en cuotas men-

ción del contrato sobre la cláusula suelo (cumplimiento de la transparencia), hay que tener en cuenta, entre otros extremos, si el consumidor es *experto en el tipo de contratos de que se trate*. Si lo es, se justifica una información *menor* por el predisponente. Para el caso, dada la condición de la cliente y consumidora –*empleada de banca*–, la *Audiencia Provincial* consideró *innecesaria* la información precontractual por el predisponente, además de que, por la claridad de la cláusula suelo, *presumió que aquella estaba en condiciones de conocer su existencia y funcionamiento*. En cambio, para el TS, acreditada la no información a la consumidora, más allá de la lectura de la escritura pública por el notario, *no se justificaba la menor información por el predisponente*, pues, la *consumidora* operaba en actividades *ajenas* al préstamo hipotecario y la *entidad*, para la cual trabajaba, *no incluía cláusulas suelo en sus préstamos hipotecarios*.

«[T]anto la suficiencia de la información precontractual como la que se aporte al tiempo de la firma del contrato, para que pueda entenderse cumplido el deber de transparencia, está en función de otras circunstancias, como el que el consumidor sea una persona con conocimiento experto en este tipo de contratos. Así lo entendió la sentencia 367/2017, de 8 de junio [*supra* [40]-[45]], al exponer los límites del carácter vinculante de la sentencia que estima una acción colectiva en la que se pedía la nulidad de una cláusula por falta de transparencia, respecto de una acción individual posterior.

La sentencia ahora recurrida ha entendido que la condición de empleada de banco de la prestataria hacia innecesaria la información precontractual, y presume que, a la vista de la claridad de la cláusula, estaba en condiciones de conocer la existencia de la cláusula y cómo operaba o qué incidencia tendría en la determinación del interés.

Es cierto que un empleado de banca familiarizado con estos contratos, aunque tenga la condición de consumidor cuando concierta un préstamo hipotecario con un banco para financiar la

suales. Desde 1991 y en el momento de la firma del contrato, Evangelina era empleada de banca en entidad distinta a la del *Banco Pastor*. Evangelina demandó al *Banco Popular Español* (sucesor del *Banco Pastor*) y pidió la nulidad de la cláusula suelo por abusiva y falta de transparencia y la restitución del exceso cobrado por ella. En *primera instancia* se estimó la demanda: la cláusula suelo no fue transparente y fue abusiva, debiéndose eliminar del contrato. La *Audiencia Provincial* estimó la apelación del banco, absolviéndole, «pues no se quebró el principio de transparencia material exigible» (la condición de empleada de banca de Evangelina permite presuponerle un conocimiento en la materia; la cláusula se expresa de modo claro y comprensible; se le atribuye que conoció la existencia y funcionamiento de la cláusula suelo). (FD 1.º). Evangelina recurre en casación por infracción del artículo 80.1 TRLGDCU (motivo segundo), pues la Audiencia Provincial hizo «un análisis de la cualificación profesional o perfil de la Sra. Evangelina propio de las acciones en las que se insta la anulabilidad del contrato por la existencia de un error vicio en el consentimiento, acción que ninguna relación guarda con la ejercitada en las presentes actuaciones» (FD 2.º 3). El TS *casa* y confirma la sentencia de primera instancia (Fallo 1 y 2; FD 2.º 5 *in fine*; su argumentación la indico en el cuerpo del texto en este [46]). En la S se mencionan los casos *Kásler*, *Gutiérrez Naranjo*, *Palacios Martínez* y *Banco Popular Español*, y *Banco Primus* del TJ.

adquisición de una vivienda, pues actúa en un ámbito ajeno a su actividad profesional o empresarial, precisa de menos información (sobretudo [*sic*] precontractual) relativa a en qué consiste y qué efectos tiene la cláusula suelo.

Pero, aunque no cabe descartar que en algún caso los conocimientos sobre la materia de una determinada clase de consumidores puedan justificar que la información que reciban sea menor, pues no resulta tan necesaria para conocer el contenido de la cláusula y, sobre todo, la carga económica y jurídica que representa, en este caso no es así.

En primer lugar porque la Audiencia parte de que no ha quedado acreditado ninguna clase de información previa antes de la firma del contrato, ni durante la misma, más allá de la lectura de la escritura por el notario; y, en segundo lugar, porque no consta que la actividad prestada por la demandante en el banco guardara relación con la contratación de este tipo de pólizas de préstamo hipotecario con interés variable y cláusula suelo. La demandante era gestor operativo en actividades ajenas a la concesión y contabilización de créditos hipotecarios y la entidad para la que trabajaba no incluía cláusulas suelo en sus préstamos hipotecarios» (FD 2.º 5).

4.12 LA STS, 1.ª, 24.11.2017 (PTE EXCMO SR D RAFAEL SARAZA JIMENA; ACCIÓN INDIVIDUAL)²²⁴

[47] El TS precisa que la exigencia de transparencia en los elementos esenciales del contrato *también se aplica, tal y como la*

²²⁴ HECHOS: Por escritura pública de 27.10.2006, Luis se subrogó en el préstamo hipotecario en su día concedido al promotor (este último vendía la vivienda a Luis) y en escritura pública de 24.04.2009, Luis novó dicho préstamo. En la escritura de subrogación, el banco «incremento el “suelo” estipulado con el promotor, para después volver a bajarlo en la escritura de novación». Luis demandó al *Banco Popular Español* y suplicó la nulidad de las cláusulas suelos de ambas escrituras por abusivas y falta de transparencia. En *primera instancia* se consideró que no superaban el control de transparencia, se declaró su nulidad y se condenó a la restitución de las cantidades por ellas pagadas (no eran transparentes, pues no constaba «que el banco hubiera suministrado información precontractual»; la cláusula suelo «recibía un tratamiento impropiaemente secundario»; «[n]o constaba que se hubieran presentado al prestatario simulaciones de subidas y bajadas del índice de referencia ni advertencias del coste en comparación con otros productos del banco»; por otro lado, «[n]o es hasta el año 2013 que, en las comunicaciones del demandante con el banco, consta que aquel fue consciente de la cláusula suelo»). La *Audiencia Provincial estimó* la apelación del *Banco Popular*: a) para la cláusula suelo en la subrogación, «puesto que el demandante [Luis] no solicitó la concesión de un préstamo hipotecario sino que se subrogó en uno previamente concertado por la empresa que le vendió la vivienda, estaba en sus manos haber pedido al vendedor las condiciones de la hipoteca y haberlas examinado antes de optar por la subrogación», y Luis «no se limitó a solicitar la subrogación sino que negoció con el banco una ampliación del préstamo y se fijaron nuevas condiciones»; b) para la cláusula suelo en la novación, «se fijaron nuevas condiciones (plazo, periodo de carencia, periodo de amortización, intereses y comisiones) y se rebajó el tipo mínimo en un punto», y «es difícil pensar que [Luis] no tuviera conocimiento del límite a la variación del tipo de interés y de su importancia». Para la *Audiencia Provincial*, las cláusulas suelo fueron transparentes: se redactaron de modo claro y comprensible, y «fueron o pudieron ser conocidas por el actor de forma suficiente antes de adoptar la decisión de suscribir las escrituras». Luis recurre en casación. (FD 1.º). El TS casó y confirmó la sentencia de primera instancia

entiende, al supuesto de la subrogación en el préstamo hipotecario²²⁵. Y lo mismo en la novación del préstamo hipotecario. En cuanto al caso, el predisponente no cumplió la exigencia de transparencia para las cláusulas suelo, ni cuando el consumidor se subrogó en el préstamo hipotecario, ni cuando, con este último, aquél lo novó.

«[E]l hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subrogue en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Una parte considerable de las compras de vivienda en construcción o recién construida se financia mediante la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario concedido al promotor, con modificación, en su caso, de algunas de sus condiciones. Si se eximiera a la entidad financiera de esa exigencia de suministrar la información necesaria para asegurar la transparencia de las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato, se privaría de eficacia la garantía que para el cumplimiento de los fines de la Directiva 93/13/CEE y la legislación nacional que la desarrolla supone el control de transparencia» (FD 5.º 8).

«La sentencia del Juzgado Mercantil declaró (y la Audiencia Provincial no ha modificado esa conclusión) que el banco no suministró información alguna al prestatario sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo antes de la firma de las escrituras, la de subrogación y la de novación, por lo que cuando el prestatario adoptó su decisión no tenía la información que le permitiera valorar la trascendencia de tal cláusula en la economía del contrato, pues la existencia del suelo limitaba significativamente la posibilidad de variación a la baja del tipo de interés, hasta el punto de que en la primera de las escrituras, estando pactado que el tipo de interés durante el primer periodo sería del 4,015% anual, se establecía un suelo del 4%, por lo que en la práctica el tipo de interés solo podía variar al alza» (FD 5.º 9 *in fine*).

«[Q]ue la redacción de las cláusulas suelo, aisladamente consideradas, fuera clara y comprensible, que la primera escritura fuera de subrogación en un préstamo hipotecario anterior, no de concepción *ex novo* del préstamo, y que se ampliaran el capital prestado o el plazo de devolución, o que el prestatario pidiera una novación ante su dificultad para afrontar el préstamo y se ampliara el plazo de devolución (de treinta a cuarenta años) y se estableciera un

(Fallo; FD 5.º, 10 y 13). En la S se mencionan los casos *RWE Vertrieb*, *Matei*, *Van Hove*, *Gutiérrez Naranjo*, *Palacios Martínez* y *Banco Popular Español*, y *Andriciu* del TJ.

²²⁵ Sobre la transparencia en la subrogación hipotecaria, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017) pp. 182-188; VÁZQUEZ MUIÑA (2018) pp. 246-253. V. la consideración de ALFARO ÁGUILA-REAL sobre la transparencia de la cláusula suelo a propósito de la subrogación en el préstamo hipotecario, *supra* 216 *d.1*).

periodo de cuatro años de carencia en la amortización de capital ante las dificultades económicas por las que pasaba el prestatario, no permite afirmar que las cláusulas suelo fueran transparentes y que se hubiera suministrado al prestatario información adecuada para que el mismo conociera la trascendencia que la cláusula suelo tenía en la economía de un contrato de préstamo que iba a vincularle durante un periodo muy largo de tiempo» (FD 5.º 12).

4.13 LA STS, 1.ª, 01.12.2017 (PTE EXCMO SR D FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO; ACCIÓN INDIVIDUAL; NÚM. DE RESOLUCIÓN 655/2017)²²⁶

[48] Para el TS, que, en el caso, *no se hubiere aplicado durante cierto tiempo la cláusula suelo*, insertada cuando se novó el préstamo hipotecario (novación modificativa), *no convierte a aquélla en una cláusula transparente*. Pues el predisponente *debe* cumplir ese plus de información y de tratamiento principal que se le exige cuando se trata de los elementos esenciales del contrato, información que permite al consumidor comparar ofertas y adoptar su decisión de contratar con conocimiento real (pleno) de la carga económica y jurídica del contrato.

«La información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de alguno de los contratos objeto de comparación porque no ha podido llegar a comprender lo que significa en él una concreta cláusula, que afecta a un elemento esencial del contrato, en relación con las demás, y las repercusiones que tal cláusula puede conllevar en el desarrollo del contrato.

El diferencial respecto del índice de referencia, y el TAE que resulta de la adición de uno al otro, que es la información en principio determinante sobre el precio del producto con la que el consumidor realiza la comparación entre las distintas ofertas y decide

²²⁶ HECHOS: Juan Francisco y Dolores se subrogaron en un préstamo hipotecario con el *Banco Popular Español*. Con posterioridad, novaron el préstamo (novación modificativa) incorporándose la cláusula suelo. Juan Francisco y Dolores demandaron al *Banco Popular Español*, pidiendo, entre otros extremos, la nulidad de la cláusula suelo por no superar los controles de incorporación y transparencia. En *primera instancia se estimó* la demanda («la entidad bancaria no había dado la importancia o la relevancia que para el cliente tenía la información de dicha cláusula para la correcta comprensión de la economía del contrato»). La *Audiencia Provincial estimó* la apelación del *Banco Popular Español*, revocó la sentencia de primera instancia y *desestimó* la demanda (para la esencia de su razonamiento, v. la nota que inmediatamente sigue a esta). Juan Francisco y Dolores recurrieron en casación. (FD 1.º). El *TS casa* y confirma la sentencia de primera instancia (Fallo). En la *S* se mencionan los casos *Kásler*, *Gutiérrez Naranjo*, *Palacios Martínez*, y *Banco Popular Español*, y *Andriciuc* del TJ.

contratar una en concreto, pierde buena parte de su trascendencia si existe un suelo por debajo del cual el interés no puede bajar. Por tanto, es preciso que en la información precontractual se informe sobre la existencia de ese suelo y su incidencia en el precio del contrato, con claridad y dándole el tratamiento principal que merece.

En el presente caso, la sentencia recurrida se aparta de esta jurisprudencia, pues en ningún momento de las fases contractuales que llevaron a la conclusión de la citada escritura de novación modificativa, en la que fue introducida la cláusula suelo, la entidad bancaria realizó ese plus de información y tratamiento principal de la cláusula suelo que permitiera a los clientes adoptar su decisión con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que comportaba.

Control de transparencia que, por otro lado, no puede ser reconducido o asimilado al mero contexto circunstancial que refiere la sentencia recurrida con relación al hecho de que el interés variable pactado haya estado por encima del interés mínimo establecido²²⁷. Pues con independencia de esta referencia circunstancial, el control de transparencia se proyecta sobre el cumplimiento de estos especiales deberes de información y comprensibilidad material que incumben al predisponente en la formación y perfección del contrato sujeto a condiciones generales de la contratación. De modo que el mero hecho de que la cláusula suelo no haya sido objeto de aplicación durante un periodo de tiempo no la convierte, sin más, en transparente» (FD 2.º 2).

²²⁷ Según la *Audiencia Provincial*: «[...] En situaciones como la presente, esta sección ha entrado en la valoración de las concretas circunstancias del contrato litigioso (como consecuencia de la aplicación del criterio acerca de las acciones individuales derivadas de la sentencia de la Sala Primera del TS de 9 de mayo de 2013) *para averiguar si, en cualquier caso, los intereses variables que eran los pactados se convertían a través de ese mínimo incluido en fijo. Pues bien, el interés de referencia establecido en el contrato firmado el 15 de junio de 2005 era el EURIBOR al que debía añadirse un 0,75 de diferencial. Si se tiene en cuenta que el EURIBOR en el momento en que se firma la escritura se encontraba en 2,099 y su variación en el año siguiente osciló entre el 2,098, en el mes de agosto, y el 2,636 en mayo de 2006, el resultado de añadir el 0,75 al Euríbor lo situaba entre el 2,848 y el 3,386; al haberse fijado el suelo en un 2,50, la comparación determina que siempre haya estado por encima de la cláusula suelo, en concreto entre un 0,348 y un 0,886% lo que determina un cierto recorrido y una conclusión exigida consistente en que en ningún momento el interés variable se convirtió en fijo.* Para concluir este fundamento debe reseñarse un párrafo del auto de aclaración a la sentencia de 9 de mayo de 2013, fechado el 3 de junio siguiente, en el que en su punto 17 puede leerse: “La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, cuando el índice de referencia o su evolución previsible para el profesional, a corto o a medio plazo lo convertirá en interés mínimo fijo, variable nada más al alza, constituye uno de los diferentes supuestos de falta de transparencia y de cláusula abusiva, sin necesidad de que concurra ningún otro requisito”. Puesto que esta circunstancia no ha concurrido y la expresión de la mencionada cláusula era suficientemente clara, debe entenderse la comprensión de la parte actora acerca de la misma como consecuencia de que la escritura de “novación modificativa de préstamo hipotecario” es suficientemente clara y concisa en relación con los dos únicos aspectos que se modificaban en el préstamo en el que se subrogaban los compradores sin que se vea afectada su comprensión por encontrarse entre otras dos a las que se refiere el fundamento segundo de la sentencia de instancia» (FD 1.º 5). Para otros aspectos del *AATS 03.06.2013, supra* [25] g).

4.14 LA STS, 1.^a, 01.12.2017 (PTE EXCMO SR D FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO; ACCIÓN INDIVIDUAL; NÚM. DE RESOLUCIÓN 654/2017)²²⁸

[49] En esta S, el TS considera que el predisponente *cumplió* su deber de transparencia con la cláusula suelo. Conviene que resalte esto. Pues, a excepción de esta STS y de la STS, 1.^a, P, 09.03.2017 (*supra* [37]-[38]) –además del *Voto particular* a la STS, 1.^a, P, 08.09.2014 (*supra* [28])– en las que el TS aprecia que el predisponente *cumplió su deber de transparencia con la cláusula suelo, en las demás SSTS* que he seleccionado y extractado del periodo temporal que acoté (de mayo de 2013 a 2017; *supra* [24]), el TS consideró que el predisponente *no cumplió* su deber de transparencia con la cláusula suelo. Es un significativo dato estadístico.

Volviendo a la presente STS, 1.^a, 01.12.2017 (núm. de resolución 654/2017), esta S, del mismo Ponente (Orduña Moreno) y fecha que la extractada en el anterior apartado 4.13 (*supra* [48]; núm. de resolución 655/2017), *decide* sobre una acción individual ejercitada por el consumidor, *la demandada* es la misma entidad financiera que en

²²⁸ HECHOS: Pelayo contrató con *Banco Popular Español* un préstamo hipotecario con cláusula suelo. La contratación se realizó «de acuerdo a la publicidad que la entidad bancaria realizaba en su página web de publicidad relativa al producto “Hipoteca@0,40 Cambio de casa”. En dicha página, autorizada por el Banco de España, se contemplaba que el tipo mínimo del préstamo hipotecario sería el 2,25%»; esa misma información sobre la cláusula suelo también se contempló «en la aprobación provisional de la operación solicitada que la entidad bancaria hizo llegar a los clientes; en donde, de forma sintética y destacada, se contemplaba: “Revisión anual de intereses: Euríbor+0,38%. Sin redondeo y con un tipo de interés mínimo de 2,25%”»; la información también se reiteró «en la oferta vinculante y en la minuta de la escritura» entregada «a los clientes antes de su firma»; y en la escritura pública de préstamo hipotecario de 30.11.2005 se contempló la cláusula suelo en la estipulación tercera *bis*, apartado 4.º (Límites de variabilidad del tipo de interés aplicable). Pelayo demandó al *Banco Popular Español*, solicitando la nulidad de la cláusula suelo por «abusiva con base en la normativa de defensa de los consumidores y de condiciones generales de la contratación». En *primera instancia* se *desestimó* la demanda: la entidad bancaria había superado el control de transparencia exigible. La *Audiencia Provincial desestimó* la apelación de Pelayo y confirmó la sentencia de primera instancia. Tras indicar que «[r]esumidamente podemos decir que la validez o nulidad de la cláusula dependerá de la información que la entidad financiera haya proporcionado al prestatario, antes de celebrar el contrato, sobre los efectos de dicha cláusula si los índices de referencia bajan del mínimo pactado. Si la entidad ha informado de forma comprensible al cliente que el préstamo que va a suscribir tiene un interés mínimo fijo, cualquiera que sea la bajada del índice de referencia, la cláusula será válida», la *Audiencia Provincial* señala, para el caso, que «en la publicidad por la que el Banco anunciaba sus préstamos en Internet se decía que el tipo mínimo sería el 2,25%. Esa información que se reitera en la aprobación provisional de la operación solicitada que se hizo llegar a los clientes, que en dos hojas resume las condiciones fundamentales del préstamo, en la que se dice textualmente “Revisión anual de intereses: Euríbor +0,38%. Sin redondeo y con un tipo mínimo del 2,25%”. La redacción de dicha estipulación es fácilmente comprensible. En tercer lugar, esa cláusula se incluye nuevamente en la minuta de la escritura que se entregó a los clientes antes de su firma, así como en la oferta vinculante». Pelayo recurre en casación. (FD 1.º). El TS *no casó* (Fallo). En la S se mencionan los casos *Kásler*; *Gutiérrez Naranjo*; y *Andriciuc* del TJ.

la STS, 1.^a, 01.12.2017, núm. de resolución 655/2017, y la redacción de su FD 2.^o 2 es igual en ambas SSTS, 1.^a, 01.12.2017, a salvo la indicación de que, en el presente caso, la sentencia recurrida no se apartó de la jurisprudencia y el cliente sí pudo comparar ofertas y adoptar su decisión de contratar.

«En el presente caso, la sentencia recurrida no se aparta de esta jurisprudencia, pues expresamente valora que esa exigencia de información para la comprensibilidad de la cláusula suelo se ha realizado de forma principal y clara desde la fase pre-contractual del préstamo hipotecario. De modo que el cliente, de acuerdo con dicha información, pudo perfectamente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar con la citada entidad bancaria» (FD 2.^o 2 *in fine*).

5. TEXTOS JURÍDICOS QUE, DE APROBARSE, REGULARÍAN EL CONTROL DE TRANSPARENCIA COMO DERECHO POSITIVO NACIONAL

[50] En 2016, Sánchez Martín, *Magistrado Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo*, apunta que «[d]e *lege ferenda* [...] sería deseable que el legislador recogiese normativamente del [*sic*; el] control de transparencia junto con el control de contenido, lo que facilitaría mucho la *labor* del intérprete»²²⁹. Por su parte, Marín Castán, *Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo*, en un trabajo de 2016, sintomáticamente titulado «La difícil tarea de la jurisprudencia cuando fracasa la ley», informa de que «[s]i tuviera que elegir una palabra para definir qué predomina en las deliberaciones y consiguientes decisiones del Tribunal Supremo

²²⁹ SÁNCHEZ MARTÍN (2016) p. 233; asimismo lo apunta al tratar la ejecución patrimonial: «[l]a aplicación conjunta de estos dos controles [de transparencia y de contenido] y su examen de oficio, en la ejecución patrimonial, se facilitaría si el legislador, recogiendo la jurisprudencia más autorizada en la materia, introdujera los cambios normativos oportunos para que el juicio de transparencia fuera una auténtica realidad en su aplicación por los Tribunales, al mismo nivel que el control de contenido» [(2016) p. 227]. En 2015, el autor ya apuntaba la necesidad del cambio normativo: «El espaldarazo o confirmación dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la jurisprudencia de esta Sala que viene aplicando este mecanismo de control [de transparencia], constituyen una llamada al legislador para que, como se ha realizado con el juicio de abusividad, plasme positivamente en nuestra legislación este control, en el marco de la normativa de la [*sic*; las] condiciones generales de la contratación o bien de la normativa protectora de consumidores y usuarios» [*La Ley* (2015) p. 7].

Y desde el ámbito académico, CÁMARA LAPUENTE: «[e]n conclusión [...], es de todo punto necesario que el *legislador* transponga el artículo 4.2 de la Directiva [93/13/CEE] y clarifique la naturaleza y consecuencias del control de transparencia. Teniendo presente la jurisprudencia del TJUE y del TS y el Derecho comparado, el legislador mismo debería dar reglas generales claras y comprensibles, relevando a los tribunales de la carga de construir paulatinamente este nuevo control desde la base parcial que procuran los casos concretos» [*AAMN* (2015) p. 615, v. hasta p. 618; v. *supra* [6] y nota 23 de CÁMARA LAPUENTE; *supra* nota 152 párrafo II para MIRANDA SERRANO; v. además, *supra* [7] b) y oportunas notas].

sobre estas materias [préstamo hipotecario] yo elegiría la de *equilibrio*: intentar que la sentencia no se limite a resolver el caso concreto planteado por el recurso de casación sino que, sobre todo, se midan y se evalúen las consecuencias de la decisión» (cursiva del original)²³⁰. De inmediato se refiere a la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013* (*supra* [25]) «sobre las cláusulas suelo [que] dio lugar a críticas muy severas desde algunos sectores por haber declarado la nulidad, pero también desde otros por haber rechazado la retroactividad»²³¹. Y más adelante advierte: «[y]o [Marín Castán] tengo que admitir que cualquier solución que no tenga un apoyo claro e inequívoco en la ley es discutible, pero también les diré que desde el Tribunal Supremo procuramos resolver los recursos teniendo presentes, hasta donde nos resulta posible, todas las consecuencias de nuestros pronunciamientos»²³².

Apuntado lo anterior, en estos momentos, hay dos textos jurídicos sobre el control de transparencia, que, de aprobarse, facilitarían

²³⁰ MARÍN CASTÁN, *ADC* (2016) p. 497.

²³¹ MARÍN CASTÁN, *ADC* (2016) p. 497. Efectivamente y cómo he ido exponiendo, dicha *STS, 1.ª, 09.05.2013* ha dado lugar a «críticas muy severas»: sobre la nulidad de la cláusula suelo por su no transparencia, *supra* nota 183, y sobre la limitación temporal de la retroactividad del efecto restitutorio derivado de la nulidad de la cláusula suelo, *supra* nota 169. Para CORDERO LOBATO, además: «No queremos terminar este comentario [a la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013*] sin expresar nuestra convicción sobre el daño que pronunciamientos como el comentado están haciendo al Derecho de Contratos, y a los consumidores del futuro como conjunto. Si los aplicadores del Derecho de Contratos no son capaces de dar a los conflictos respuestas que respeten los más elementales principios contractuales, se estará prestando un flaco servicio a los consumidores venideros. La razonabilidad de los pronunciamientos jurisdiccionales [*sic*; jurídicos] sólo puede predicarse de aquellos que están fundados en reglas jurídicas, y únicamente las sentencias razonables posibilitan la previsibilidad inherente a la seguridad jurídica a la que cada contratante aspira en un Estado de Derecho» [*CCJC* (2014) ap. 8; también se muestra crítica CORDERO LOBATO, *supra* nota 36].

²³² MARÍN CASTÁN, *ADC* (2016) p. 498. Informa además, de que «[e]n el Tribunal Supremo estamos siempre dispuestos a afrontar nuestras responsabilidades, asumiendo las críticas que recibamos y sin adoptar posturas cómodas como sería la de dejar los recursos aparcados hasta que pase la tormenta» (p. 499). MARÍN CASTÁN destaca el objetivo perseguido de la seguridad jurídica: «[e]l panorama, pues, tiene mucho de incierto, y algunos dirán que hasta de inquietante, pero desde la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se intenta aportar seguridad jurídica, por más que la tarea no sea nada fácil porque hay que llevarla a cabo con un ojo mirando a la ley española, como era tradicional en la jurisprudencia, pero con el otro mirando al TJUE, que viene cuestionando seriamente nuestra legislación. En suma, estamos en la época del llamado “diálogo entre tribunales”, que otros prefieren denominar “el siglo de la jurisprudencia” y otros, con más malevolencia, la de la elección de tribunal supremo por los jueces nacionales» (p. 497).

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO expone brevemente cómo los tribunales, en los últimos años, han venido dado respuesta inmediata a un conjunto de problemas evidenciados por la crisis económica—así, «las ejecuciones hipotecarias y las demandas sobre dación en pago»; «la polémica por no poder alegar la existencia en el contrato de préstamo hipotecario de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución hipotecaria»; «fue el turno de la polémica en relación a los swaps, participaciones preferentes y subordinados: productos financieros complejos vendidos en masa a clientes minoristas»; «cláusulas suelo»— respuesta «a veces algo titubeante y a veces con respuestas controvertidas o dispares entre los diversos juzgadores, ante un legislador más lento en su reacción, cayendo en ocasiones en un inmovilismo injustificado por alargarse en el tiempo» [*RDC* (2016) pp. 69-71].

en principio la labor del aplicador del Derecho. Uno es la *Proposición de Ley de impulso de la transparencia en la contratación predispuesta* del Grupo Parlamentario Socialista de noviembre de 2017 (*PTGPS*)²³³. El otro es el *Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario* de noviembre de 2017 (*PLCCI*)²³⁴. Son textos con objetivos diferentes, pero que conectan con la exigencia de transparencia.²³⁵ Procedo a dar cuenta de ellos a continuación y en lo que interesa. (Por otro lado, recuérdese lo que indiqué *supra* [8]).

5.1 EL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LA *PTGPS*

[51] Como indica su título, la *PTGPS* tiene como fin general impulsar la transparencia en la contratación predispuesta. En la Exposición de Motivos (EM) I de la *PTGPS* se lee, entre otras cosas, que «resulta incuestionable que la noción de transparencia, como ideal o valor de lo justo, ha arraigado plenamente en las aspiraciones de nuestra sociedad civil», y «[l]a apuesta por este ideal de transparencia constituye [...] una exigencia inaplazable en aras a la plasmación de aquellos nuevos valores o principios que están llamados a mejorar la vertebración y cohesión de nuestra sociedad». «[E]l reconocimiento de la transparencia, como norma y como principio general de derecho, en el marco de la regulación de nuestra contratación sujeta a condiciones generales o predispuestas por el profesional o empresario, representa tanto un presupuesto para la mejora de la calidad de negociación que requiere nuestro tráfico patrimonial, como una salvaguarda para el logro de la máxima protección jurídica que los consumidores, y los ciudadanos en general, se merecen y nos demandan en una sociedad avanzada de Derecho como la nuestra» (EM I). Por otro lado, «el impulso de esta Ley (*PTGPS*) para garantizar el pleno reconocimiento normativo del control de transparencia, como control de legalidad de la

²³³ 122/000142 *Proposición de Ley de impulso de la transparencia en la contratación predispuesta, por la que se modifica el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro y el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores* (BOCG, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie B Proposiciones de Ley, 10.11.2017, núm. 176-1).

²³⁴ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A Proyectos de Ley, 17.11.2017, núm. 12-1.

²³⁵ Por su parte, CÁMARA LAPUENTE ha propuesto «la *oportunidad de la creación de una auténtica “Comisión de cláusulas abusivas”*» (cursiva del original; p. 641), señalando que la Comisión de cláusulas abusiva francesa «nos podría servir de modelo», la cual «cumple dos funciones: una consultiva y de recomendación, tanto positiva como negativa» [p. 642; pero v. desde p. 639 hasta p. 643; *AAMN* (2015)].

reglamentación predispuesta por el profesional o empresario, también comporta una respuesta, ajustada y de futuro, a la necesaria adaptación de nuestro Derecho interno a la Directiva 93/13/CEE [...], con arreglo al progresivo desenvolvimiento jurisprudencial que viene realizando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea» (EM I). «En suma, una decidida y firme apuesta por el valor de la transparencia que, como germen del cambio social y paradigma de la nueva cultura en este modo de la contratación, nos permitirá avanzar en los modelos sociales de protección jurídica que nos demandan no solo los consumidores y usuarios, sino también los pequeños y medianos empresarios y los clientes, en general, de productos y servicios cuya reglamentación contractual resulta predispuesta por el profesional o empresario» (EM I).

La *PTGPS modifica diversas normas jurídicas*, como paso a exponer.

[52] *En el TRLGDCU*, la *PTGPS* propone diversas reformas. Una consiste en la *modificación* del Capítulo II («Cláusulas abusivas») del Título II («Condiciones generales y cláusulas abusivas») del Libro II («Contratos y garantías») del TRLGDCU (arts. 82 a 91). Dicho Capítulo II modificado regularía el control de contenido, siendo su leyenda la de «Cláusulas abusivas. Control de contenido» y en él, en concreto en su sección 1.^a, artículo 83.1 TRLGDCU, se recogería la primera regla del artículo 4.2 Dir 93/13/CEE [v. *supra* [8] c); y además nota 52]. La *otra reforma* de la *PTGPS* en el TRLGDCU consistiría en *añadir* a ese Libro II, Título II, del TRLGDCU, un Capítulo III, rubricado «Cláusulas abusivas. Control de transparencia» (arts. 90 *bis* a 90 *ter*) y otro Capítulo IV, con el título «Régimen de ineficacia contractual de la cláusula declarada abusiva» (arts. 90 *quater* a 90 *octies*).²³⁶ La *PTGPS* no modificaría los vigentes artículos 80 y 81 TRLGDCU.

²³⁶ EM II *PTGPS*: «En primer lugar, el Capítulo II, del Título II, del Libro III [del TRLGDCU], referido, con carácter general, a las “Cláusulas abusivas” pasa a concretarse en relación al “Control de contenido”. Las razones de este necesario cambio responden a criterios conceptuales y sistemáticos de la materia objeto de regulación. De esta forma la Ley [TRLGDCU] contempla la distinta función que tienen en la actualidad estos dos instrumentos que sirven al control judicial de la legalidad de la reglamentación predispuesta. Así, de un lado, el referido control de contenido, centrado en el justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Y del otro, el control de transparencia, referido a la comprensión material de la reglamentación predispuesta. Esta concreción no solo favorece, de inicio, la mejor comprensión del control de abusividad en sus dos vertientes, pues permite visualizar la relevancia del control de transparencia, que con un Capítulo III nuevo y específico adquiere carta de naturaleza en la presente Ley [TRLGDCU], sino también favorece su mejor sistematización como antecedente de un posterior y nuevo Capítulo IV dedicado específicamente al régimen común de la ineficacia derivada de la cláusula declarada abusiva. A su vez, se aprovecha esta nueva regulación del Capítulo II para adaptar el control de contenido a su moderna formulación y precisar las pautas de valoración que comporta. En esta línea, una vez indicado su fundamento, conforme al principio general de buena fe y su proyección en el marco de la reglamentación pre-

[53] *Situándome en lo que sería, según la PTGPS, la nueva regulación del control de transparencia en el TRLGDCU*, la EM II de la PTGPS me permite exponer, antes de reproducir los artículos 90 bis y 90 ter TRLGDCU, las claves de la regulación.

Según la EM II, la «adición [al TRLGDCU de un capítulo dedicado al control de transparencia] constituye, sin duda, el eje central de la reforma, pues supone el reconocimiento normativo de la transparencia en la base misma del modelo de protección de los consumidores y usuarios. De forma que el ideal de la transparencia pasa a integrarse en el contenido sustancial de la protección jurídica dispensada./ La modificación operada [...] garantiza el reconocimiento normativo del control de transparencia en su máximo nivel de expresión». «[L]a Ley [TRLGDCU] apuesta por la concepción más eficaz y proteccionista, de suerte que la falta de transparencia de la cláusula predispuesta determine directamente la declaración de abusividad, sin requerir del examen o ponderación de otros elementos de valoración de la relación contractual más propios del control de contenido (desequilibrio de derechos, determinación del perjuicio, etc.)» (EM II). «La razón de esta concepción del control de transparencia radica en que la cláusula no transparente, en sí misma considerada, supone tanto una infracción directa del principio de transparencia, como una merma del nivel de calidad negocial y seguridad jurídica que requiere este importante sector del tráfico patrimonial; de ahí la conveniencia y justificación de su sanción directa, con independencia del perjuicio patrimonial que pueda causar al consumidor y usuario» (EM II). «[L]a Ley [TRLGDCU], también por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, reconoce el valor de la transparencia tanto como norma jurídica, como principio general del derecho, es decir, tanto como fundamento, como razón positiva de su aplicación como control de legalidad, que ya se realiza de acuerdo con el cambio social operado y con el desenvolvimiento de nuestras directrices de orden público económico en favor de una mayor plasmación de los postulados de justicia contractual» (EM II). Tras recordar «la pionera STS 406/2012, de 18 de junio²³⁷, continuado por las SSTS 241/2013, de 9 de mayo²³⁸, y 464/2014, de 8 de septiem-

dispuesta, la Ley [TRLGDCU] destaca su aplicación de oficio por los jueces y tribunales, determina su ámbito de aplicación, con la exclusión de la reglamentación referida a la definición del objeto principal del contrato, y precisa el presupuesto del perjuicio del consumidor en el estricto plano jurídico del desequilibrio de derechos observado, sin que se requiera, además, de su incidencia económica relevante con relación al importe del contrato suscrito./ En segundo lugar, una vez definido y diferenciado el control de contenido, la Ley [TRLGDCU] dedica al control de transparencia un específico y nuevo “Capítulo III”.

²³⁷ *Supra* [7] a) y [B].

²³⁸ *Supra* [25].

bre²³⁹, y confirmado por la importante STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-280 [*Kásler*]²⁴⁰», en la EM II se indica que «la Ley [TRLGDCU] consolida esta transformación jurídica en pro de los postulados de justicia contractual al situar el control de transparencia en el plano de la comprensibilidad material, que no formal y gramatical, de la relación negocial predispuesta». Con dicho «cambio», «y fuera de una concepción meramente formal o documental de la noción de la transparencia», los consumidores y usuarios «pueden exigir del predisponente que la reglamentación negocial resulte idónea para la comprensión no solo de su significado general, sino también del alcance jurídico y económico de los compromisos que» aquéllos asumen (EM II).

La Ley (TRLGDCU), además del «reconocimiento pleno del control de transparencia, como control abstracto de la legalidad de la reglamentación predispuesta», procede «a la concreción técnica del contenido y aplicación» del control de transparencia (EM II). Y al respecto, tras «reconocer su aplicación de oficio por jueces y tribunales, [...] precisa que la exigencia de la comprensibilidad material del clausulado predispuesto radica en los previos y especiales deberes de información que incumben al profesional o empresario. De ahí, la [...] sanción de abusividad por el incumplimiento de estos deberes de configuración contractual» (EM II). La Ley (TRLGDCU) «extiende el ámbito del control de transparencia no solo a las cláusulas que determinan el objeto principal del contrato, aspecto ya contemplado por la Directiva 93/13/CEE [...], sino también al resto del clausulado predispuesto aunque su alcance en la relación contractual sea accesorio», y, «precisa que el cumplimiento de estos deberes especiales de información debe realizarse desde el inicio de la oferta negocial del producto o servicio de que se trate, sin esperar al momento puntual de la firma o suscripción de la reglamentación predispuesta» (EM II). (Cfr. con la tesis de Orduña Moreno, *supra* [23]).

Artículo 90 *bis* TRLGDCU (*PTGPS*): «Concepto y caracterización.

1. Todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente, así como las prácticas no consentidas expresamente por los consumidores y usuarios, podrán ser objeto del control de transparencia con relación a la legalidad de la reglamentación predispuesta por el profesional.

²³⁹ *Supra* [26]-[28].

²⁴⁰ *Supra* [10] y nota 54 para los hechos.

2. Dicho control, aplicable de oficio por jueces y tribunales²⁴¹, con fundamento en las exigencias derivadas del principio general de transparencia y en los postulados de justicia contractual, tiene por objeto examinar si la configuración de la reglamentación predispuesta responde a los previos y especiales deberes contractuales que el profesional tiene de facilitar la comprensibilidad material, que no formal y gramatical, de los aspectos o elementos que definen el producto o servicio ofertado, su correcto cumplimiento y los riesgos asociados al mismo. De forma que el consumidor y usuario comprenda no solo el significado general de la contratación, sino también el alcance jurídico y económico de los compromisos asumidos.

3. La infracción de estos deberes contractuales, sin necesidad de que concurra el perjuicio o lesión para el consumidor y usuario, comportará que la cláusula afectada sea declarada abusiva».

Artículo 90 *ter* TRLGDCU (PTGPS): «Ámbito de aplicación y criterio de valoración.

1. Quedan sujetas a control de transparencia tanto las cláusulas que configuran el objeto principal del contrato, como las del resto del clausulado predispuesto²⁴².

²⁴¹ Al, en su día, comentar la STS, 1.ª P, 09.05.2013 (*supra* [25]), SÁNCHEZ MARTÍN indicaba entre sus conclusiones: «El último aspecto relevante que sugiere el tratamiento procesal de este control es si, al tener su fundamento en el artículo 4.2 de la Directiva del 93, puede ser objeto de un examen judicial de oficio cuando, en el marco de un procedimiento judicial, aflora una cláusula que define el objeto principal del contrato y de la que puede deducirse, de forma más que probable, que no ha superado el filtro de transparencia. De esta forma, se daría el mismo tratamiento que el de las cláusulas propiamente abusivas. Esta hipótesis, sin duda, eliminaría cualquier óbice de incongruencia en la Sentencia analizada [de 09.05.2013]» [*Revista del Poder Judicial* (2013) p. 60]. V. además SÁNCHEZ MARTÍN, *La Ley* (2013) pp. 5-6.

²⁴² MIRANDA SERRANO considera: «muy desafortunada la previsión contenida en la *Proposición de Ley de impulso de la transparencia en la contratación predispuesta*, recientemente presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Socialista, según la cual se propone incorporar al TRLGDCU un artículo 90 *ter* en el que se fija el ámbito de aplicación del control de transparencia en los siguientes términos: “[q]uedan sujetas a control de transparencia tanto las cláusulas que configuran el objeto principal del contrato, como las del resto del clausulado predispuesto”. Desde nuestro punto de vista [MIRANDA SERRANO], esta norma es tan desacertada que no merece más comentario que el deseo –y la esperanza– de que no llegue nunca a publicarse en el BOE (deseo –y esperanza– que hacemos extensivo a todo el texto de la *Proposición de Ley* –al menos en su actual redacción–, dado los muchos errores –técnicos y de política legislativa– en los que incurre). De lo contrario, van a introducirse en el Derecho de contratos, en general, y en el regulador de la contratación estandarizada, en particular, muchas quiebras y disfunciones difícilmente justificables en una comunidad jurídica como la nuestra, que en materia de contratación ha alcanzado un notable grado de rigor y desarrollo» (cursiva del original; p. 19); además: «la opción que menos nos convence [MIRANDA SERRANO] –al menos, si pervive en los términos actuales– es la representada por la *Proposición de Ley de impulso a la transparencia en la contratación predispuesta*. Su orientación excesivamente programática y sus desaciertos en los planos de la técnica jurídica y de la política legislativa desaconsejan que este texto sea finalmente aprobado./ Desde nuestro punto de vista [MIRANDA SERRANO], la respuesta jurídica al problema de la transparencia en la contratación celebrada a través de clausulados predispuestos ha de ser mucho más breve que la que se propone en este texto prelegislativo» (p. 67). Todas las citas de *InDret* (2017). V. *supra* nota 152 párrafo II para MIRANDA SERRANO.

2. Para el cumplimiento del deber de transparencia deberá tenerse en cuenta que el profesional haya establecido, en el iter de la relación negocial, los criterios precisos y comprensibles para que el consumidor y usuario pueda reconocer el alcance jurídico y económico del compromiso que va a asumir en la reglamentación predispuesta.

3. Dicho control de transparencia en la contratación bajo condiciones generales será de aplicación tanto en la contratación presencial, como en la contratación a distancia y electrónica».

[54] De aprobarse, la *PTGPS* también reformaría la LCGC, a la que añadiría, dentro de su Capítulo I, un nuevo artículo 6 *bis* que regularía el control de transparencia. Dado el ámbito subjetivo de aplicación de la LCGC (art. 2), el control de transparencia se aplicaría al consumidor (art. 6 *bis*, 1 y 3, LCGC) y también al *adherente empresario* (art. 6 *bis*, 1 y 2, LCGC)²⁴³. Ahora bien, «a diferencia de la contratación con consumidores [donde el control de transparencia es apreciable de oficio; arts. 6 *bis*, 1 y 3, LCGC, 90 *bis*.2 TRLGDCU, *supra* [53]], [...] su aplicación [exige] que el empresario contratante lo solicite expresamente y acredite su condición de mero adherente en la reglamentación predispuesta objeto de impugnación» (EM IV; art. 6.*bis* LCGC).

Según la EM IV de la *PTGPS*, «[c]on la extensión del control de transparencia a la contratación entre empresarios se evita, además, que la tutela que debe ser dispensada discurra indirectamente por otros cauces técnicamente no apropiados para este modo de la contratación, caso del recurso a la aplicación genérica del principio de buena fe del artículo 1258 del Código Civil, cuya aplicación, como se sabe, resulta más acorde en el marco de la integración contractual que se derive del contrato por negociación. De esta forma

²⁴³ EM III *PTGPS*: «[...] no hay argumento o razón práctica convincente para que la calidad de negociación y seguridad jurídica que reporta el control de transparencia en la contratación predispuesta con los consumidores, no resulta igualmente aplicable para todos aquellos contratantes que, en idéntica posición jurídica de los consumidores, es decir, sin posibilidades reales de negociación y con una clara inferioridad y asimetría de información sobre los productos o servicios ofertados, resulten meros adherentes de la reglamentación predispuesta por el profesional o empresario». EM IV *PTGPS*: «La modificación de este aspecto de la Ley 7/1998 [...], sede natural del control de transparencia, ha sido y es una justa y constante demanda de los pequeños y medianos empresarios que dependiendo de la imprescindible financiación para el desarrollo de su actividad económica, del necesario acceso a servicios básicos para su actividad y, en su caso, de la consecución de la obra o encargo para el mantenimiento de la empresa, han tenido que aceptar, como meros adherentes, las condiciones y reglamentaciones predispuestas por la entidad financiera, por la empresa de servicios o por el contratista principal de la obra./ Para evitar los posibles abusos en este sector de la contratación, la extensión del control de transparencia, como tutela del empresario adherente, representa también una legítima opción en pro de la calidad y seguridad de este modo de contratar con base a los mismos valores y postulados de justicia que han justificado su aplicación en el ámbito de la contratación de consumidores y usuarios».

se gana también en precisión conceptual y sistemática a la hora de aplicar la presente Ley [LCGC]».

[A] En esas últimas palabras de la EM de la *PTGPS*, posiblemente, esté *implícitamente* presente, entre otros extremos, la importante y conocida *STS, 1.ª, P, 03.06.2016* (Pte Excmo Sr D Pedro José Vela Torres; *Voto particular* del Excmo Sr D Francisco Javier Orduña Moreno) que conoció de un préstamo hipotecario con cláusula suelo celebrado entre empresarios para «financiar la adquisición de un local para la instalación de una oficina de farmacia» (el *Banco Popular* fue el prestamista; FD 1.º). En la S, el TS *rechaza* la aplicación del control de transparencia a la contratación entre empresarios porque dicho control se conecta con el juicio de abusividad y este juicio es aplicable al consumidor y *no* al empresario. Además, el legislador –*opción legislativa; no hay una laguna legal para la analogía*– ha decidido *no disponer* una modalidad *especial* de protección al empresario, más allá de remitirse a la legislación civil y mercantil y los tribunales no pueden crearla. Tras ello, el TS acude a la buena fe del artículo 1258 CC (y del art. 57 CCO) *en su función de expulsar del contrato determinadas cláusulas, así las que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente*.

Según el FD 4.º de la citada *STS, 1.ª, P, 03.06.2016*:

«3. Pero 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 de esta Sala, 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 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.

4. Ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No correspondiendo 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 de suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores».

Y según el FD 5.º de la *STS, 1.ª, P, 03.06.2016*:

«1. Establecidas las conclusiones precedentes y vista la remisión que, en relación con los contratos entre profesionales, hace la

exposición de motivos de la LCGC a las normas contractuales generales y nuestra jurisprudencia al régimen general del contrato por negociación, hemos de tener en cuenta que los artículos 1258 CC y 57 CCom establecen que [...] puede considerarse que la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, es defendible, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente. Así, el artículo 1258 CC ha sido invocado para blindar, frente a pactos sorprendentes, lo que se conoce como el *contenido natural del contrato* (las consecuencias que, conforme a la buena fe, y según las circunstancias –publicidad, actos preparatorios, etc.– se derivan de la naturaleza del contrato).

2. En esta línea, puede postularse la nulidad de determinadas cláusulas que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente [...]» [cursiva del original; en el FD 5.º 2 se mencionan los artículos 1:201 y 4:110 PECL; el apartado (2) del artículo 4:110 PECL lo transcribí *supra* nota 49 b)].²⁴⁴

La tesis, de que una de las funciones de la buena fe del artículo 1258 CC es (podría ser) la de *expulsar* del contrato la cláusula contraria a ella, fue propuesta por Miquel González en 2002. El autor afirma que el artículo 8 LCGC viene a indicar que en la contratación entre empresarios no opera un control específico de contenido de las condiciones generales, aplicándose el régimen general de todos los contratos²⁴⁵.

²⁴⁴ En cuanto al caso, el TS entiende, que «no podemos afirmar que hubiera desequilibrio o abuso de la posición contractual por [...] la prestamista. Al contrario, se ha declarado probado que hubo negociaciones intensas entre las partes y que la prestataria tuvo perfecta conciencia de la existencia y funcionalidad de la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés remuneratorio. De manera que no puede afirmarse que en este caso la condición general cuestionada comporte una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener la adherente. Ni que el comportamiento de la entidad prestamista haya sido contrario a lo previsto en los artículos 1256 y 1258 CC y 57 CCom» (FD 6.º 2).

Comparten la anterior doctrina, las *STS*, 1.ª, 20.01.2017 (FD 3.º y 4.º; Pte Excmo Sr Pedro José Vela Torres) y *STS*, 1.ª, 30.01.2017 (FD 5.º, 6.º y 7.º; Pte Excmo Sr D Pedro José Vela Torres; *Voto particular* del Excmo Sr D Francisco Javier Orduña Moreno).

²⁴⁵ MIQUEL GONZÁLEZ: «la función del precepto [del art. 8 LCGC] es precisamente dejar claro que el régimen de nulidad de las condiciones generales en los contratos entre empresarios es el general. [...] El artículo 8 [ap. 1, LCGC], pese a su apariencia de precepto inútil al remitir a las reglas generales (imperativas y prohibitivas), señala que no hay un control específico del contenido de las condiciones generales entre empresarios. La función del precepto es por tanto regular negativamente lo que debía ser el núcleo de una ley de condiciones generales. En otras palabras, el artículo 8 sí cumple una misión: hacer inútil la LCGC al privarla de un propio control de contenido, que era lo mínimo que se podía esperar de una ley de condiciones generales» [p. 433; v. pp. 430-432, si bien es

[B] Artículo 6 bis LCGC (PTGPS): «Control de transparencia.

1. Una vez las cláusulas predispuestas resulten incorporadas a las condiciones generales de la contratación de que se trate, quedarán sujetas al control de transparencia. Dicho control, aplicable de oficio por jueces y tribunales, con fundamento en las exigencias derivadas del principio general de transparencia y en los postulados de justicia contractual, tiene por objeto examinar si la configuración de la reglamentación predispuesta responde a los especiales deberes contractuales que el profesional tiene de facilitar la comprensibilidad material, que no formal y gramatical, de los aspectos o elementos que definan el producto o servicio ofertado, su correc-

una idea presente a lo largo del comentario del autor]. A MIQUEL GONZÁLEZ, la anterior decisión del legislador le resulta «sorprendente» (p. 454). Por otro lado, «[c]uestión incierta es determinar hasta dónde llegan esas reglas generales» (p. 436; v. p. 452; de interés pp. 457-459, 461-462). Y sobre el artículo 1258 CC: «[e]n mi opinión [MIQUEL GONZÁLEZ], un desarrollo jurisprudencial y doctrinal de un control de contenido de las condiciones generales debería apoyarse en el artículo 1258 CC reinterpretado más allá de una función integradora del contrato. Si la buena fe puede añadir deberes contractuales que pueden alterar las previsiones de una de las partes e imponerse en contra de su voluntad, no se ve por qué no puede suprimir pactos que cercenen las facultades, poderes y derechos que el derecho dispositivo otorgue al adherente y que correspondan a una valoración neutral de los intereses en juego en relación con el fin contractual. A una cláusula general como la del artículo 1258 debería reconocérsele una fuerza expansiva que salte los muros de las palabras que emplea. Es ahí donde radica la mejor justificación de un desarrollo jurisprudencial del control de contenido de las condiciones generales, que, a la postre, será la mejor crítica que se pueda hacer a la ley [LCGC]» (p. 464; v. además pp. 449-450); el artículo 1258 CC «tiene una función integradora del contenido contractual a la que habría que añadir, mediante su desarrollo jurisprudencial y doctrinal, una función controladora del contenido que propiamente sólo se encuentra con carácter general en el artículo 1255. Para ello sería preciso sostener [...] que del mismo modo que los contratos obligan a lo que exija la buena fe, aunque no se haya pactado, no obligan a lo pactado que no sea conforme con ella» (p. 465; y v. en general pp. 463-466). Todas las citas de «Artículo 8 LCGC» (2002).

Sobre la presente *STS, 1.ª, P. 03.06.2016* y su posición –aplicación de la regla de las cláusulas sorprendentes, con fundamento en el artículo 1258 CC, para los contratos entre empresarios–, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Indret* (2016) pp. 6, 11-18, en particular pp. 15 y 17, y para una exposición general del control de transparencia en préstamos entre empresarios (2017) pp. 134-155. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, teniendo presente a Cámara Lapuente, entiende que la vinculación del control de transparencia al control de incorporación es «solución bien argumentada al problema existente en el marco de las cláusulas suelo con empresarios, que puede tener una perfecta acogida en nuestro ordenamiento» (p. 90) y considera que lo que importa es la condición de adherente, no la de empresario o consumidor [*RDC* (2016) pp. 88-91, 97, 99-100]. MATO PACÍN, quien tiene presente la tesis de Miquel González expuesta en el anterior párrafo de esta nota 245 [«[s]uscribimos por completo la idea de Miquel» (p. 404)], apoya en la buena fe del artículo 1258 CC el control general de contenido para las condiciones generales en los contratos entre empresarios [(2017) pp. 403-448, en particular pp. 420-421, 426-429, 434, 446-448; «Esta aplicación de la buena fe del artículo 1258 CC más allá de su función integrativa es un desarrollo del Derecho *extra legem* pero *intra ius*: no supone una distorsión de nuestro Ordenamiento jurídico pues se protege al empresario adherente débil [...] recurriendo a reglas generales de obligaciones y no a un control específico como en el Derecho de consumo, que es lo que rechaza la LCGC» (p. 447, y v. p. 421)]. SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA se refiere a la «[t]esis doctrinal que propone la aplicación del control de transparencia a la contratación entre empresarios/as; [*sic*] siendo posible anclar dicho control no solo en el control de inclusión (primer filtro de claridad gramatical) sino, también en el control de transparencia cualificado (segundo filtro de transparencia real)-tesis que sostiene el voto particular de esta sentencia y que hemos defendido en varias ocasiones ya» [*CCJC* (2017) ap. II.2.

to funcionamiento y los riesgos asociados al mismo. De forma que el consumidor y usuario comprenda no solo el significado general de la contratación, sino también el alcance jurídico y económico de los compromisos asumidos.

2. La tutela dispensada por el control de transparencia, con idénticos fundamentos y deberes de configuración negocial, podrá extenderse a la contratación entre empresarios. En este caso, el empresario adherente deberá solicitar judicialmente su aplicación y acreditar el carácter predispuesto del clausulado objeto de impugnación.

3. La aplicación del control de transparencia se realizará de acuerdo con el régimen normativo previsto en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre».

[55] Por último, la *PTGPS* extiende el control de transparencia al contrato de seguro, incorporando un nuevo artículo 3 *bis* a la Ley del contrato de seguro²⁴⁶ (v. EM V). Y asimismo la *PTGPS* extiende dicho control de transparencia al cliente minorista de productos y servicios financieros en el mercado de valores²⁴⁷, mediante el que sería un nuevo artículo 224 *bis* del Texto Refundido de la Ley del mercado

²⁴⁶ Artículo 3 *bis* LCS (*PTGPS*): «Control de transparencia./ 1. Las condiciones generales no podrán tener carácter abusivo para los asegurados./ 2. Con base al principio general de transparencia, al contrato de seguro le será aplicable el régimen normativo del control de transparencia previsto para la contratación predispuesta por el profesional con consumidores y usuarios./ 3. Sin perjuicio de los requisitos formales y los deberes de claridad y precisión contemplados en el artículo precedente, el control de transparencia tiene por objeto, principalmente, examinar si la reglamentación predispuesta por el asegurador facilita la comprensión material, que no formal y gramatical, del contenido de las cláusulas delimitadoras del riesgo y de las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado. De forma que éste pueda comprender no solo el significado general de la contratación, sino también el alcance jurídico y económico que se deriva de los compromisos asumidos./ 4. Las aseguradoras, en aras al cumplimiento de estos especiales deberes de configuración negocial, podrán incluir en la contratación del seguro los protocolos o instrumentos de transparencia que favorezcan la comprensibilidad real del asegurado en los términos expuestos».

²⁴⁷ EM VI de la *PTGPS*: «[...] al igual que sucede en los otros ámbito de contratación señalados [contratación entre empresarios, y contrato de seguro], que estos deberes que incumben a las entidades que prestan servicios de inversión [arts. 213, 214 del *Real Decreto Legislativo 4/2015*, test de idoneidad y de conveniencia] orbitan, necesariamente, alrededor del principio de transparencia, es decir, de la obligación de la entidad financiera de ofrecer la información del producto financiero de forma “comprensible y adecuada” al cliente. De ahí también la justificación de la extensión del control de transparencia a este sector de nuestro sistema financiero, pues el plus de protección que otorga este control queda íntimamente ligado a la finalidad última que justifica estos deberes de información, cual es que el profesional facilite la “comprensibilidad material” de los aspectos o elementos que caracterizan el funcionamiento del producto financiero, así como de los concretos riesgos asociados al mismo. De forma que el cliente minorista, fuera de una concepción formal o documental de estos deberes, comprenda no solo su significado general de lo que contrata, sino también el alcance jurídico y económico de los compromisos asumidos. Todo ello en beneficio no exclusivamente de los clientes, sino también del incremento de la calidad de negociación y seguridad jurídica de este sector del sistema financiero».

de valores (TRLMV; Real Decreto Legislativo 4/2015, 23.10)²⁴⁸. Según la EM VI de la *PTGPS*, «[d]icho artículo [224 bis TRLMU], además, resulta compatible con el ejercicio de la acción anulabilidad por error vicio en el consentimiento prestado que, en su caso, quiera ejercitar el cliente minorista. A su vez, la extensión del control de transparencia, permite un régimen de ineficacia más preciso y funcional, pues solo afecta a la cláusula declarada abusiva y no a la validez del contrato celebrado, a diferencia del error vicio en el consentimiento que comporta la nulidad del mismo»²⁴⁹.

²⁴⁸ Artículo 224 bis del *Real Decreto Legislativo 4/2015* (Sección 4.ª Deberes de información y control de transparencia) (*PTPSOE*): «1. Los deberes de actuación y de información contemplados en la sección 2.ª del presente capítulo tienen su fundamento de aplicación en el principio general de transparencia./ 2. A las entidades financieras, con base en dicho principio general, en la comercialización de productos financieros y prestación de servicios de inversión a clientes minoristas, les será de aplicación el régimen normativo de control de transparencia previsto para la contratación predispuesta por el profesional con consumidores y usuarios./ 3. Dicho control, que deberá ser solicitado judicialmente por el cliente minorista, tiene por objeto, principalmente, examinar si la información suministrada por la entidad financiera facilita la comprensibilidad material, que no formal y gramatical, del correcto funcionamiento y de los concretos riesgos asociados a los productos y servicios financieros objeto de contratación. De forma que el cliente minorista pueda comprender no sólo su significado general, sino también el alcance jurídico y económico de los compromisos que asume./ 4. Las entidades financieras, en aras al cumplimiento de estos especiales deberes de configuración negocial, podrán incluir en la contratación de los productos financieros los protocolos o instrumentos de transparencia que favorezcan la comprensión real y adecuada del cliente minorista en los términos expuestos./ 5. Las condiciones y cláusulas cuya información no se ajuste al principio de transparencia serán declaradas abusivas, siéndoles de aplicación el régimen de ineficacia contractual previsto para la contratación predispuesta por el profesional con consumidores y usuarios».

²⁴⁹ Como es conocido, el TS ha estimado (jurisprudencia asentada) la anulación, ejercitada por el cliente minorista con fundamento en el error vicio (art. 1266 CC), de contratos de productos y servicios financieros complejos [v. por ejemplo, FENYO PICÓN, *ADC* (2017) [214]-[216] pp. 661-668]. ORDUÑA MORENO, conocedor de dicha jurisprudencia (p. 190, v. hasta p. 193), propone un sistema de solución alternativo «que articula una protección del cliente de carácter más objetivo y sustentada conceptualmente no en un mero plano procesal de la inversión de la carga de la prueba [en relación con el error vicio], sino en el plano sustantivo de la nulidad derivada por la contravención de las normas imperativas que la legislación sectorial establece al respecto (artículo 78 y siguientes de la LMV, desarrollados por el Real Decreto 217/2008); especialmente en orden al necesario cumplimiento de los deberes de información a cargo de las entidades bancarias en el marco de la consideración de estos productos y servicios financieros, y de su ajuste, en última instancia, con los deberes de transparencia real que deben considerarse implícitos en los deberes generales de información de las entidades bancarias» (p. 193; en pp. 194-198). El autor hace un ensayo de ese sistema alternativo, en donde se constata su disfavor para la solución del error vicio, y tras ello advierte: «obsérvese como la propia doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo, cuando aplica estos deberes de información sobre el plano del error vicio del contrato, fuera del tratamiento propio de la excusabilidad del error en el contrato por negociación [sobre la distinción de ORDUÑA MORENO entre la contratación seriada y la contratación por negociación, *supra* [23]], atiende, en realidad, a los criterios de transparencia real, esto es, si la cláusula, al margen de su inteligibilidad formal a la hora de explicar el funcionamiento operativo incorporado, proyectó los concretos riesgos que asumía el contratante, es decir, si se acompañaba a dicha inteligibilidad formal los criterios precisos y comprensibles para que el contratante pudiera evaluar los riesgos reales que asumía. Casos, entre otros, de la nulidad por error vicio en la contratación de Swap, en donde se valora principalmente el conocimiento real del contratante acerca de la cuantía del coste que para él supone la

5.2 LA FUNCIÓN DEL NOTARIO Y LA TRANSPARENCIA EN EL *PLCCI*

[56] Al igual que hice con la *PTGPS*, la EM del *PLCCI* me permite explicar lo que de este último me interesa: esto es, la función que al notario se le asigna en la comprobación del cumplimiento de la transparencia material. Qué papel desempeña el Notario, a propósito de la transparencia exigida al predisponente en el préstamo hipotecario, es algo sobre lo que el TS se ha pronunciado en diversas ocasiones [*supra* [27], [30] a), [38], [44] y nota 220 a)].

[57] Con carácter general, el *PLCCI* tiene un objetivo «doble. Por un lado, [...] incorpora parcialmente al ordenamiento jurídico español el régimen de protección previsto en la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) núm. 1093/2010» (EM II; v. DF 10.^a *PLCCI*)²⁵⁰ –transposición cuya fecha límite era la de 21.03.2016 (art. 42 Dir 2014/17/UE)– y, «[p]or otro lado, se introducen una serie de previsiones cuya la [*sic*] finalidad es potenciar la seguridad jurídica, la transparencia y el equilibrio entre las partes en los contratos de préstamo o crédito con garantía inmobiliaria» (EM II). El *PLCCI* se aplica a los consumidores, de conformidad con la Directiva 2014/17/UE, aunque se ha considerado «necesario que la legislación nacional vaya más allá de esta previsión y extender su régimen jurídico a todas las personas físicas, con independencia de que sean o no consumidores» (EM III)²⁵¹.

[58] Uno de los «aspectos diferenciados» que el *PLCCI* regula consiste en la disposición de «normas de transparencia y de con-

cancelación anticipada de dicho producto financiero, así como la comprensión del verdadero funcionamiento de la figura, que no opera como un mecanismo tradicional de cobertura del riesgo, sino con base [*sic*; en] la fluctuación de tipos de interés contrapuestos». Todas las citas de (2016).

²⁵⁰ Para una visión general de la Directiva 2014/17/UE [DOUE L 60, 28.02.2014], DÍAZ ALABART/ÁLVAREZ MORENO (2015) pp. 13-41, 46-52; también (visión general y antecedentes de la Directiva 2014/17/UE), ARROYO AMAYUELAS, *InDret* (2017) pp. 4-31, quien además informa sobre un anteproyecto de julio de 2016 y otro anteproyecto de marzo de 2017 de transposición de la Directiva 2014/17/UE al Derecho español (pp. 31-36); v. además PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017) pp. 76-87.

²⁵¹ El texto de la EM III continúa: «Esta ampliación de la esfera subjetiva de protección de la Ley frente a la Directiva sigue la línea tradicional de nuestro ordenamiento jurídico de ampliar el ámbito de protección a colectivos como los trabajadores autónomos. Así se configura el ámbito de aplicación de la vigente normativa de transparencia en materia de créditos hipotecarios que se regula en el capítulo II del Título III de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios». Para dicha Orden, *supra* nota 175 párrafo II.

ducta que imponen obligaciones a los operadores, complementando y mejorando en el nivel legal el actual marco existente de la referida Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre y la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamo o crédito» (EM III)²⁵². El Capítulo II del *PLCCI* «establece las normas de transparencia y de conducta» del prestamista y «[e]n este sentido, la Ley [*PLCCI*] contribuye a la implantación de un mercado único europeo más transparente, competitivo y homogéneo, con contratos de crédito que afecten a bienes inmuebles más equitativos y que aseguran un elevado nivel de protección a las personas físicas que obtienen financiación» (EM IV). Dicho Capítulo II del *PLCCI* consta de tres Secciones, interesando la Sección 1.^a. En la EM IV se indica, que «[e]ntre los aspectos más novedosos de la Ley se establece una regulación detallada de la fase precontractual [...] [y] se ha optado por ir más allá de la estricta transposición de la Directiva 2014/17 con el objetivo de garantizar que el prestatario tenga a su disposición la información necesaria para que pueda comprender en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar y [...] se pueda considerar cumplido el principio de transparencia en su vertiente material» (v. arts. 4 a 13).

[59] *Por lo que respecta a las funciones del notario, el PLCCI le atribuye «la [...] de asesorar imparcialmente al prestatario, aclarando todas aquellas dudas que le pudiera suscitar el contrato, y de comprobar que tanto los plazos como los demás requisitos que permiten considerar cumplido el citado principio de transparencia material, especialmente los relacionados con las cláusulas contractuales de mayor complejidad o relevancia en el contrato, concurren al tiempo de autorizar en escritura pública el contrato de préstamo o crédito hipotecario./ De este modo, se constituirá prueba en beneficio de ambas partes –prestamista y prestatario– de que el primero ha cumplido con su obligación de entregar en los plazos previstos dicha documentación y el segundo podrá ejercer el derecho, que presupone también la existencia de un deber, a conocer las consecuencias de aquello a que se obliga» (EM IV). El extenso artículo 13 *PLCCI* es el que preceptúa las oportunas normas jurídicas para el notario, en coordinación con el también extenso artículo 12.1 *PLCCI*.*

En síntesis, según el artículo 13.1 PLCCI, el prestatario ha de comparecer ante el notario, que elija, para obtener presencialmente el asesoramiento descrito en el resto de apartados de dicho artículo

²⁵² Para la Orden EHA/2899/2011, *supra* nota 175 párrafo II. El texto de la EM III continúa: «En segundo lugar, [el *PLCCI*] regula el régimen jurídico de los intermediarios de crédito inmobiliario y los prestamistas inmobiliarios. Finalmente, [el *PLCCI*] establece el régimen sancionador para los incumplimientos de las obligaciones contenidas en la Ley».

13 PLCC. El notario, además, *verificará* la documentación acreditativa de que el prestamista, intermediario de crédito, o su representante, han cumplido los requisitos que el artículo 12.1 PLCCI exige, y acreditado ello, en un *acta notarial previa a la formalización del préstamo hipotecario* hará constar que se cumplieron: a) los plazos legales de puesta a disposición del prestatario de los documentos indicados en el artículo 12.1 PLCCI; b) las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento que el notario prestó (ejemplos de aplicación práctica de cláusulas financieras, en especial sobre tipos de interés, sobre instrumentos de cobertura de riesgos financieros); c) la información individualizada sobre cláusulas específicas de la FEIN y de la FIAE, además de que el prestatario respondió a un test, en presencia del notario, cuyo fin es concretar la documentación entregada e información suministrada; d) la manifestación manuscrita y firmada del prestatario declarando que recibió, con una antelación mínima de siete días, los documentos indicados en el artículo 12.1 PLCCI, y que comprende y acepta su contenido, y que entiende los riesgos jurídicos y económicos de la operación²⁵³ (art. 13.2 PLCCI). Como muy tarde, el prestatario comparecerá ante el notario el día anterior a la autorización de la escritura pública de préstamo para que aquél pueda extender el acta

²⁵³ A mayo de 2017, FERNÁNDEZ SELIÓ: «Al intentar normativizar el principio de transparencia parece que el legislador español pretende resucitar al Minotauro, es decir, parece que pretende pautar de nuevo formalmente el modo en el que se comprobará que una cláusula ha sido incorporada al contrato de modo transparente./ Para cumplir ese objetivo el Anteproyecto [de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario] en el artículo 6, titulado *comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material*, establece que cuando el prestatario acude al notario para formalizar el préstamo en el acta notarial habrá de constatarse “*la manifestación manuscrita y firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido, con una antelación mínima de siete días, los documentos descritos en el artículo 5.1, así como que comprende y acepta su contenido*”./ Esta fórmula supone la resurrección del Minotauro ya que no se trata de una norma sobre control de transparencia, sino la preconstitución de un instrumento de prueba a favor del prestatario, que es la parte que dispone ya de suyo de una posición más fuerte, preconfigura a su favor un medio de prueba que evite o diluya el control de transparencia: Si se constata la existencia de ese ritual manuscrito se entenderá que las cláusulas se han incorporado al contrato de modo transparente. El Tribunal Supremo había derrotado al Minotauro afirmando en 2013 que “*no existen medios tasados para obtener el resultado: un consumidor perfectamente informado*”. El legislador cuatro años después introduce ese medio tasado: la manifestación manuscrita./ No sólo introduce una fórmula rígida de preconstitución de prueba, sino que además se traslada el [*sic*; al] notario ese control, de manera que, en el último trámite del contrato, cuando el prestatario ya ha tomado la decisión firme de contratar, se verifican y convalidan todas las exigencias de información transparente que se tuvieron que realizar en las fases previas de la contratación./ En la época de la informatización de la vida cotidiana, en los tiempos de la tecnificación casi absoluta, resulta que una fórmula manuscrita puede tener el efecto *mágico* de acreditar que el prestatario recibió información suficiente sobre las consecuencias económicas de todas y cada una de las cláusulas incluidas en el contrato de préstamo o crédito./ Se alteran las normas sobre carga de la prueba ya que el redactado de la futura norma determinará que se presuman incorporadas de modo transparente aquellas cláusulas en las que conste esa manifestación manuscrita a la que se refiere el artículo 6.2.b) del Anteproyecto» [cursiva del original; *Actualidad Civil* (2017) pp. 7-8].

(art. 13.3 *PLCCI*). Si no se acreditó documentalmente el cumplimiento de las obligaciones del artículo 12.1 *PLCCI*, en tiempo y forma, o si el prestatario no compareció en plazo para recibir el asesoramiento, el notario lo expresará en el acta y no podrá autorizar la escritura pública de préstamo (art. 13.4 *PLCCI*). «*[E]l contenido del acta se presumirá veraz e íntegro, y hará prueba del asesoramiento prestado por el notario y de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos, a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material*» (cursiva mía; art. 13.5 *PLCCI*). Por último, en la escritura pública de préstamo, el notario insertará una reseña identificativa del acta, expresando en la misma el conjunto de datos que se le indican (art. 13.6 *PLCCI*), y el acta no generará conste arancelario para el prestamista (art. 13.7 *PLCCI*). La DD única del *PLCCI* deroga el artículo 6 de la Ley 1/2013, 14.05, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (Ley 1/2013)²⁵⁴. Y más allá de lo anterior, la DF 6.^a *PLCCI* da nueva redacción al artículo 84 *TRLGDCU*²⁵⁵.

²⁵⁴ BOE núm. 116, 15.05.2013. Artículo 6 Ley 1/2013: «Fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios./ 1. En la contratación de préstamos hipotecarios a los que se refiere el apartado siguiente se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato./ 2. Los contratos que requerirán la citada expresión manuscrita serán aquellos que se suscriban con un prestatario, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias:/ a) que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza;/ b) que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o bien;/ c) que se concedan en una o varias divisas». Según la EM de la Ley 1/2013: «Además, se faculta expresamente al Notario para que advierta a las partes de que alguna cláusula del contrato puede ser abusiva. Dichas modificaciones se adoptan como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto por el que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993» (asunto *Aziz*). V. la nota inmediatamente anterior a esta. V. *supra* nota 175 párrafo II, la consideración de PERTÍÑEZ VÍLCHEZ.

²⁵⁵ Artículo 84 *TRLGDCU* según redacción de la DF 6.^a *PLCCI*: «Autorización e inscripción de cláusulas declaradas abusivas./ Los notarios y los registradores de la propiedad y mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas *que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o hubieran sido declaradas nulas por abusivas en sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia* o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación» (la cursiva serían dos expresos legales supuestos de hecho, comparando con el vigente artículo 84 *TRLGDCU* transcrito *infra* nota 343). Sobre el supuesto de la contradicción a norma imperativa o prohibitiva, v. RDGRN 01.10.2010 y por ejemplo CARBALLO FIDALGO (2013) pp.278-279.

Artículo 13 *PLCCI*: «Comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material.

1. Sin perjuicio de las explicaciones adecuadas que el prestamista, el intermediario de crédito o su representante, en su caso, debe facilitar al prestatario, durante el plazo previsto en el artículo 12.1, el prestatario habrá de comparecer ante el notario por él elegido a efectos de obtener presencialmente el asesoramiento descrito en los siguientes apartados.

2. El notario verificará la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 12.1. En caso de que quede acreditado su cumplimiento hará constar en un acta notarial previa a la formalización del préstamo hipotecario:

a) El cumplimiento de los plazos legalmente previstos de puesta a disposición del prestatario de los documentos descritos en el artículo 12.1.

b) Las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado por el notario. A este respecto deberán recogerse las pruebas realizadas por el prestatario de entendimiento de diversos ejemplos de aplicación práctica de las cláusulas financieras, en diversos escenarios de coyuntura económica, en especial de las relativas a tipos de interés y en su caso de los instrumentos de cobertura de riesgos financieros suscritos con ocasión del préstamo.

c) En todo caso, el notario deberá informar individualizadamente haciéndolo constar en el acta, que ha prestado asesoramiento relativo a las cláusulas específicas recogidas en la FEIN y en la FIAE, de manera individualizada y con referencia expresa a cada una, sin que sea suficiente una afirmación genérica. Igualmente, y en presencia del notario, el prestatario responderá a un test que tendrá por objeto concretar la documentación entregada y la información suministrada.

d) La manifestación manuscrita y firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido, con una antelación mínima de siete días, los documentos descritos en el artículo 12.1, así como que comprende y acepta su contenido y que entiende los riesgos jurídicos y económicos de la operación.

3. El prestatario deberá comparecer ante el notario, para que este pueda extender el acta, como tarde el día anterior al de la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo.

4. Si no quedara acreditado documentalmente el cumplimiento en tiempo y forma de las obligaciones previstas en el artículo 12.1 o si no compareciese para recibir el asesoramiento en el plazo señalado en el apartado 3, el notario expresará en el acta esta circunstancia. En este caso, no podrá autorizarse la escritura pública de préstamo.

5. Conforme al artículo 17 bis apartado 2.b) de la Ley del Notariado y el artículo 319 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el contenido del acta se presumirá veraz e

íntegro, y hará prueba del asesoramiento prestado por el notario y de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos, a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material.

6. En la escritura pública de préstamo el notario autorizante insertará una reseña identificativa del acta a la que se refieren los apartados anteriores.

En dicha reseña se expresará el número de protocolo, notario autorizante y su fecha de autorización, así como la afirmación del notario bajo su responsabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en este artículo.

7. El acta donde conste la entrega y asesoramiento imparcial al prestatario no generará coste arancelario alguno». [Cfr. arts. 29 y 30 *Orden EHA/2899/2011 infra*, nota 341, b)].

Artículo 12 *PLCCI*: «Normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios.

1. El prestamista, intermediario de crédito o su representante designado, en su caso, deberá entregar al prestatario o potencial prestatario, con una antelación mínima de siete días naturales respecto al momento de la firma del contrato, la siguiente documentación:

a) la FEIN, que tendrá la consideración de oferta vinculante para la entidad durante el plazo pactado hasta la firma del contrato que, como mínimo, deberá ser de siete días.

b) una Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) en la que se informará al prestatario o potencial prestatario de la existencia de las cláusulas o elementos relevantes, debiendo incluir, al menos, una referencia, en su caso, a los índices oficiales de referencia utilizados para fijar el *[sic]* tipos de interés aplicable, a la existencia de límites mínimos en el tipo de interés aplicable como consecuencia de la variación a la baja de los índices o tipos de interés en los que aquél esté referenciado, a la posibilidad de que se produzca el vencimiento anticipado del préstamo como consecuencia del impago y los gastos derivados de ello, a la distribución de los gastos asociados a la concesión del préstamo y que se trata de un préstamo en moneda extranjera.

c) en caso de tratarse de un préstamo a tipo de interés variable, de un documento separado con una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el prestatario en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés.

d) una copia del proyecto de contrato, cuyo contenido deberá ajustarse al contenido de los documentos referidos en las letras anteriores e incluirá, de forma desglosada, la totalidad de los gastos asociados a la firma del contrato, especificando los gastos estimados que corresponden al arancel notarial, a los derechos registrales, al impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados y a los costes de labores de gestoría.

e) cuando el prestamista, intermediario de crédito o su representante, en su caso, requiera al prestatario la suscripción de una póliza de seguro en garantía del cumplimiento de las obligaciones del contrato de préstamo, así como la suscripción de un seguro de daños respecto del inmueble objeto de hipoteca y del resto de seguros previstos en la normativa del mercado hipotecario, deberá entregar al prestatario por escrito las condiciones de las garantías del seguro que exige.

f) cuando esté previsto que el préstamo se formalice en escritura pública, la advertencia al prestatario de la obligación de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario que elija el prestatario para la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo, sobre el contenido y las consecuencias de la información contenida en la documentación que se entrega conforme a este apartado.

Esta documentación deberá remitirse también al notario elegido por el prestatario a los efectos de lo dispuesto en el artículo siguiente. La remisión de la documentación se realizará por medios telemáticos a través de la interconexión de las plataformas de los prestamistas y del Consejo General del Notariado»²⁵⁶.

6. CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA EXIGENCIA, AL PREDISPONENTE, DE LA TRANSPARENCIA SOBRE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO, FRENTE AL CONSUMIDOR

[60] En el apartado 3 del trabajo expuse las distintas tesis de un conjunto de autores, explicando cómo entienden qué han de controlarse, para el Derecho español, los elementos esenciales del contrato (el objeto principal) cuando los mismos *no fueron transparentes*, habiéndose celebrado el contrato entre un predisponente empresario y un adherente consumidor²⁵⁷. Conscientemente, el criterio, que

²⁵⁶ El artículo 12 *PLCCI* continúa: «2. Solo podrán repercutirse gastos o percibirse comisiones por servicios relacionados con los préstamos que hayan sido solicitados en firme o aceptados expresamente por un prestatario o prestatario potencial y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos que puedan acreditarse./ 3. Si se pactase una comisión de apertura, la misma se devengará una sola vez y englobará la totalidad de los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo. En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo./ 4. Sin perjuicio de la libertad contractual, podrán ser aplicados por los prestamistas los índices o tipos de interés de referencia que publique el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad por sí o a través del Banco de España, conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito».

²⁵⁷ *Supra* [12]-[23]. Así acoté la temática de mi trabajo *supra* [1], si bien también me he referido, incidentalmente, a la transparencia de los elementos esenciales del contrato celebrado con condiciones generales, siendo empresario el predisponente y consumidor el adherente, *supra* [54] [A].

para la clasificación empleé, fue uno amplio, en el sentido de que procedí a una *caracterización básica y genérica* en el título del correspondiente apartado (*supra* 3.1, 3.2, etc.) a fin ubicar y discernir la posición de cada autor, en un global panorama doctrinal.

Y así, para un *conjunto de autores* existe un *independiente control de transparencia* del objeto principal del contrato. He ubicado aquí, cada uno con sus propias particularidades y alcance explicativo, a Miquel González²⁵⁸, a Pertíñez Vílchez²⁵⁹, a Moreno García²⁶⁰, a Ana Cañizares²⁶¹ y a Vázquez Muiña²⁶². Si resulta que el predisponente *incumple* su deber de transparencia, surge la cuestión de si ello supone la *directa o automática* abusividad de la cláusula contractual (Vázquez Muiña²⁶³) o hay que *proceder a valorar y decidir* sobre su posible abusividad (Pertíñez Vílchez²⁶⁴, Moreno García²⁶⁵, Cañizares Laso²⁶⁶). Tiene razón esta última autora, cuando apunta que «aquí quizá resida la mayor complicación»²⁶⁷.

Otros autores, en cambio, consideran que la comprobación del cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia en el objeto principal del contrato ha de realizarse *en el control de incorporación* de las condiciones generales. Así, Cámara Lapuente²⁶⁸ y González Pakanowska²⁶⁹. Llegado este punto, conviene resaltar la incidencia de la Dir 93/13/CEE y de su interpretación en el Derecho español (Derecho interno, nacional). Como presupuesto previo a su posición, Cámara Lapuente destaca que la Dir 93/13/CEE no dispuso cuáles eran los efectos del incumplimiento del deber de transparencia, lo que apoya en ciertos autores (Ebers, Armbrüster), en el DCFR y en el *Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, correspondiendo a los Derechos nacionales decidir cuál es el efecto, o cuáles son los efectos, del incumplimiento, por parte del predisponente, de la exigencia de transparencia –y ciertamente los datos del DCFR, y del citado *Informe* sobre el art. 5 Dir 93/13/CEE (transparencia), que he con-

²⁵⁸ *Supra* [12].

²⁵⁹ *Supra* [13].

²⁶⁰ *Supra* [14].

²⁶¹ *Supra* [15].

²⁶² *Supra* [16].

²⁶³ *Supra* [16].

²⁶⁴ *Supra* [13].

²⁶⁵ *Supra* [14].

²⁶⁶ *Supra* [15].

²⁶⁷ *Supra* [15].

²⁶⁸ *Supra* [17].

²⁶⁹ *Supra* [18].

sultado, apoyan sus afirmaciones—²⁷⁰. Pero la anterior interpretación contradice la que Pertíñez Vílchez hace del artículo 4.2 Dir 93/13/CEE, quien entiende que el propio artículo 4.2 Dir 93/13/CEE asocia el incumplimiento de la transparencia con el control de abusividad²⁷¹. A lo anterior ha de añadirse, que el TJ ha asociado la infracción de la transparencia sobre el objeto principal del contrato (art. 4.2 Dir 93/13/CEE) con el control de abusividad (art. 3.1 Dir 93/13/CEE) en las *STJ, Gran Sala, 21.12.2016 (Gutiérrez Naranjo, Palacios Martínez y Banco Popular Español), STJ, Sala 1.ª, 26.01.2017 (Banco Primus) y STJ, Sala 2.ª, 20.09.2017 (Andriciu)*²⁷², asociación que, a propósito de la STJ citada en primer lugar—*Gutiérrez Naranjo, Palacios Martínez y Banco Popular Español*— ha criticado Cámara Lapuente. Cámara Lapuente considera que pudiera ser que el TJ se hubiera extralimitado en sus funciones, y entiende que en la interpretación del TJ sobre la Dir 93/13/CEE está influyendo el Derecho alemán²⁷³. Esto es, que hay una *relectura* de la Dir 93/13/CEE, hecha con el prisma del Derecho alemán *posterior* a la Dir 93/13/CEE —mediante el § 307 BGB²⁷⁴— y ello por la formación alemana de algunos abogados generales y magistrados del TJ²⁷⁵.

Un *tercer sector doctrinal* (Alfaro Águila-Real²⁷⁶, Pantaleón Prieto²⁷⁷), bajo el *presupuesto* de que la Dir 93/13/CEE no ha dispuesto los efectos del incumplimiento del deber de transparencia en relación con el objeto principal del contrato²⁷⁸, encauzan dicho incumplimiento *al dolo incidental (del predisponente) contemplado en el artículo 1270.II CC* (figura esta flexible en cuanto a sus efectos jurídicos). Se está ante un problema de consentimiento viciado del consumidor, con causa en la conducta desplegada por el

²⁷⁰ *Supra* [17] y en particular las notas 121, 122; en relación al DCFR y la *Nota 5 de Derecho comparado* del artículo II.-9:402 DCFR, *supra* nota 49 a). Para el artículo 5 Dir 93/13/CEE, *supra* [3] y nota 7.

²⁷¹ *Supra* [13]. Como expuse, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ llega a reformular el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE como sigue: «siempre que las cláusulas relativas al objeto del contrato o al precio no sean redactadas de manera clara y comprensible, debe procederse a la valoración de su carácter abusivo». Para el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE, *supra* [3] y nota 6.

²⁷² *Supra* [10] k).

²⁷³ *Supra* [10] k) en caja más pequeña.

²⁷⁴ *Supra* [5]; v. además [4].

²⁷⁵ *Supra* [10] k) en caja más pequeña.

²⁷⁶ *Supra* [19].

²⁷⁷ *Supra* [20].

²⁷⁸ Indiqué que ALFARO ÁGUILA-REAL señala, entre otros extremos, que «según ha estudiado en detalle Cámara, el legislador europeo dejó la cuestión del tipo de ineficacia de las cláusulas predisuestas en mano de los derechos nacionales» (*supra* [19]); y para PANTALEÓN PRIETO, que «no hay base para afirmar» que sus tesis contradicen al artículo 4.2 Dir 93/13/CEE, «[d]iga lo que diga el TJUE (caso de que se sepa realmente lo que dice al respecto)», pues «dicho artículo no se pronuncia en modo alguno sobre la consecuencia jurídica de la falta de transparencia: no impone que sea, necesariamente, la establecida en el artículo 6 [Dir 93/13/CEE] para las condiciones generales abusivas» [...] (*supra* [20]).

predisponente, y para su solución, dichos autores acuden a la normativa del Código civil.

Otro *cuarto sector doctrinal* considera que la solución, al problema del que trato, se encuentra en la figura de las *cláusulas sorprendentes o sorpresivas* (Agüero Ortiz, Miranda Serrano). Como es conocido, la figura de las cláusulas sorprendentes o sorpresivas no fue finalmente incluida en la LCGC²⁷⁹ y es de reconocimiento doctrinal. En relación con el control de transparencia, Agüero Ortiz considera que «[e]s el antiguo problema de las “cláusulas sorprendentes” cuya resolución se produce mediante el error vicio esencial-parcial»²⁸⁰. Para Miranda Serrano, el control de transparencia «es posible residenciarlo en la *regla prohibitiva de las cláusulas sorprendentes*» (cursiva del original)²⁸¹.

Finalmente, dediqué un específico apartado a Orduña Moreno²⁸², por su condición de Magistrado del TS y participación como Ponente en relevantes SSTS para la temática objeto del trabajo. Orduña Moreno apoya su tesis en la STS, 1.ª, 18.06.2012²⁸³, a la que califica de «verdadero germen delimitador de la figura y de los posteriores desarrollos, particularmente de la STS de 8 de septiembre de 2014²⁸⁴ [...] y de la [...] STS 2 de diciembre de 2014²⁸⁵», sentencias todas las cuales fue su Ponente²⁸⁶. Para Orduña Moreno, dentro

²⁷⁹ *Supra* [22] y nota 152 párrafo I. En cambio, algunos textos jurídicos prelegislativos sí regulan las cláusulas sorprendentes o sorpresivas en los contratos con condiciones generales: artículo 430-3.2 del *Anteproyecto de Código Mercantil*, artículo 1261.3 PMCC, y artículo 525-6.5 PCCAPDC (*supra* nota 151).

²⁸⁰ *Supra* [21]; hay modificación sorpresiva de los elementos esenciales del contrato tal y como los contratantes se los representaron; en la cláusula suelo, el consumidor.

²⁸¹ *Supra* [22]; «merecen denominarse sorprendentes las estipulaciones relativas al objeto principal o parte económica del contrato (precio y prestación) que, de conformidad con las circunstancias y, en especial, con el tipo o naturaleza del contrato celebrado y su contexto, resultan tan insólitas o inesperadas para el adherente que producen el efecto de contravenir de forma manifiesta las legítimas y razonables expectativas que dicho sujeto se había forjado a la hora de decidirse a celebrar el contrato con el predisponente»; MIRANDA SERRANO considera que son indicios de la prohibición de las cláusulas sorprendentes la interpretación del TS del artículo 3 LCS, y el artículo 61 TRLGDCU, si bien su fundamento último serían los artículos 1258 CC y 61 TRLGDCU, y para los contratos entre empresarios, los artículos 1258 CC y 57 CCO (*supra* nota 152 párrafo I, y v. [22]).

²⁸² *Supra* [23].

²⁸³ *Supra* [7] a).

²⁸⁴ *Supra* [26]-[27] para el Pleno.

²⁸⁵ *Supra* [23] y nota 164 párrafo II.

²⁸⁶ También MARTÍN SÁNCHEZ destaca la importancia de la STS, 1.ª, 18.06.2012 para el control de transparencia sobre el objeto principal, y también menciona a la STS, 1.ª, 11.04.2013 por su alusión al control de transparencia [*supra* notas 164 párrafo I y 30 b), [25] f) en caja más pequeña]. MARTÍN SÁNCHEZ es Magistrado Letrado del Gabinete Técnico del TS y ha escrito la *Parte Segunda* de la obra *Control de transparencia y contratación bancaria, Régimen de aplicación y doctrina jurisprudencial aplicable* (2016). El autor de la *Parte Primera* de esa obra es ORDUÑA MORENO, quien, además, indica las características de dicha obra y finalidad (*supra* nota 160).

de la *contratación seriada* –auténtico modo de contratar²⁸⁷– el *pre-disponente* tiene unos especiales deberes de configuración contractual en relación con el equilibrio prestacional y con la *comprensibilidad real* de las condiciones generales (transparencia), y el control de transparencia «forma parte integrante del control de abusividad». Conocedor de la doctrina alemana, Orduña Moreno, ante la no transparencia, es partidario de la abusividad directa, pues con la transparencia no solo se tutela el específico interés del consumidor (la cláusula le es perjudicial), sino que se protege «con mayor claridad en el control de transparencia, el interés general de suprimir del tráfico patrimonial seriado todas aquellas cláusulas que resulten contrarias a la transparencia debida, protegiéndose la calidad de la negociación y la correcta competencia entre las empresas»²⁸⁸. Y ciertamente, es importante que las condiciones generales no transparentes sean expulsadas del mercado (acción colectiva). Por cómo Orduña Moreno construye y concibe el control de transparencia, dicho autor *no sitúa el mismo como un problema de consentimiento del consumidor*, y de ahí, que el control de transparencia opere al margen de la figura del error vicio regulado por el Código civil²⁸⁹.

La anterior síntesis sobre las distintas tesis doctrinales muestra la existencia, en la *doctrina científica española*, de una pluralidad de entendimientos y soluciones jurídicas, argumentadas, acerca de cuál sea el tratamiento jurídicamente correcto, para controlar los elementos esenciales (objeto principal) en los contratos celebrados con condiciones generales por el empresario (predisponente) con el consumidor (adherente). *Procediendo a una caracterización simplemente aproximativa*, puede decirse que *unas tesis* enfocan su solución más desde el lado del predisponente –este debe cumplir con la transparencia– y *otras* lo enfocan más sobre el efecto que al consumidor produce que el predisponente haya incumplido la transparencia –la incidencia que ello tiene en el consentimiento del consumidor a propósito de su decisión de contratar–.

[61] Frente a la expuesta doctrina científica, *¿cómo funciona la práctica?* Concretamente, *¿qué solución acoge el TS*, y *cómo la ha ido construyendo en el tiempo?* *Conviene separar e ir destacado ideas y problemas* (pluralidad de cuestiones). *Conviene apuntar que el TS ha evolucionado e ido perfilando su jurisprudencia. Y conviene apuntar por último que, habiendo una esencia nuclear de un modelo básico, se percibe también la existencia de los submode-*

²⁸⁷ Y diferente de la contratación por negociación regulada por el Código civil, *supra* [23].

²⁸⁸ *Supra* [23].

²⁸⁹ Con gran claridad, ello se percibe en la *STS, 1.ª, P, 08.09.2014*, de la que Orduña Moreno fue su Ponente, *supra* [26].

los. Todo lo anterior complica en algo la caracterización de la jurisprudencia, pero, pueden identificarse una serie de criterios jurisprudenciales que procedo a exponer.

Primero: Para el TS existe en el Derecho español un control de transparencia del objeto principal del contrato, independiente de los controles de incorporación y de contenido. Aquel control fue gestado (*obiter dicta*) en la STS, 1.ª, 18.06.2012 [«control por la vía de la inclusión y de transparencia», FD 2.º 3.d); «el control de inclusión y de transparencia», FD 4.º 3]²⁹⁰. La STS, 1.ª, 11.04.2013 habló de un «control referido al criterio de transparencia» (FD 2.º 3) (*obiter dicta*)²⁹¹. Y la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 aplicó (*ratio decidendi*) el control de transparencia –«doble filtro de transparencia», FD 12.º 2.2– a la cláusula suelo inserta en préstamo hipotecario²⁹², continuando desde entonces²⁹³.

Segundo: Identificado el independiente control de transparencia, el problema –la necesidad– es *dónde residenciarlo normativamente*, teniendo presente que el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE no ha sido expresamente incorporado al Derecho español²⁹⁴ y que la LCGC y el TRLGDCU no diseñan expresamente un *independiente* control de transparencia. Y aquí, *habiendo una evolución jurisprudencial*, el TS ha ubicado el control de transparencia, en esencia, en el artículo 80.1 TRLGDCU. Por distintos motivos, algunos han criticado esa fijación normativa. Pertíñez Vílchez y Martínez Escribano apuntan la conexión del control de transparencia con el artículo 60 TRLGDCU²⁹⁵, lo cual, a su vez, otros

²⁹⁰ *Supra* [7] a) [B], y nota 30; ORDUÑA MORENO califica a la STS, 1.ª, 18.06.2012 de «verdadero germen delimitador de la figura y de los posteriores desarrollos [...]», «de la anticipación mostrada por la STS de 18 de junio de 2012 [...]», sentencia «pionera», sentencia «paradigmática» (*supra* [23] y nota 164 párrafo I); MARTÍN SÁNCHEZ, de la «pionera» STS, 1.ª, 18.06.2012, «germen del reconocimiento» por el TS «del denominado control de transparencia» (*supra* nota 164 párrafo I), «verdadero antecedente de esta figura» del control de transparencia [*supra* nota 30 b)].

²⁹¹ *Supra* [25] f) en caja más pequeña; MARTÍN SÁNCHEZ se refiere a la STS, 1.ª, 11.04.2013, *supra* nota 30 b)].

²⁹² *Supra* [25] f).

²⁹³ *Supra* [26] ss.

²⁹⁴ No incorporación que habitualmente apuntan los autores, y que se debió a un error del legislador y no a la toma de una consciente decisión legislativa (*supra* [6] y nota 22). CÁMARA LAPUENTE destaca que «[e]l legislador [español] ha tenido el menos tres ocasiones patentes de “aclarar” y “regularizar” la falta de transparencia del artículo 4.2 de la Directiva 93/13: con la Ley 44/2006, con el RDL 1/2007 con el que se aprobó el Texto Refundido de la LGDCU y con la Ley 3/2014, de 27 de marzo de transposición de la Directiva 2011/83/UE. Ha preferido seguir en mora, pasivo y, por tanto, con su propia falta de transparencia ha generado parte de la confusión» [cursiva del original; *supra* nota 23 b)]. CÁMARA LAPUENTE apunta la necesidad de la expresa incorporación del artículo 4.2 Dir 93/13/CEE al Derecho español [*supra* nota 23 a) y b) y nota 229 párrafo II].

²⁹⁵ Artículo 60.1 TRLGDCU (Información previa al contrato): «Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitar de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas».

critican (Cordero Lobato, Cañizares Laso)²⁹⁶. Y en el (*subyacente*) diálogo entre el TS y los autores, en algunas de sus sentencias, el TS apunta el fundamento del artículo 60 TRLGDCU junto con el artículo 80 TRLGDCU²⁹⁷. Además de lo anterior, el TS conecta el control de transparencia, tal y como lo interpreta y ubica normativamente, con la jurisprudencia del TJ sobre el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE, acudiendo a la interpretación del Derecho español (Derecho interno, nacional; art. 80.1 TRLGDCU) a la luz de la letra y finalidad de la Dir 93/13/CEE²⁹⁸. En las extractadas SSTS sobre cláusula suelo en préstamo hipotecario continuamente se encuentran referencias a las oportunas SSTJ²⁹⁹, y en relación con el control de transparencia, es oportuno recordar la mención que a la STJ 21.03.2013 (RWE Vertrieb) se hace en la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 para apoyar el control de transparencia³⁰⁰. En su momento, al TS se le indicó que con la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 creaba derecho, lo cual aquel rechazó³⁰¹. Con posterioridad, Martín Sánchez ha señalado que en la STJ, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler) el TJ refrendó el control de transparencia del TS³⁰². Y Orduña

²⁹⁶ *Supra* nota 41 a), y para CORDERO LOBATO también *supra* nota 183 a).

²⁹⁷ SSTS indicadas *supra* nota 41 b). E incluso en la STS, 1.ª, P, 15.11.2017 («préstamo multimonedado con garantía hipotecaria») se realiza una *reinterpretación de la historia* al afirmar: «las cláusulas cuestionadas no superan el control de transparencia que desde la sentencia 241/2013, de 9 de noviembre [sic; mayo], hemos fundado en los artículos 60.2, 80.1 y 82.1 TRLCU y el artículo 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas». Por otro lado, dentro de los autores, VÁZQUEZ MUIÑA sitúa el control de transparencia en el artículo 80.1.c) TRLGDCU, destacando que en la STS, 1.ª, P, 08.06.2017 no se mencionan los apartados a) y b) del artículo 80 TRLGDCU, cuando el TS ubica, en dicho precepto, el control de transparencia [*supra* nota 41.a)].

²⁹⁸ STS, 1.ª, P, 23.12.2015 [FD 4.º, a) Primer motivo, Decisión de la Sala, 3].

²⁹⁹ Sobre la jurisprudencia del TJ para el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE, *supra* [10]. MARÍN CASTAN destaca «que la tarea [del TS] no sea [es] nada fácil porque hay que llevarla a cabo con un ojo mirando a la ley española, como era tradicional en la jurisprudencia, pero con el otro mirando al TJUE» (*supra* nota 232 párrafo I). En las oportunas notas en las que extracto los HECHOS de las SSTS, indico qué STJ o SSTJ son citadas a propósito de la temática que analizo en el trabajo (advertido *supra* [24]).

Más allá de lo anterior, pero dentro de la interrelación Derecho español/TJ, me referí a la STJ, 1.ª, 03.06.2010 (Caja Madrid y Monte de Piedad de Madrid), en la que el TJ consideró que los artículos 4.2 y 8 Dir 93/13/CEE «deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal [*la española*], que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible» (lo indicado en cursiva es mío). Sobre la incidencia de dicha STJ, 1.ª, 03.06.2010 en la doctrina española y en el TS, apoyándome en la descripción de GONZÁLEZ PACANOWSKA, *supra* [7] a).

³⁰⁰ *Supra* [7] b), nota 168 párrafo I *in fine*, y [25] f). Sobre la STJ 21.03.2013 (RWE Vertrieb) *supra* [10] y nota 53 para los hechos. Pero FERNÁNDEZ SEIJÓ apunta que el TS hizo público su fallo el 20.03.2013, por lo que la STJ 21.03.2013 (RWE Vertrieb) pudo incidir en la redacción de la STS, 1.ª, P, 09.05.2013, pero no en su deliberación (*supra* nota 42).

³⁰¹ Por ejemplo, STS, 1.ª, P, 24.03.2015 y STS, 1.ª, P, 23.12.2015, *supra* [7] b).

³⁰² *Supra* [7] b) y en caja más pequeña a); para la STJ, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler), *supra* [10] y nota 54 para los hechos.

Moreno, quien niega que el TS haya creado Derecho con el control de transparencia, señala que *la jurisprudencia del TJ* «con cuerda tanto en el contenido, como en el procedimiento, con la caracterización dada por el Tribunal Supremo» al control de transparencia, y cita la *STJ, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler)*³⁰³.

Tercero: La transparencia supone que el predisponente *informe* al consumidor (información precontractual) de modo que este último pueda, de modo sencillo, sin una ocupación intensiva, conocer la carga económica que el contrato le supone (el sacrificio patrimonial) y la carga jurídica (su posición jurídica en los elementos típicos del contrato y los riesgos en la ejecución del contrato)³⁰⁴. Se trata de permitir la *comprensibilidad real del consumidor*, de ahí que, para que el predisponente cumpla con la exigencia de transparencia, *no le baste la sola claridad gramatical de la cláusula*. Las anteriores ideas son, con mayor o menor similitud, reiteradamente afirmadas por la jurisprudencia del TS³⁰⁵.

En cuanto a la concreta información que el predisponente ha de suministrar al consumidor, la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013* enumeró una serie de parámetros para la cláusula suelo (en su ap. 225 y Fallo 7.

³⁰³ *Supra* [7] b) y en caja más pequeña b) párrafo II; para la *STJ, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler)*, *supra* [10] y nota 54 para los hechos.

³⁰⁴ En la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013* se hace referencia a la carga económica y a la jurídica. En el germen que para el control de transparencia supuso la *STS, 1.ª, 18.06.2012* se hacía referencia a la carga económica, y en la *STS, 1.ª, 11.04.2013* se hizo referencia a la carga económica y a la jurídica. *Supra* [25] f).

³⁰⁵ *STS, 1.ª, P, 09.05.2013* [*supra* [25] f)]; *STS, 1.ª, P, 08.09.2014* (*supra* [26]); *STS, 1.ª, P, 24.03.2015* [*supra* [29]]; además, esta *STS* reproduce la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013* en cuanto que el control de transparencia tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez la carga económica y la jurídica del contrato (FD 3.º 3)]; *STS, 1.ª, 29.04.2015* [en esta *STS* también se reproduce el párrafo de la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013* sobre el control de transparencia y la carga económica y jurídica del contrato (FD 14.º 3)]; se afirma además: «Es preciso que [...] sean transparentes, en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le supondrá» (FD 14.º 3)]; *STS, 1.ª, P, 23.12.2015* [también reproduce ese párrafo de la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013* sobre el control de transparencia y la carga económica y jurídica del contrato (FD 4.º a) *Primer motivo, Decisión de la Sala, 2*; y «la transparencia garantiza que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte [...]» (FD 4.º b) *Segundo motivo, Decisión de la Sala, 3*]; *STS, 1.ª, 09.03.2017* (también reproduce ese párrafo de la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013* sobre el control de transparencia y la carga económica y jurídica del contrato, «[d]octrina que ha sido corroborada por las sentencias 464/2014, de 8 de septiembre; 138/2015, de 24 de marzo; 139/2015, de 25 de marzo; 222/2015, de 29 de abril, y 705/2015, de 23 de diciembre» (FD 2.º 2); «y que este [el consumidor] estuviera en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba» la cláusula» (FD 2.º 5)]; *STS, 1.ª, P, 08.06.2017* (*supra* [42]); *STS, 1.ª, 07.11.2017* (FD 4.º, 3 y 4); *STS, 1.ª, 16.11.2017* (FD 2.º; con cita de la *STS, 1.ª, 07.11.2017*); *STS, 1.ª, 24.11.2017* (núm. de resolución 642/2017; reproduce ese párrafo de la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013* sobre el control de transparencia y la carga económica y jurídica del contrato; FD 2.º 4); *STS, 1.ª, 24.11.2017* (*supra* [47] y FD 5.º, 3 y 4); *STS, 1.ª, 01.12.2017* (*supra* [48]); *STS, 1.ª, 01.12.2017* (núm. de resolución 654/2017; FD 2.º 2).

°³⁰⁶). El posterior AATS 03.06.2013 esclareció que tales parámetros, que permitían formar *el juicio de valor abstracto* sobre las cláusulas suelo analizadas, *no constituían una relación exhaustiva (no eran medios tasados)* y la presencia aislada de alguno o algunos no bastaba para la calificación de no transparente. Pues, la clave para considerar cumplida la transparencia es lograr *el resultado del consumidor perfectamente informado, resultado insustituible*³⁰⁷. En varias de sus SS, el TS alude a dicho AATS 03.06.2013 y a su aclaración³⁰⁸. Y en la STS, 1.ª, P, 29.04.2015, el TS señaló que los criterios de transparencia adoptados en la STS, 1.ª, P, 09.05.2013, y confirmados por las STS, 1.ª, P, 24.03.2014 y STS, 1.ª, P, 25.03.2015, es doctrina jurisprudencial aplicable a «todas las que constituyan cláusulas [suelo] no negociadas en contratos concertados con consumidores»³⁰⁹.

Cuarto: El TS conecta la falta de transparencia de los elementos esenciales del contrato (definición del objeto principal del contrato) con el control de abusividad (desequilibrio; art. 82 TRLGDCU). En la STS, 1.ª, P, 09.05.2013, el TS, tras considerar no transparentes las

³⁰⁶ *Supra* [25] g) transcribí esos parámetros; v. además las consideraciones del TS *supra* en nota 179. Según el Fallo 7.º de la STS, 1.ª, P, 09.05.2013: «Declaramos la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores descritas en los apartados 2, 3 y 4 del antecedente de hecho primero de esta sentencia por/ a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero./ b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato./ c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo./ d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA./ e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual./ f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad».

En el año 2017 hay dos importantes SSTS a propósito del control de transparencia y la información que el predisponente ha de suministrar al consumidor para la comprensión real de la carga económica y jurídica del préstamo contratado: a) la STS, 1.ª, P, 15.11.2017 (Pte Excmo Sr D Rafael Saraza Jimena; acción individual) sobre préstamo multimonedado con garantía hipotecaria, en la que el TS consideró no transparentes las cláusulas discutidas porque el predisponente (*Barclays Bank*) no informó adecuadamente sobre ciertos riesgos en relación con dicho préstamo (sobre la información a suministrar, FD 8.º, 25-33; v. además FD 8.º 51-55); y b) la STS, 1.ª, P, 14.12.2017 (Pte Excmo Sr D Pedro José Varela Torre; *Voto particular* del Excmo Sr D Francisco Javier Orduña Moreno, al que se adhiere el Excmo Sr D Francisco Javier Arroyo Fiestas; acción individual) para el préstamo hipotecario a interés variable con tipo de referencia *IRPH Entidades*, en la que el TS señala qué información *no* es exigible que el predisponente dé al consumidor, se refiere a decisiones, que al primero corresponde tomar en cuanto a lo que oferta en el mercado, y consideró transparente la cláusula controvertida (FD 6.º 6-11, 13-14).

³⁰⁷ *Supra* [25] g) en caja más pequeña.

³⁰⁸ STS, 1.ª, P, 09.03.2017 (FD 2.º 7), STS, 1.ª, P, 08.06.2017 (FD 6.º, 6 y 7), STS, 1.ª, 07.11.2017 (FD 4.º 4), y STS, 1.ª, 24.11.2017 (núm. de resolución 643/2017, FD 5.º 4).

³⁰⁹ *Supra* [34] con más detalle; lo mismo en la STS, 1.ª, 29.04.2015 (FD 14.ª 5); STS, 1.ª, P, 23.12.2015 (FD 2.º, c) *Cuarto motivo, Decisión de la Sala*, 1 y 2).

cláusulas suelo (*primer paso*), indicó que quedaba por «analizar [*segundo paso*] si las cláusulas examinadas, cuando incumplan el deber de transparencia en los términos indicados, deben ser consideradas abusivas por causar desequilibrio en perjuicio del consumidor» (FD 15.º 249). En otras ocasiones, el TS conecta, con apoyo en el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE, la no transparencia con el juicio de abusividad³¹⁰.

Sobre el tipo de desequilibrio que permite la calificación de la cláusula suelo como abusiva, hay diversos y sucesivos pronunciamientos del TS. Así:

a) En la STS, 1.ª, P, 09.05.2013, el TS indicó que la cláusula suelo daba «cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como “variable”» (cursiva mía; FD 15.º 264)³¹¹. Según Carballo Fidalgo, la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 «parece avalar la tesis» de Pertíñez Vílchez³¹².

³¹⁰ STS, 1.ª, P, 24.03.2015 (*supra* [29]); STS, 1.ª, 29.04.2015 (FD 14.º 3); STS, 1.ª, P, 23.12.2015 [FD 4.º, a) Primer motivo, Decisión de la Sala, 2]; STS, 1.ª, P, 09.03.2017 (FD 2.º 2); STS, 1.ª, 24.11.2017 (núm. de resolución 642/2017; FD 2.º 4).

También en el *Voto particular* de la STS, 1.ª, P, 08.09.2014 se hace esa conexión: «El control de transparencia tal y como ha sido admitido por la jurisprudencia de esta Sala, primero, en un razonamiento *obiter dicta* en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, y después en una argumentación *ratio decidendi* en la Sentencia 241/2013, de 9 de mayo, tiene su justificación en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, según el cual el control de contenido no puede referirse [...] [en los puntos suspensivos se reproducen dicho artículo]. Esto es, cabe el control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación si no es transparente» (*Voto particular* 2).

³¹¹ *Supra* [25] k) con más detalle.

³¹² CARBALLO FIDALGO: «Entre las diversas tesis barajadas en la exégesis de la norma comunitaria [art. 4.2 Dir 93/13/CEE], se opta [en la STS, 1.ª, P, 09.05.2013] claramente por la que exige que la falta de transparencia se traduzca en un desequilibrio normativo contrario a la buena fe como condición necesaria para la declaración de nulidad de la cláusula enjuiciada. Pero el mérito de terciar en un escenario controvertido con la adopción de una opción razonable no debe ocultar los claroscuros del pronunciamiento [...]. [...] no deja de sorprender el contraste entre la profusión de argumentos con que el tribunal justifica algunos de sus razonamientos (en ocasiones superfluos) y la brevedad con que salda dos cuestiones cruciales en la senda que emprende. En primer término, omite cualquier alusión a los criterios determinantes de la distinción entre cláusulas relativas al objeto principal del contrato, de contenido económico, y cláusulas accesorias, de contenido normativo. Únicamente, y de modo implícito, ha de concluirse que entre tales criterios no figura la *eventualidad* de la aplicación de la estipulación y de su consecuente repercusión sobre el precio, pues en otro caso las cláusulas suelo se situarían entre las puramente accesorias, sujetas sin discusión a control de equidad. En segundo término, es llamativa la parquedad con que el tribunal resuelve el nudo gordiano de su decisión, a saber, el enlace existente entre el defecto de transparencia y el carácter abusivo de la cláusula. Tras un elaborado desarrollo de la tesis de la “doble transparencia” y de la constatación de su incumplimiento por las entidades demandadas, se resuelve con excesiva urgencia la incidencia de tal falta de transparencia en la justicia del contrato. Pese a la parquedad apuntada, la confrontación por el tribunal del “desequilibrio abstracto en el reparto de riesgos” y “las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés

b) En la *STS, 1.ª, P, 09.08.2014* puede leerse, que «[e]n la actualidad, conforme al desenvolvimiento social, económico y cultural y, particularmente, desde un claro impulso de actuaciones judiciales, tanto nacionales como europeas, se está asistiendo a un proceso de reforzamiento de los derechos de los consumidores y usuarios. *La impronta del control de transparencia, como una plasmación del principio de transparencia real, implícito en el marco general del control de abusividad, constituye una buena prueba de lo afirmado, así como de la conveniencia de seguir afinando el fundamento técnico que sustenta su correcta aplicación*» (cursiva mía; FD 2.º 4). En dicha *STS, 1.ª, P, 08.09.2014*, también se lee, «*que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada*» (cursiva mía; FD 2.º 8)³¹³. El Ponente de la *STS, 1.ª, 08.09.2014* es Orduña Moreno, partidario de la abusividad directa de la cláusula por falta de transparencia³¹⁴.

Y c) en la *STS, 1.ª, P, 24.03.2014*, el TS afirma que «*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*» (cursiva mía; FD 3.º 3), y que, las «*condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el efecto de la transparencia provoca subrepticamente 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 concu-*

pactado como «variable» (...)” parece avalar la tesis, defendida entre nosotros por PERTIÑEZ VÍLCHEZ, que localiza el carácter abusivo de la cláusula no transparente en la producción de una alteración subrepticia de la onerosidad o del desequilibrio económico del pacto alcanzado por las partes» [la última cursiva mía, mayúsculas del original; (2013) p. 118; v. 114-120]. Para la tesis de Pertíñez Vílchez, *supra* [13].

³¹³ Párrafo transcrito *supra* [26] en caja más pequeña.

³¹⁴ *Supra* [23] expongo su tesis, y v. además lo dicho *supra* [60] para dicho autor.

rrentes en la contratación» (FD 3.º 3)³¹⁵. Esas ideas, de que la falta de transparencia priva al consumidor de la posibilidad de comparar las diferentes ofertas existentes en el mercado y de que no se controla el equilibrio objetivo, recuerdan la tesis de Miquel González, y eso mismo, junto con la idea de que la falta de transparencia puede provocar una alteración subrepticia del equilibrio subjetivo, recuerdan la tesis de Pertíñez Vílchez, hecho que el propio autor resalta³¹⁶. Pues bien, la anterior doctrina de la STS, 1.ª, 24.03.2014 – presente ya en el Voto particular de la STS, 1.ª, P, 08.09.2014³¹⁷ – es recogida de modo más o menos amplio –y más o menos amplio, dado que algunas SS solo se refieren a la privación de la posibilidad de comparar las ofertas existentes en el mercado– en otras posteriores SSTs³¹⁸.

Por otro lado, en la STS, 1.ª, P, 09.05.2013, el TS advirtió que «la falta de transparencia no supone necesariamente que [las cláusulas] sean desequilibradas» (FD 15.º 250; cfr. FD 14.º 229). Y en relación con esa afirmación, en la STS, 1.ª, P, 24.03.2015, el TS indica que la misma «se explica porque 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

³¹⁵ *Supra* [29].

³¹⁶ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ lo indica en la *Introducción* de su monografía *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios* (2017), cuyas palabras reproduzco *supra* [13]; y en esa misma obra de 2017, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ lo indica en otras ocasiones (al respecto *supra* notas 202 y 204). Para MIQUEL GONZÁLEZ, *supra* [12].

³¹⁷ En el *Voto particular* (3) de la STS, 1.ª, P, 08.09.2014 se lee: «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 consumidor 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». (Cfr. STS, 1.ª, P, 09.03.2017, *supra* [37]; v. además *Voto particular*, 2, *in fine* de la STS, 1.ª, P, 08.09.2014, que, salvo mínima diferencia, coincide con lo transcrito *supra* [37], en caja más pequeña, primer párrafo).

³¹⁸ STS, 1.ª, 29.04.2015 (FD 14.º 3; se indica además: «Así lo hemos declarado también en la sentencia núm. 138/2015, de 24 de marzo»); STS, 1.ª, P, 23.12.2015 (FD 4.º, a) *Primer motivo*, *Decisión de la Sala*, 2; v. además FD 4.º, b) *Segundo motivo*, *Decisión de la Sala*, 3); STS, 1.ª, P, 09.03.2017 (*supra* [37]; v. *supra* notas 316, 317, 202 y 204); STS, 1.ª, P, 25.05.2017 (*supra* [39]); STS, 1.ª, P, 08.06.2017 (FD 6.º 25); STS, 1.ª, 07.11.2017 (FD 4.º 10); STS, 1.ª, 24.11.2017 (núm. de resolución 642/2017, FD 2.º 5); STS, 1.ª, 01.12.2017 (*supra* [48]), STS, 1.ª, 01.12.2017 (núm. de resolución 654/2017, FD 2.º 2).

económica o jurídica en el contrato, las mismas no tienen efectos negativos para el adherente./ Pero no es ese el supuesto de las llamadas “cláusulas suelo” [no son inocuas; tienen efectos negativos para el adherente]. 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»³¹⁹. Lo anterior se reitera en las *STS, 1.ª, P, 25.05.2017*³²⁰, *STS, 1.ª, P, 08.06.2017* (FD 6.º 25) y *STS, 1.ª, P, 07.11.2017* (FD 4.º 10). Cámara Lapuente considera que en las *STS, 1.ª, P, 09.05.2013*, *STS, 1.ª, P, 08.09.2014* y *STS, 1.ª, P, 24.03.2014*, el TS adopta la solución de la «abusividad directa por falta de transparencia»³²¹.

³¹⁹ *Supra* [31].

³²⁰ *Supra* [39].

³²¹ Para la argumentación y crítica de CÁMARA LAPUENTE, *supra* nota 191.

MARTÍNEZ ESCRIBANO también considera que, para el TS, no superado «el control de transparencia, automáticamente la cláusula suelo es abusiva» (p. 4). La autora propone una *interpretación alternativa* para determinar, en el concreto caso, si la cláusula suelo causa, o no, el desequilibrio entre derechos y obligaciones del artículo 3.1 Dir 93/13/CEE (cláusula abusiva) y acude a la *causa del contrato* (criterio jurídico, y no criterio económico). Argumenta: «Según ha indicado el Banco de España en su informe sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, la causa básica del establecimiento de las cláusulas suelo radica en mantener un rendimiento mínimo de los préstamos hipotecarios que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones, lo cual no se conseguiría con tipos de interés por debajo del suelo pactado. Podría entenderse que esta es la finalidad, la causa (en sentido jurídico), de esta cláusula del contrato. Atender a la causa y no al porcentaje que se fije como suelo es un criterio jurídico y no económico. Si aceptamos esto, tal vez podríamos abordar el tema del desequilibrio en atención al elemento causal (causa del contrato) como parámetro jurídico de abusividad. De acuerdo con ello, se podría entender legítimo introducir una cláusula suelo que proteja a la entidad financiera de los riesgos de impago y los costes del contrato, y le asegure un margen mínimo de rentabilidad frente a escenarios de índices de referencia especialmente bajos, o incluso de 0 o negativos, como hemos observado en épocas recientes. Tal cláusula suelo creo que no debería considerarse abusiva, sino que habría de considerarse lícita aunque no sea transparente» (p. 5); «En mi opinión, parecería lógico entender que si partimos de la validez de las cláusulas suelo, salvo que sean abusivas en el caso concreto, una cláusula suelo que únicamente permita este fin, en principio legítimo, de establecer una garantía mínima en el contrato con relación a su rentabilidad, costes y cobertura de riesgos, debería ser lícita. Por otra parte, es ingenuo pensar que un banco, al ofrecer un préstamo hipotecario, no va a tratar de proteger sus intereses frente a escenarios en que los tipos de interés estén tan bajos que la rentabilidad de la operación quede en entredicho. Y esto lo puede hacer con un suelo, o con un diferencial mayor, pero lo va a hacer, de manera que el suelo que simplemente persigue este fin no parece que esté produciendo un desequilibrio en perjuicio del consumidor, porque lo que es irreal es pensar que el banco está dispuesto a tener que pagar él al consumidor si el índice de referencia llega a ser negativo y el diferencial es muy bajo. Hablar de desequilibrio en perjuicio del consumidor simplemente porque éste no puede beneficiarse de determinadas bajadas de los tipos de interés significa, a mi jui-

Quinto: El TS aplica el control de transparencia en la acción colectiva –de cesación de la cláusula suelo– y en la acción individual –ejercitada por el consumidor y pidiendo la declaración de abusividad por falta de transparencia de la condición general que versa sobre la cláusula suelo y la consecuente restitución de lo pagado, por ella, en exceso³²²–. Se ha criticado que el control de transparencia se aplique en las acciones colectivas (de cesación). En esencia, la crítica reside en que en la acción colectiva se considera al consumidor medio y se hace una valoración abstracta/control abstracto del cumplimiento por parte del predisponente de la transparencia (de la comprensibilidad real) para los elementos esenciales (objeto principal) del contrato y puede suceder que, siendo la cláusula suelo *no transparente en abstracto*, hubiera sido *transparente para el concreto consumidor* –pues este, al celebrar el préstamo hipotecario, comprendió realmente su carga económica y jurídica– no mereciendo por consiguiente protección. En esta línea pueden situarse las consideraciones de Pertíñez Vílchez³²³, de Váz-

cio, desconocer la realidad del sector financiero y hacer una visión parcial de la cuestión./ Frente a ello, la cláusula suelo que se exceda de tal finalidad legítima de cubrir ciertos riesgos aparejados a la variabilidad de los intereses sí que estaría provocando, desde mi punto de vista, un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor y en contra de las exigencias de la buena fe. No alcanzo a apreciar en este caso una causa lícita que permita justificar un suelo impuesto al consumidor sin la transparencia exigible. Aunque podría llegar a admitir la validez de un suelo que persiga los fines del supuesto anterior aun cuando no fuera transparente./ Es cierto que el consumidor busca un tipo de interés lo más bajo posible, pero creo que concluir que toda cláusula suelo no transparente sea abusiva porque le resulta perjudicial es, además de una visión parcial del problema, un enjuiciamiento del desequilibrio en atención a parámetros económicos y no jurídicos. Recordemos que el desequilibrio es en los derechos y obligaciones, no en el precio, que queda fuera del control judicial. El consumidor legítimamente buscará en el mercado el préstamo que le resulte más barato, pero igualmente legítimo es que la entidad financiera trate de asegurarse una mínima rentabilidad del negocio y cubrir los riesgos derivados de los impagos. El consumidor tiene derecho a beneficiarse de las bajadas de los tipos de interés en un préstamo con interés variable, pero la entidad financiera también tiene derecho a asegurarse mínimamente la rentabilidad de la operación sin que por ello deba tacharse su conducta como abusiva./ De aceptarse este razonamiento, podría entenderse que una cláusula suelo es lícita en principio, pero si el límite a la baja de los tipos de interés se establece en términos que no se corresponden con la causa lícita de la entidad financiera de protegerse frente a ciertos riesgos, provocará un desequilibrio jurídico importante en perjuicio del consumidor, y podría concluirse entonces que es abusiva. Para ello habría que atender a las circunstancias concretas del caso (nótese que la determinación del carácter abusivo en este contexto ha de determinarse caso por caso, según jurisprudencia reiterada del TJUE: véase la STJUE de 26 de enero de 2017, caso Banco Primus, C-421/14 y las sentencias que en ella se citan)» [Actualidad Civil (2017) pp. 5-6].

³²² Para la restitución, efecto de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, por su abusividad por falta de transparencia, *supra* nota 169. En los extractos de las SSTs y en el título del correspondiente apartado (*supra* [25]-[49]) he ido advirtiendo si se ejercitó una acción colectiva o individual.

³²³ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *supra* nota 206.

quez Muiña³²⁴, de Alfaro Águila-Real³²⁵ y de Bustos Lago³²⁶. Pero, como he indicado, el TS aplica el control de transparencia en la acción colectiva³²⁷ y en la individual y de ahí sus pronunciamientos sobre *cómo incide (vincula) la sentencia fruto de la acción colectiva en el posterior ejercicio de la acción individual por parte del consumidor –esto es, los efectos de la cosa juzgada de la primera sentencia en el segundo procedimiento–*.

En la STS, 1.ª, 24.02.2017, el TS apunta que las acciones colectivas e individuales no tienen una identidad de objeto, apoyándose, entre otros datos, en el TJ –STJUE 14.04.2016– y en el TC –STC 148/2016, 19.09, y 206/2016, 207/2016 y 208/2016, todas de 12.12– e indica, para los consumidores no personados en la acción colectiva, que su llamamiento no basta para justificarles la extensión de la eficacia de la cosa juzgada del artículo 222.3 LEC, y que, interpretados conjuntamente los artículos 15, 222.3 y 221 LEC, la sentencia estimatoria de la acción colectiva solo afecta a los consumidores no personados que la propia sentencia determine (art. 2221.1.1.ª LEC). La Audiencia Provincial había considerado que la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 «no surte[ía] efecto de cosa juzgada material respecto del caso enjuiciado, porque se dictó en un proceso en que se había ejercitado una acción colectiva, mientras que en el presente se ejercita una acción individual», y el TS, en la citada S, 1.ª, 24.02.2017, no casó³²⁸. Comentando la STS, 1.ª, P, 24.02.2012, Pertíñez Vílchez señala que la misma «no se anda con sutilezas» y «que parece excluir “in totum” cualquier efecto de cosa juzgada entre ambos procedimientos y permitir que se abra en el procedimiento individual el debate sobre todas las cuestiones que formaron parte del objeto del proceso colectivo, incluida la validez de la cláusula suelo, como si el procedimiento colectivo y su sentencia firme no hubieran existido o como si fueran totalmente ajenos al procedimiento individual. [...] cabe sostener, siguiendo siempre la lógica de la STS 24 febrero 2017, que [...] las circunstancias del caso concreto [...] deberían permitir reabrir

³²⁴ VÁZQUEZ MUIÑA, *supra* nota 216, c).

³²⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, *supra* nota 216, d.1).

³²⁶ BUSTOS LAGO, *supra* nota 216, d.2).

³²⁷ En la STS, 1.ª, P, 09.05.2013, el TS apuntó, entre las características del control abstracto de la acción de cesación, la de que «[n]o permite valorar de forma específica las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por concreto consumidor adherente» [*supra* [25] h) para el resto de características]. Por otro lado, v. las consideraciones del TS, en su S, 1.ª, P, 24.03.2014, acerca de la «destacada importancia [de las acciones colectivas] en el control de las cláusulas abusivas», en las que se tiene en cuenta al «consumidor medio [...] y las características de las pautas estandarizadas de la contratación en masa» [*supra* [30] b)].

³²⁸ Para los HECHOS de la STS, 1.ª, 24.02.2017, *supra* nota 198, y para dicha STS *supra* [36]; v. VENDRELL CERVANTES *supra* nota 200 a).

el debate sobre la validez de la cláusula, pues estas circunstancias del caso concreto –fundamentalmente la información proporcionada al consumidor, así como sus circunstancias subjetivas (formación, profesión, experiencia financiera, etc.) y el momento en que se realizó el préstamo– en lo que puedan tener realmente incidencia es justamente en la validez de la cláusula suelo»³²⁹. Pertíñez Vílchez consideró que «presumiblemente [la cuestión] aboque a un nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo»³³⁰.

Y efectivamente, pocos meses después, el TS volvió a pronunciarse. En la *STS, 1.ª, P, 08.06.2017*, el TS señala que, si hubo una *anterior* sentencia *estimatoria* de la acción *colectiva* que decidió que el predisponente cesara en el uso de la cláusula, en el *posterior* litigio, en el que el consumidor ejercite la acción *individual*, la regla es que el juez *aprecie de oficio la abusividad de la cláusula (suelo) por las razones indicadas en la anterior sentencia estimatoria de la acción colectiva. Ahora bien*, la regla cuenta con *dos excepciones*, en las que el juez puede, en la acción individual, *no* considerar abusiva la cláusula. *Una*, por las circunstancias excepcionales del perfil del cliente. *La otra*, que la información que en el concreto caso el predisponente dio se apartó significativamente de su estándar medio de información, y justifica que las razones por las cuales en la acción colectiva se declaró la abusividad de la cláusula no se apliquen en la acción individual.³³¹ La anterior doctrina jurisprudencial se reitera en la *STS, 1.ª, 07.11.2017* y en la *STS, 1.ª, 24.11.2017*³³². Vendrell Cervantes y Ruiz Arranz han destacado que, en el Derecho alemán, las sentencias que estiman una acción colectiva de cesación por falta de transparencia, o por sorpresividad, de la condición general, *excepcionalmente no* surten efectos para el consumidor individual si se acredita que las circunstancias concretas (información precontractual, publicidad, etc.) son relevantes para confirmar, o excluir, la falta de transparencia abstracta (§ 11 Ley sobre acciones de cesación en materia de consumo)³³³.

³²⁹ Indicado *supra* nota 200 b).

³³⁰ Continúa: «En el origen de todo está nuevamente el desacierto de la STS 9 mayo 2013 al resolver sobre la nulidad de cláusulas suelo por falta de transparencia en un procedimiento colectivo, a lo que se añade la falta de sutileza de la STS 24 febrero 2017 al declarar, en general, que las sentencias dictadas en procesos colectivos no producen efecto de cosa juzgada respecto de los procedimientos individuales». *Supra* nota 200 b) con más detalle.

³³¹ *Supra* [41] [A].

³³² *Supra* [41] [B] y [C].

³³³ *Supra* nota 216 a) (para VENDRELL CERVANTES) y b) (para RUIZ ARRANZ). Además, sobre la doctrina jurisprudencial de la *STS, 1.ª, P, 08.06.2017* (y de la *STS, 1.ª, 24.11.2017*), VENDRELL CERVANTES señala que «presenta importantes matices y sombras, entre ellos, los que se desprenden de su falta de apoyo normativo expreso, de su relación con lo dispuesto en el artículo 222.3 de la LEC, y de su falta de correspondencia con lo expresado en pronunciamientos anteriores [...]» [*supra* nota 216 a)].

FERRERES COMELLAS considera: «sería oportuno que una eventual reforma de la regulación de nuestro sistema de tutela colectiva arrojará luz sobre el eventual efecto vinculante,

Resulta evidente la similitud de solución del Derecho alemán y de la jurisprudencia del TS para la presente cuestión, y parece oportuno recordar cómo entre nuestros autores se destaca la general influencia del Derecho alemán en el nuestro en la materia de las condiciones generales (Cámara Lapuente, Alfaro Águila-Real)³³⁴.

Por último, en la *STS, 1.ª, P, 09.03.2017* se advierte que para enjuiciar la transparencia *en una acción individual* no ha de atenderse «exclusivamente al documento en el cual está inserta [la cláusula]

siquiera limitado en relación con las acciones individuales de nulidad de cláusulas abusivas, de las acciones de cesación. En efecto, el hecho de que la acción de cesación mediante la que se articula el denominado *control abstracto* tenga un objeto distinto del que es propio de las acciones individuales de nulidad y restitución o indemnización, no significa que no existan ciertas zonas de coincidencia en el respectivo ámbito de enjuiciamiento./ [...] / [...] más dudas ofrece la cuestión del efecto vinculante que una sentencia dictada en el ejercicio de una acción de cesación deba tener respecto a los reclamantes individuales en el ámbito de acciones declarativas de la abusividad de condiciones generales de contratación, a las que se acumulan acciones de restitución y/o indemnización./ No debería haber problema en reconocer a dichas resoluciones los efectos vinculantes que, de hecho, les conceden nuestros jueces y tribunales en aquellos supuestos en los que, como resultado de la aplicación de los denominados control de incorporación y control de contenido, se declara la abusividad de la condición general. Se entiende en tal caso que, en la acción individual de nulidad correspondiente [...], el consumidor afectado por la cláusula que ha sido previamente declarada nula en una acción de cesación se beneficia del carácter vinculante de aquella declaración general de nulidad. De tal forma que el empresario demandado en la acción individual tan solo puede oponer el carácter negociado de la condición general en cuestión (para convertir en irrelevante aquella declaración general de abusividad resultante del control abstracto), quedándole vedado alegaciones tendentes a revisar con carácter general las cuestiones de la transparencia o contenido abusivo de la cláusula./ Más delicada, es [...] la cuestión de qué efectos vinculantes para las acciones individuales de nulidad deba concederse a la sentencia que haya desestimado la acción de cesación, al haberse constatado que la condición general controvertida supera el control abstracto resultante de la aplicación de los llamados control de incorporación y control de contenido. En tal supuesto, cualquier consumidor podrá, sin duda, iniciar una acción individual solicitando la nulidad de la cláusula en atención a circunstancias particulares de su caso concreto que determinen que, más allá del control abstracto, la condición general debe invalidarse en tal caso; podrá reproducir, en fin, pero en relación con las circunstancias personales que concurren en su concreta contratación –y por lo tanto, desde un prisma necesariamente distinto al del control abstracto mediante el que las entidades con legitimación para ello persiguen que se obligue judicialmente a los empresarios a expulsar de sus contratos cláusulas abusivas–, el análisis del control de transparencia y de contenido propios de la Directiva 93/2013, como parte de una tutela encaminada, en última instancia, a verificar las condiciones en las que se conformó el consentimiento en su caso particular./ Pero acaso quepa reconocer cierto efecto vinculante a la sentencia desestimatoria dictada en la acción de cesación respecto de las acciones individuales: el consumidor que inicie una acción individual no podrá limitarse a esgrimir la falta de transparencia o el contenido abusivo *en general* de la cláusula (pues ello ya habrá sido previamente resuelto) y deberá alegar y acreditar por qué en su caso concreto la cláusula no ha resultado clara y transparente (en las distintas formulaciones del control de transparencia) o por qué en su caso concreto la cláusula sí resulta abusiva./ Es esta una cuestión, en cualquier caso, que debería ser objeto de específica previsión en una eventual modificación de nuestra regulación de la tutela colectiva» [cursivas del original; *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (2017) pp. 28-30]. Las anteriores consideraciones se insertan en un trabajo cuyo fin es «contribuir a la reflexión sobre el sentido y alcance que debería tener una eventual propuesta de modificación de nuestro sistema de acciones colectivas», proponiéndose FERRERES COMELLAS «analizar [...] algunas cuestiones relacionadas con los presupuestos básicos de la tutela colectiva y ofrecer al respecto algunas pautas sobre qué aspectos deberían modificarse de la regulación actualmente vigente, y en qué medida y sentido habría que hacerlo» (p. 24, página en la que sintéticamente avanza las cuestiones de las que tratará, a efectos de su mejora).

³³⁴ *Supra* nota 9 párrafo III.

sula suelo] 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 [suelo] en cuestión no pasara inadvertida para el consumidor y que este estuviera en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba»³³⁵.

Sexto: En el periodo temporal acotado para el análisis de la jurisprudencia del TS –desde 09.05.2013 hasta 31.12.2017³³⁶– la pretensión del consumidor, de que se declare la abusividad de la cláusula suelo por falta de transparencia (acción individual), ha sido *estimada* en la *mayoría* de los casos. *No se admitió* en la STS, 1.ª, P, 09.03.2017³³⁷, ni en la STS, 1.ª, 01.12.2017³³⁸. Lo anterior es un interesante y relevante dato estadístico acerca de cómo ha podido funcionar la realidad de la contratación del préstamo hipotecario.

En la valoración de todas las circunstancias concurrentes al momento de la celebración del contrato, en el control de transparencia exigible al predisponente, el TS se ha fijado *en la experiencia o conocimientos del consumidor*, mostrándose estricto. Al TS *no le basta*, para considerar no infringida la transparencia y entender que el consumidor conoció adecuadamente la cláusula suelo, que este último tenga *cierta formación*. No le basta que el marido de la demandante fuera Licenciado en Derecho, con título homologado en España, y trabaje asesorando a empresas que quieran establecerse en Méjico –por ello, *no se le supone un conocimiento experto en contratos bancarios*–; pues, al consumidor «[n]o le es exigible, incluso aunque se trate de una persona con formación, una ocupación intensiva en el examen del condicionado general que le permita descubrir aquellas condiciones generales que carecen del tratamiento adecuado a su naturaleza pese a que influyen decisivamente sobre los elementos esenciales del negocio y que, de modo sorprendente, pueden modificar la carga económica y las consecuencias jurídicas que el consumidor había considerado que le suponía el contrato» (cursiva mía; STS, 1.ª, P, 08.06.2017, FD 6.º 17 y 18)³³⁹. Para el TS, *tampoco* la consumidora es *experta*, en el tipo de contrato celebrado, por ser empleada de banca, dado que opera en actividades ajenas al préstamo hipotecario y la enti-

³³⁵ *Supra* [38].

³³⁶ Más explicaciones sobre dicho periodo *supra* [24].

³³⁷ *Supra* [37]-[38]; para los HECHOS de la STS, 1.ª, P, 09.03.2017, *supra* nota 201.

³³⁸ *Supra* [49]; para los HECHOS de la STS, 1.ª, 01.12.2017, *supra* nota 228.

³³⁹ *Supra* [43]; para los HECHOS de la STS, 1.ª, P, 08.06.2017, *supra* nota 211.

dad para la que trabajaba no incluía cláusulas suelo en sus préstamos hipotecarios (STS, 1.ª, 24.11.2017)³⁴⁰.

El TS también ha prestado atención a la actuación del notario que, cumpliendo con la oportuna normativa aplicable –lo que al nivel normativo de Orden Ministerial ha de tenerse en cuenta–, ha de informar al consumidor, ha de advertirle, entre otros extremos, sobre la existencia de la cláusula suelo³⁴¹. ¿Cómo índice la actuación del notario en la exigencia de transparencia al predisponente?

³⁴⁰ *Supra* [46]; para los HECHOS de la STS, 1.ª, 24.11.2017, *supra* nota 223.

³⁴¹ Dado que los préstamos hipotecarios pueden llegar a tener una larga duración (por ejemplo, hasta los treinta años), los Tribunales han de considerar distintas normas de diferente rango normativo. Lo mismo le sucede a los autores, en su tarea de análisis y sistematización del ordenamiento. En el periodo temporal acotado para la jurisprudencia del TS (*supra* [24]), por la fecha de celebración del préstamo hipotecario, la OM 05.05.1994 es la aplicable, orden derogada por la vigente Orden EHA/2899/2011 (sobre ambas OOMM, *supra* notas 174 y 175). Además de otras indicaciones sobre la función de información y advertencia del notario en relación con el préstamo hipotecario (aparte del art. 6 Ley 1/2013, ya transcrito *supra* nota 254), interesa (con carácter amplio):

a) En la derogada OM 05.05.1994: Artículo 6: «Cláusulas financieras del contrato [negrita en el original]./ 1. Las escrituras públicas en las que se formalicen los préstamos hipotecarios sometidos a la presente Orden contendrán, debidamente separadas de las restantes, cláusulas financieras que ajustarán su orden y contenido a lo establecido en el anexo II de la presente Orden. Las demás cláusulas de tales documentos contractuales no podrán, en perjuicio del prestatario, desvirtuar el contenido de aquéllas./ Excepcionalmente, en el caso de contratos de préstamo hipotecario sujetos a la presente Orden que, por su naturaleza especial, no puedan adecuarse íntegramente al modelo de cláusulas financieras establecidas en el citado anexo II, podrán las entidades de crédito someter a la verificación previa de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera los correspondientes modelos de contrato, justificando adecuadamente las circunstancias que impiden acomodarse a las cláusulas del citado anexo. Transcurridos dos meses sin que recaiga resolución expresa, se entenderá verificado favorablemente el modelo./ 2. En el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades./ b) Que los datos que sirvan de base al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo./ 3. En el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, no será precisa la notificación individualizada al prestatario de las variaciones experimentadas en el tipo de interés aplicable cuando se den simultáneamente las siguientes circunstancias: 1. Que se haya pactado la utilización de un índice o tipo de referencia oficial de los previstos en la disposición adicional segunda de esta Orden./ 2. Que el tipo de interés aplicable al préstamo esté definido en la forma prevista en las letras a) o b) del número 1 de la cláusula 3. bis del anexo II de esta Orden»; Artículo 7: «Acto de otorgamiento [negrita en el original]./ 1. En materia de elección de Notario se estará a lo dispuesto en el Reglamento Notarial y demás disposiciones aplicables./ 2. El prestatario tendrá derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del Notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento. El prestatario podrá renunciar expresamente, ante el Notario autorizante, al señalado plazo siempre que el acto de otorgamiento de la escritura pública tenga lugar en la propia Notaría./ 3. En cumplimiento del Reglamento Notarial y, en especial, de su deber de informar a las partes del valor y alcance de la redacción del instrumento público, deberá el Notario: 1. Comprobar si existen discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo y las cláusulas financieras del documento contractual, advirtiéndolo al prestatario de las diferencias que, en su caso, hubiera constatado y de su derecho a desistir de la operación./ 2. En el caso de préstamo a tipo de interés

variable, advertir expresamente al prestatario cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: / a) Que el índice o tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales a los que se refiere la disposición adicional segunda de esta Orden. / b) Que el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores. / c) Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés. En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes. / 3. En el caso de préstamos a tipo de interés fijo, comprobar que el coste efectivo de la operación que, calculado conforme a las reglas establecidas por el Banco de España, se hace constar a efectos informativos en el documento se corresponde efectivamente con las condiciones financieras del préstamo. / 4. En el caso de que esté prevista alguna cantidad a satisfacer por el prestatario al prestamista con ocasión del reembolso anticipado del préstamo, o que dichas facultades del prestatario se limiten de otro modo o no se mencionen expresamente, consignar expresamente en la escritura dicha circunstancia, y advertir de ello al prestatario. / 5. En el caso de que el préstamo esté denominado en divisas, advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio. / 6. Comprobar que ninguna de las cláusulas no financieras del contrato implican para el prestatario comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras» (cursiva mía).

En la breve e interesante EM de la *OM 05.05.1994* se lee: «[...] la Orden, además de facilitar la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, pretende asimismo facilitar a éste la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. De ahí la exigencia de que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que sean comprensibles por el prestatario. / A esa adecuada comprensión deberá colaborar el Notario que autorice la escritura de préstamo hipotecario, advirtiendo expresamente al prestatario del significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas. [...]».

b) En la vigente Orden EHA/2899/2011: Artículo 29: «Documentación contractual. / Los documentos contractuales y las escrituras públicas en las que se formalicen los préstamos contendrán, debidamente separadas de las restantes, cláusulas financieras cuyo contenido mínimo se ajustará a la información personalizada prevista en la Ficha de Información Personalizada. Las demás cláusulas de tales documentos contractuales no podrán, en perjuicio del cliente, desvirtuar el contenido de aquellas. / En particular, con las peculiaridades previstas en los siguientes apartados, se fijará el tipo de interés aplicable, así como la obligación de notificar al cliente las variaciones experimentadas en ese tipo de interés» (cursiva mía, salvo la de la leyenda del artículo); artículo 30: «Acto de otorgamiento. / 1. En materia de elección de notario se estará a lo dispuesto en el Reglamento Notarial aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944 y demás disposiciones aplicables. / 2. El cliente tendrá derecho a examinar el proyecto de escritura pública de formalización del préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento. El cliente podrá renunciar expresamente, ante el notario autorizante, al señalado plazo siempre que el acto de otorgamiento de la escritura pública tenga lugar en la propia notaría. / 3. En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente. Asimismo, los notarios informarán al cliente del valor y alcance de las obligaciones que asume y, en cualquier caso, deberá: / a) Comprobar si el cliente ha recibido adecuadamente y con la suficiente antelación la Ficha de Información Personalizada y, en su caso, si existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y el documento contractual finalmente suscrito, e informar al cliente tanto de la obligación de la entidad de poner a su disposición la Ficha de Información Personalizada, como de aceptar finalmente las condiciones ofrecidas al cliente en la oferta vinculante dentro del plazo de su vigencia. / b) En el caso de préstamos a tipo de interés variable, comprobar si el cliente ha recibido la información prevista en los artículos 24, 25 y 26, y advertirle expresamente cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: / 1.º Que el tipo de interés de referencia pactado no sea

El TS ha hecho diversas afirmaciones. En concreto, en la *STS, 1.ª, P, 08.09.2014*, se afirma que la *comprensibilidad real* ha de inferirse *del desarrollo* de la reglamentación predispuesta y «la lectura de la escritura pública y [...] el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario [tarea del notario], *no suplen, por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este deber especial de transparencia*» del predisponente (FD 2.º 9)³⁴². En la *STS, 1.ª, P, 24.03.2015*, se recuerda qué ha de hacer el notario según los artículos 84 TRLGDCU³⁴³, 7.3.2.c) *OM 05.05.1994*³⁴⁴, y se destaca que su intervención se produce «al

uno de los oficiales a los que se refiere el artículo 27./ 2.º Que el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores./ 3.º Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo. En particular, el notario consignará en la escritura esa circunstancia, advirtiendo expresamente de ello al cliente e informándole, en todo caso, sobre: / i) Los efectos de estos límites ante la variación del tipo de interés de referencia./ ii) Las diferencias entre los límites al alza y a la baja y, de manera especial, si se ha establecido únicamente un límite máximo a la bajada del tipo de interés./ c) Informar al cliente de cualquier aumento relevante que pudiera producirse en las cuotas como consecuencia de la aplicación de las cláusulas financieras pactadas. En particular deberá advertir de los efectos que la existencia, en su caso, de períodos de carencia tendría en el importe de las cuotas una vez finalizados tales períodos; así mismo, advertirá de la previsible evolución de las mismas cuando se hubieran pactado cuotas crecientes o cuando se hubiera previsto la posibilidad de interrumpir o posponer la amortización del préstamo./ d) Informar al cliente de la eventual obligación de satisfacer a la entidad ciertas cantidades en concepto de compensación por desistimiento o por riesgo de tipo de interés en los términos previstos en los artículos 8 y 9 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria./ e) En el caso de que el préstamo no esté denominado en euros, advertir al cliente sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio./ f) Comprobar que ninguna de las cláusulas no financieras del contrato implican para el cliente comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras./ g) En el caso de hipoteca inversa deberá verificar la existencia del correspondiente asesoramiento independiente. En caso de que la formalización de la hipoteca inversa se realice en contra de la recomendación realizada por el asesoramiento independiente, se deberá advertir de este extremo al cliente./ h) Informar al cliente de los costes exactos de su intervención./ 4. La decisión del funcionario por la que deniegue la autorización del préstamo o la inscripción de alguna de sus cláusulas deberá efectuarse mediante escrito motivado, ordenado en hechos y fundamentos de derecho. Dicha decisión será recurrible ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en los plazos y forma previstos para el recurso de alzada» (cursiva mía, salvo la de la leyenda del artículo).

³⁴² *Supra* [27]; para la opinión de ORDUÑA MORENO sobre la función preventiva de los notarios, e indicación de la importancia y significado de la *STS, 1.ª, P, 08.09.2014* para la función notarial, *supra* 186.

³⁴³ Artículo 84 TRLGDCU: «*Autorización e inscripción de cláusulas declaradas abusivas* [cursiva del original]./ Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación». Cfr. con el artículo 84 TRLGDCU del *PLCCI*, *supra* nota 255.

³⁴⁴ Transcrito *supra* nota 341 a) en cursiva.

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» (FD 5.º 3)³⁴⁵. En la STS, 1.ª, P, 09.03.2017 se indicó, para el préstamo hipotecario y la acción individual, que «puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que 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» (FD 2.º 5)³⁴⁶. Y en la STS, 1.ª, 08.06.2017, tras recordar su declaración sobre el notario de su anterior S, 1.ª, P, 09.03.2017, que he acabado de reproducir, el TS afirma (matiza, apostilla) que ello «no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir. [...] cuando se ha facilitado una información precontractual adecuada, la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo, pero no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual» (cursiva mía; FD 6.º 23). La consideración jurisprudencial de que la intervención del notario *no excluye* la necesaria y suficiente información precontractual por parte del predisponente (transparencia) se reitera en las STS, 1.ª, 07.11.2017, STS, 1.ª, 16.11.2017 y STS, 1.ª, 24.11.2017 para la cláusula suelo (y para el «préstamo multimonedado con garantía hipotecario», en la STS, 1.ª, P, 15.11.2017)³⁴⁷. Vázquez Muiña considera que «[l]a labor informativa de los fedatarios públicos, y más concretamente de los notarios, es un mero complemento que no sustituye en ningún caso la obligación de suministrar la información precontractual adecuada que recae en las entidades financieras»³⁴⁸.

³⁴⁵ *Supra* [30].

³⁴⁶ *Supra* [38]. AGÜERO ORTIZ apunta que en esta STS, 1.ª, P, 09.03.2017, el TS reconoce «ahora la capacidad del notario de suplir el incumplimiento del deber de transparencia que sólo a la entidad prestamista competía, en contra del criterio adoptado de antiguo» (*supra* nota 207). Por su parte, ORDUÑA MORENO, para la anterior STS, 1.ª, P, 08.09.2014, indica que en dicha STS se precisa «que el desarrollo meramente formal de dicho control, referido a la lectura e información del contenido de la escritura pública, *sin protocolo o actuación específica respecto de un examen de fondo de la eventual abusividad que pueda presentar la reglamentación predispuesta*, no sufre por ella sola, el cumplimiento del especial deber de transparencia que incumple [*sic*; incumbe] al predisponente en este modo de contratar» (cursiva mía; *supra* nota 186).

³⁴⁷ *Supra* nota 220 a).

³⁴⁸ *Supra* nota 220 b), con mayor detalle sobre su opinión.

Dado lo anteriormente descrito, es oportuno recordar las atribuciones que, para el notario, se pretenden en el artículo 13.5 *PLCCI*: las de asesorar al prestamista y controlar su comprensibilidad real, lo que aquél plasmará en un acta cuyo contenido se presume «veraz e íntegro» y que hace «prueba del asesoramiento prestado por el notario y de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos, a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material»³⁴⁹. De aprobarse la norma, se estaría ante un *importante cambio normativo*, que apuntaría a la *STS, 1.ª, P, 09.03.2017*. Según la EM del *PLCCI*, con ello se constituye una prueba que beneficia *al prestamista*, en cuanto que ha cumplido con sus obligaciones de entregar la documentación en plazo, y *al prestatario*, quien podrá ejercitar su derecho (lo que supone que existe un deber) de conocer las consecuencias de a lo que se obliga. Puede discutirse que esos beneficios para prestamista y prestatario se encuentren en un mismo nivel (por cuanto que pudiera ser más favorable al prestamista)³⁵⁰.

Séptimo: La información, que el predisponente ha de suministrar al consumidor para cumplir con la transparencia, opera en diversos supuestos de hecho; en concreto, *cuando* el préstamo hipotecario es «concedido directamente al consumidor», *cuando* el consumidor se subroga en el «préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda», y *cuando* nova el préstamo hipotecario con el predisponente (*STS, 1.ª, 24.11.2017*³⁵¹; para la novación, también *STS, 1.ª, 01.12.2017*³⁵²).

³⁴⁹ *Supra* [59]; v. también *supra* [58].

³⁵⁰ V. las consideraciones críticas de FERNÁNDEZ SEIJÓ, *supra* nota 253, para el entonces *Anteproyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*. Resulta conveniente recordar las preguntas y consideración de CORDERO LOBATO a propósito del control de transparencia de la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013*: «pero ¿cómo puede verificarse que el consumidor ha comprendido lo que consiente? ¿De verdad el consumidor estará “más informado” de la trascendencia económica del contrato si es informado por la entidad del carácter de “elemento definitorio del objeto principal del contrato” que tiene la cláusula suelo? [...] ¿cómo llegará la entidad a verificar esa actitud psicológica del consumidor para comprender lo que se le explica? [...] la entidad deberá procurarse pruebas que acrediten que informo hasta el aburrimiento al consumidor [...]» [transcrito *supra* en nota 183 a)].

³⁵¹ *Supra* [47]; en la citada *STS, 1.ª, 24.11.2017* se lee, entre otros extremos y como se vio, que «el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subroga en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, [...]». En lo anterior se refleja la idea de que el predisponente no puede descargar el cumplimiento de su exigencia de transparencia en un tercero (aunque este de algún modo le sea cercano), idea también presente en relación con la intervención del *notario* en el préstamo hipotecario y la exigencia de transparencia al predisponente (v. en este mismo [61] la anterior conclusión en *Sexto*).

³⁵² *Supra* [48].

Octavo: La no aplicación (temporal) de la cláusula suelo no transparente –pues el interés variable acordado estuvo por encima del interés mínimo establecido– no convierte a aquélla en cláusula transparente. El predisponente debe informar –información precontractual– de la cláusula suelo y de su incidencia en el precio del contrato, con claridad y con un tratamiento principal. (STS, 1.ª, 01.12.2017³⁵³).

Noveno: Con frecuencia, el TS advierte que se encuentra en el marco del control de transparencia y por tanto, fuera del ámbito del error vicio (art. 1266 CC). Ahora bien, en sus razonamientos sobre la exigencia de transparencia en los elementos esenciales (objeto principal) del contrato se percibe la *cercanía argumentativa* con la figura del error (art. 1266 CC) y también con la del dolo omisivo (art. 1279 CC)³⁵⁴. Conviene recordar que algunos autores admiten la aplicación del error (Cordero Lobato³⁵⁵, Pertíñez Vílchez³⁵⁶), o la del dolo incidental (Alfaro Águila-Real³⁵⁷, Pantaleón Prieto³⁵⁸), o consideran que el problema podría resolverse con los vicios de la voluntad (González Pacanowska³⁵⁹). También conviene recordar que otros autores han apuntado que el TS ha ido acercando el control de transparencia al error vicio (Agüero Ortiz³⁶⁰, Cámara Lapuente³⁶¹).

Si bien depende de la concreta sentencia analizada, en la que puede encontrarse bien uno u/y otro término, o locución, *expresándome globalmente*, en las SSTS puede encontrarse razonamientos como: *que* la cláusula suelo frustra las expectativas del consumidor; *que* la expectativa del consumidor se frustra en parte, en cuanto a la bajada de los tipos de interés por debajo del suelo; *que* la cláusula suelo fue incluida de forma sorpresivo (oculta); *que* hay una alteración subrepticia del precio del préstamo, sobre el que el prestatario dio su consentimiento a partir de

³⁵³ *Supra* [48].

³⁵⁴ E incluso un recurrente ha apuntado la *concomitancia* entre el control de transparencia y el error vicio [STS, 1.ª, P, 24.03.2015 [*supra* [30] y b)]. En cambio, en otra ocasión, otro recurrente marca la *diferencia* entre aquel control y el error, pues alega que la Audiencia Provincial hizo «un análisis de la cualificación profesional o perfil de la Sra. Evangelina propio de las acciones en las que se insta la anulabilidad del contrato por la existencia de un error vicio en el consentimiento, acción que ninguna relación guarda con la ejercitada en las presentes actuaciones» (STS, 1.ª, 24.11.2017, *supra* nota 223).

³⁵⁵ *Supra* nota 183 a).

³⁵⁶ *Supra* nota 222 a).

³⁵⁷ *Supra* [19].

³⁵⁸ *Supra* [20].

³⁵⁹ «[C]omo se apunta por algunos autores», si bien la autora es partidaria de llevar a cabo el control de los elementos esenciales (objeto principal) del contrato en el control de inclusión; *supra* [18].

³⁶⁰ *Supra* notas 203, 205, y 208 a), a propósito de la STS, 1.ª, P, 09.03.2017 (*supra* [37] y [38]).

³⁶¹ *Supra* 208 b), a propósito de la STS, 1.ª, P, 09.03.2017 (*supra* [37] y [38]).

la información suministrada por el prestamista; *que* el defecto de transparencia provoca una alteración subrepticia del equilibrio subjetivo de precio y prestación, esto es, cómo se lo pudo representar el consumidor atendiendo a las circunstancias concurrentes en la contratación; *que* la autonomía de la voluntad rige en los contratos de adhesión con consumidores y para el precio y la contraprestación, lo cual implica la plena capacidad de elección del consumidor sobre las ofertas existentes en el mercado y para ello dicho consumidor precisa tener un conocimiento cabal y completo del precio y su contraprestación antes de celebrar el contrato; *que*, si por un defecto de transparencia, el consumidor no pudo, antes de celebrar el contrato, conocer y valorar la cláusula suelo, falta la base para excluir el control de contenido, que es la existencia de consentimiento; *que* la falta de transparencia de la cláusula suelo priva al consumidor de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supone obtener la prestación según contrate con una u otra entidad financiera, o contrate una u otra modalidad de préstamo de entre los varios ofertados; *que* la oferta no completada con una información adecuada se revela engañosa; *que* la cláusula suelo se encuentra enmascarada entre abundantes informaciones (tratamiento secundario, marginal) no permitiendo al consumidor hacerse una idea cabal de su significado y trascendencia en la economía del contrato (la cláusula suelo no afecta directamente a las inmediatas preocupaciones del prestatario); *que* se exige un plus de información al consumidor, para con las condiciones generales sobre los elementos esenciales del contrato, para que aquel pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica del contrato, sin precisar de un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. *Incluso*, en la STS, 1.ª, P, 23.12.2015, el TS apunta que «la cláusula suelo [no transparente] *puede inducir a error* al cliente sobre un *aspecto fundamental* del contrato y llevarle a adoptar una decisión irracional, esto es, elegir una oferta cuyo tipo variable es inferior pero que, por efecto de la cláusula-suelo, en realidad lo es a un tipo superior durante la vida del contrato que otra oferta del mercado a tipo variable “puro” con un diferencial superior, pero que se aprovecha de las bajadas en el tipo de referencia ilimitadamente» [cursiva mía; FD 4.º b) 4]³⁶². *Finalmente*, en la STS, 1.ª, P, 08.06.2017, el TS indica que *no puede confundirse* la evaluación de la transparencia con el enjuiciamiento del error. El control de transparencia y el error *difieren* en sus *requisitos* –en el *primero* se hace un control más

³⁶² *Supra* [35].

objetivo de la cláusula suelo y del proceso de contratación; en el *segundo* son fundamentales las circunstancias personales de los contratantes para determinar la existencia del error y de su excusabilidad— y en sus *efectos* —con el *primero*, la cláusula es nula, subsiste el contrato, y el predisponente restituye lo recibido por la cláusula abusiva; con el *segundo*, todo el contrato se anula y las partes han de restituirse recíprocamente lo percibido en virtud del contrato—³⁶³.

Siendo así las cosas, en mi opinión, sí puede considerarse que la cláusula suelo (objeto principal del contrato) *no transparente* podría encajar en el error. Algo que, como antes apunté, admite por ejemplo Pertíñez Vílchez³⁶⁴. Entiendo *que* el no conocimiento —la no comprensión real— de dicha cláusula al celebrar el préstamo hipotecario, pudo haber determinado al consumidor a su perfección, *que* dicho error puede considerarse esencial —en cuanto que el consumidor tuvo una falsa representación del contenido, de la naturaleza del préstamo hipotecario, y de la distribución de los riesgos, incidiendo ello en su valoración sobre el coste de aquél— y *que* puede llegar a ser un error excusable —pues antes de la celebración del préstamo hipotecario, el prestamista no informó adecuadamente y con suficiente antelación de un elemento que define el objeto principal del contrato, información que había de suministrar al consumidor—. Ciertamente, lo anterior recuerda a la doctrina jurisprudencial que admite la impugnación por error de contratos de *swap* y otros contratos financieros complejos, y así lo ha apuntado Cámara Lapuente a propósito de la *STS, 1.ª, P, 09.03.2017*³⁶⁵. Como expuse y desde el acercamiento contrario,

³⁶³ *Supra* [45].

³⁶⁴ Así lo indica en 2017, destacando la distinta perspectiva de valoración del control de transparencia (en la conducta del predisponente) y del error (en la persona que lo sufre) [*supra* nota 222 a) párrafo I]. En cambio, en 2004, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ apuntaba, entre otras consideraciones, que «[e]l error sobre el contenido de las condiciones generales relativas al precio y al objeto del contrato es inexcusable, porque si han recibido cumplimiento los requisitos de incorporación del artículo 5 [...] LCGC [...], el cliente habrá contado con una posibilidad de conocer su contenido. Por lo tanto, al predisponente para evitar el error le basta con el cumplimiento de las condiciones de cognoscibilidad» (texto transcrito *supra* nota 222 a) párrafo II).

³⁶⁵ CÁMARA LAPUENTE: «[...] en las citadas conclusiones [a propósito de la *STS, 1.ª, P, 09.03.2017*] 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 viciado, de manera que se ha facilitado la anulabilidad del contrato cuando la entidad financiera no cumplió todos sus derechos 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, [...], tiene una premisa similar, y más aún cuando lo que está en análisis es el consentimiento relativo a los elementos esenciales de un contrato de adhesión por parte de un consumidor. Este es el punto de intersección (deberes informativos más auténtico consentimiento) donde confluyen ambos expedientes y donde es preciso profundizar para determinar si el

la *PTGPS* extiende el control de transparencia al cliente minorista de productos y servicios financieros en el mercado de valores (nuevo art. 224 *bis* TRLMV) y en su EM VI se precisa que dicho artículo 224 *bis* TRLMV «resulta compatible con el ejercicio de la acción de anulabilidad por error vicio en el consentimiento prestado que, en su caso, quiera ejercitar el cliente minorista»³⁶⁶. En mi opinión, la abusividad *por falta de transparencia* de la cláusula suelo y el error son instrumentos a los cuales el consumidor puede acudir en defensa de sus intereses (*en su zona de intersección*). Ahora bien, es cierto que el control de transparencia ofrece mayores y mejores ventajas jurídicas al consumidor, que las del error, en lo analizado³⁶⁷. Al respecto destaca, que, en el control de transparencia, si existe previa sentencia estimatoria de una acción colectiva de cesación, el consumidor, en su posterior ejercicio de la acción individual, puede beneficiarse de ella sin perjuicio de las excepciones que el TS señala (*supra Quinto*). Asimismo, el control de transparencia, según la construcción del TS (*STS, 1.ª P, 08.06.2017*), supone «un control más objetivo de la cláusula y del proceso de contratación», haciéndose el enfoque desde la perspectiva del predisponente, mientras que en el error, «las circunstancias personales de los contratantes son fundamentales»³⁶⁸, y, en el conjunto de las analizadas SSTS sobre la cláusula suelo, subyace la mayor facilidad de la prueba sobre la falta de transparencia (criterios más estandarizados; *supra Tercero y Sexto*), comparando con el enjuiciamiento del error del con-

control de transparencia en España [...], 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)» (p. 1743). CÁMARA LAPUENTE no está de acuerdo con esa confluencia, reafirmando en su tesis de que el control de transparencia se encuentra en el control de inclusión: «[...] a mi juicio la respuesta debería ser negativa, el control de transparencia debería ser 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 [en nota 50 a pie de página menciona a Pantaleón Prieto y a Alfaro Águila-Real]» (p. 1743). Todas las citas de *Boletín del Colegio de Registradores de España* (2017). Para la tesis de CÁMARA LAPUENTE *supra* [17].

³⁶⁶ *Supra* [55]. Y v. además nota 249, para la solución alternativa que propone ORDUÑA MORENO.

³⁶⁷ No se olvide, además, la evidente ventaja de la apreciación de oficio por el juez de la abusividad de la condición general, cuando el juez cuente con los oportunos elementos de hecho y de derecho, a lo que el consumidor puede oponerse (trámite de audiencia), apreciación de oficio que en reiteradas ocasiones ha señalado el TJ. Cfr. artículo 83 TRLGDCU; y también cfr. artículo 90.2 *bis* *PTGPS* en «Cláusulas abusivas. Control de transparencia», *supra* [53] en caja más pequeña y nota 241, y en «Cláusulas abusivas. Control de contenido», artículo 83.2 *PTGPS*: «Dicho control [de contenido], aplicable de oficio por jueces y tribunales [...]». V. DOMÍNGUEZ ROMERO (2018) pp. 197-231. V. MIRANDA SERRANO, *InDret* (2018) p. 40.

³⁶⁸ *Supra* [45], y nota 222 a) para PERTÍÑEZ VÍLCHEZ.

sumidor³⁶⁹. Además, se apunta como desventaja del error, que este lleva a la anulabilidad total del contrato, algo no beneficioso para el consumidor en un préstamo hipotecario por el total e inmediato efecto restitutorio que aquella anulabilidad conlleva, mientras que el control de transparencia supone la nulidad de la cláusula suelo (Pertíñez Vílchez, Vázquez Muíña³⁷⁰). Pero, la elección de cómo encajar jurídicamente la defensa de su interés es algo que corresponde decidir al consumidor. Conviene advertir que, aunque el TS no admita la anulabilidad parcial del contrato por vicio del consentimiento³⁷¹, algunos autores lo admiten bajo ciertos presupuestos³⁷².

³⁶⁹ Traté del error en la jurisprudencia del TS y en la doctrina de los autores en *ADC* (2016) [204]-[223] pp. 641-678.

³⁷⁰ *Supra* nota 222 a) para PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, y nota 222 b) para VÁZQUEZ MUIÑA.

³⁷¹ JUAN GÓMEZ, *Actualidad Civil* (2017), pp. 6-7 (v. desde p. 4); el autor no es partidario de la anulabilidad parcial, teniendo presente el carácter esencial del error.

³⁷² Por ejemplo, y en relación con casos presentes en los Tribunales en los últimos años:

a) Para el préstamo hipotecario en divisas, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ plantea «si es posible decretar solo la anulación parcial del contrato por vicio que afecte únicamente a la cláusula de fijación en una divisa del capital y de las obligaciones del prestatario y deje el resto del préstamo vigente como un préstamo hipotecario denominado en euros desde el primer momento, lo que conllevaría un recálculo del préstamo y la compensación con parte del capital pendiente de amortización de los excesos que hubieren sido pagados por el prestatario hasta la declaración de nulidad. En principio, cabría suponer que la nulidad parcial de un contrato es incompatible con la concurrencia de un error vicio, dada la exigencia de que el error sea esencial, esto es, que recaiga sobre el objeto y además sea de tal magnitud que el contrato no hubiera sido celebrado de haberse conocido el error. Sin embargo, que el error sea esencial, en los términos del artículo 1266 del Código Civil, no quiere decir necesariamente que el contrato no pueda subsistir sin la parte afectada por el error por quedar sin alguno de sus elementos esenciales (artículo 1261 del Código Civil), pues el error puede no afectar a todo su objeto, sino solo a una parte del mismo, sin dejar por ello de ser esencial./ Es lo que ocurre en el caso de la hipoteca concertada en una divisa extranjera que podría subsistir como un préstamo en el que el capital y las obligaciones del prestatario estén estipuladas en euros [...]. Además, cuando el préstamo hipotecario contiene la opción “multidivisa”, en las propias condiciones del préstamo se dispondrá cuál es el tipo de interés nominal aplicable para el caso de que el préstamo quede fijado en euros. [...]» (p. 1222); «[l]a cuestión [...] resulta compleja y no puede quedar zanjada definitivamente a favor de la nulidad total, puesto que podría esgrimirse a favor de la nulidad parcial del préstamo, reconvertido desde su inicio en euros, sobre todo en los casos en los que el prestatario sea un consumidor y el vicio del consentimiento sea imputable a una deficiente información de la entidad financiera, que la nulidad parcial coactiva, al margen de la voluntad hipotética de las partes en el mantenimiento del contrato con la parte que queda en pie y al margen de la ponderación del equilibrio de las prestaciones resultante [*sic*; resultantes] del contrato subsistente, es la consecuencia jurídica que mejor se adecua a la protección del consumidor. En este sentido, en relación a la nulidad de las cláusulas abusivas, en la nueva redacción del artículo 83 TR-LGDCU dada por la Ley 3/2014 [...] ha desaparecido como supuesto de nulidad total del contrato el de que las cláusulas subsistentes determinen una posición no equitativa de las partes, [...]. Por eso, análogamente, se podría sostener que cuando el vicio del consentimiento sea imputable a la entidad financiera por falta de información y el prestatario fuese un consumidor la consecuencia habría de ser la subsistencia del contrato sin la parte afectada por la nulidad, esto es, en el caso concreto de los préstamos hipotecarios concertados en divisas, como préstamo reconvertido desde el inicio a euros./ La posición a favor de la nulidad parcial como solución que mejor protege al consumidor ha sido refrendada por la doctrina del TJUE en las STJUE [...]. Esta doctrina comunitaria, si

Se está ante una vieja cuestión. En 1999, cuando no existía el independiente control de transparencia, Pagador López señalaba que «nada impide que quien emite una declaración de voluntad

bien formulada para el caso de la declaración de ineficacia de las cláusulas abusivas, podría trasladarse a otros supuestos de ineficacia, como el error vicio, cuando el afectado fuese un consumidor y el error resultara imputable al empresario o profesional por incumplimiento de sus deberes de información [...]» (p. 1224; pero v. pp. 1221-1224; todas las citas de RCDI (2017)).

b) Para la cláusula de cancelación anticipada de un *swap*, que generaba al cliente un coste desproporcionado, dadas las circunstancias del caso, MARTÍNEZ ESCRIBANO apunta: «Nuestro ordenamiento positivo admite la anulación del contrato en base a una cláusula si el error es esencial, aunque no se refiere expresamente a la posibilidad de anular una concreta cláusula con base en el error. A pesar de ello, indica PARRA LUCÁN [...] que la jurisprudencia admite su existencia y la doctrina considera que no es una modalidad de invalidez distinta de la nulidad o de la anulabilidad, sino que la limitación de la ineficacia a una cláusula o parte del contrato es compatible tanto con la nulidad como con la anulabilidad, puesto que la parte inválida puede ser nula o anulable. Y añade que el anteproyecto de Código europeo de Contratos, en su artículo 146.3 expresamente recoge este planteamiento, al disponer que el régimen de la anulabilidad es aplicable cuando la causa de anulabilidad afecte a una sola cláusula del contrato o a la obligación de una de las partes de un contrato plurilateral, “siempre que una u otra gocen de una consistencia y validez jurídicas autónomas en relación con el contrato en su conjunto”. En caso contrario, si la parte el contrato anulable no goza de esta autonomía habrá que entender, continúa el precepto, que no es posible la nulidad sólo de la cláusula o de la obligación, sino que la nulidad se propagaría a todo el contrato./ En el caso concreto, el *swap* podría subsistir sin la cláusula de coste de cancelación, y de hecho los dos primeros *swaps* contratados no conllevaron un coste por cancelar anticipadamente el *swap*. Si el TS entiende que no hubo error en la contratación porque el *swap* fue querido en sí mismo, y que el problema de la cláusula relativa al coste de cancelación plantea el problema de que puede privar de facto al cliente de la posibilidad de cancelar anticipadamente el *swap* cuando por la evolución de los mercados, este producto financiero resulta contrario a sus intereses, no parece que hubiera existido óbice para mantener el contrato invalidando únicamente la cláusula sobre la que concurrió el error vicio. De este modo, se conservaría la validez del contrato, de acuerdo con los principios que deben inspirar esta materia, sin los efectos negativos de un elevado coste de cancelación que impidiera en la práctica poner fin al contrato de forma anticipada» [CCJC (2016) ap. 2.2).

c) Para un *leasing* y *swap* (cláusula sobre su coste de cancelación), NAVAS NAVARRO, con apoyo en Martínez Escribano [anterior letra b]): «Obviamente, las demandas se plantean cuando las liquidaciones arrojan saldo negativo; mientras que cuando son positivas, el cliente minorista contratante del *swap* no ve error alguno. Es, entonces, como en el caso presente, y tanto otros, cuando se interesa por su cancelación y es, solo entonces, cuando se da cuenta cabal del coste de la misma. Si el error vicio recae exclusivamente sobre el acuerdo relativo a la cancelación, cabe plantearse si se está ante un acuerdo accesorio o ante un elemento esencial determinante de la voluntad de contratar el *swap*. La argumentación de los bancos discurre por el primer cauce, la de los clientes, innecesario indicarlo, por el segundo. La jurisprudencia suele entender que se trata de un elemento esencial que incide en el resultado económico del contrato y, por supuesto, cabe declarar la nulidad de todo el contrato de *swap* por vicio del consentimiento [...]. En mi opinión, es cuestionable este planteamiento en la medida que se entienda que el elemento esencial lo representan las liquidaciones dinerarias respectivas siendo un elemento accesorio la cláusula de cancelación que no daría lugar a la anulación del contrato por vicio del consentimiento; [...]./ Sea lo que fuere, no existe inconveniente dogmático para declarar la nulidad de una cláusula de un contrato, dándose los requisitos, por concurrir error vicio en relación con ella, sin que sea preciso declarar la nulidad de todo el contrato siempre que éste pueda subsistir sin aquélla (C. Martínez Escribano [...]). En el supuesto que me ocupa, como en otros similares, es dudoso que el contrato de *swap* pudiera subsistir declarando tan solo nula la cláusula relativa a la cancelación anticipada del mismo. De hecho, éste es uno de los pactos más importantes del contrato» [CCJC (2017) ap. I].

enderezada a la celebración de un contrato mediante condiciones generales o cláusulas predispuestas y padece, al hacerlo, un vicio del consentimiento, impugne su declaración de voluntad y, por tanto, el contrato nacido con ella, conforme a los artículos 1262 [sic] y siguientes y 1300 y siguientes del Código Civil»³⁷³.

Consideraba «que, *excepcionalmente*, [...], pueda[e] prosperar la impugnación del cliente basada en la existencia de error jurídicamente relevante en cuanto al contenido regulador de una o varias cláusulas predispuestas, *aun habiendo recibido cumplimiento los requisitos de inclusión de los artículos 5 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y 10.1 a) de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*; nos referimos [Pagador López] al caso de cláusulas predispuestas que, por razón de su contenido de regulación material, puedan considerarse, por así decir, especialmente relevantes, desde el punto de vista del consentimiento del cliente, es decir, cláusulas que, pese a hallarse predispuestas, regulan extremos atinentes a los elementos esenciales del contrato, respecto de los cuales el cliente se ha forjado expectativas legítimas y razonables que ha coadyuvado a forjar su decisión de contratar. Son [...] cláusulas que afectan, alteran o modifican aquellos aspectos de la relación comercial directamente relacionados con las prestaciones fundamentales y, por tanto, con la naturaleza del contrato celebrado o que han sido objeto de negociación especial entre las partes o, simplemente, respecto de los cuales ambos contratantes pueden formarse una determinada representación mental y confiar en que no sean alterados, sin más, mediante la introducción de una simple cláusula predispuesta. Cuando se dan estas circunstancias [...], el error (ignorancia) acerca de la existencia de una de esas cláusulas *si reunirá la nota de esencialidad*, porque [...] son cláusulas que afectan a aspectos o elementos de la relación comercial sobre los que se forja la decisión de contratar; además, se tratará de un error *excusable* aun cuando hayan sido cumplidos los requisitos de inclusión, porque, por razón del contenido regulador de estas cláusulas, nadie está obligado a contar con su existencia dentro de un clausulado contractual predispuesto y, por tanto, a nadie le es reprochable el no haberlas conocido efectivamente, aunque haya podido hacerlo. [...], las cláusulas a las que nos venimos refiriendo son las que en el ordenamiento alemán (§ 3 AGB-G) se denominan *sorprendentes*; no es extraño, por ello, que la doctrina alemana haya advertido reiteradamente lo innecesario e inconveniente de instar la ineficacia de este tipo de cláusulas sobre la base del § 119 BGB, por cuanto ese mismo resultado puede ser obtenido de forma más sencilla y segura sobre la base de los §§ 3 y 6 AGB-G. Sucede [...] que en nuestro Derecho positivo se omitió deliberadamente la formulación de la regla de las cláusulas sor-

³⁷³ PAGADOR LÓPEZ, *La Ley* (1999) p. 4; el texto continúa: «[d]istinto es que ese mismo resultado puede ser obtenido *más fácilmente* mediante la aplicación de los distintos mecanismos de control establecidos por la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios» (cursiva del original; p. 4).

prendentes, y, aun cuando en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios es posible encontrar algunos materiales normativos dispersos que permiten *reconstruir* esta regla al menos con relación a los contratos en que tome parte una adherente-consumidor o usuario, no queda más remedio que afirmar que, en principio, la vigente disciplina jurídica especial de los contratos celebrados mediante condiciones generales no impide la eficacia de las cláusulas que, en los términos descritos, pueden reputarse *sorprendentes*. De ahí que a nuestro juicio [Pagador López] admitir la posibilidad de impugnación por error por parte del cliente con relación a este tipo de cláusulas no sea en nuestro ordenamiento *cuestión baladí*, y de ahí que, admitida tal posibilidad, se plantee de inmediato el problema de la determinación de las consecuencias negociales de una eventual impugnación exitosa o de una o varias cláusulas predisuestas por parte del cliente» (cursiva del original)³⁷⁴.

Y para ese *error esencial y parcial* del consumidor, Pagador López señala, bajo el presupuesto de la impugnación contractual por aquél, la consecuencia de la *anulabilidad parcial coactiva* del contrato, no admitiendo la anulabilidad total del contrato. Lo razona y construye como sigue. Según Pagador López, en «nuestro Código Civil [...] no se prevé expresamente la posibilidad de que el vicio no afecte a toda la declaración, sino sólo a una parte de ella y [...] nada se prevé para cuando tal sea el caso. No obstante [...] la mejor doctrina civilista admite que el error, sin dejar, por ello, de ser esencial, afecte sólo a una parte de la declaración. Lo que no está claro es cuáles habrán de ser las consecuencias jurídicas de la presencia de un *error esencial, pero parcial*» (cursiva del original)³⁷⁵. «A nuestro juicio [Pagador López], [...] los perjuicios derivados del error quedan perfectamente subsanados mediante el recurso a la técnica de la nulidad o anulabilidad parcial del contrato: la declaración de ineficacia de la cláusula o cláusulas sobre las que se produjo el error permitirá que desaparezca la discrepancia entre lo querido y lo declarado (si se considera que hubo error obstativo) o que prevalezca la voluntad que se formó y declaró como si tales cláusulas no existiesen (si se considera que hay error-vice). En consecuencia, no es admisible entonces que trate de desvincularse del contrato quien desde el principio quiso celebrarlo en esas condiciones. Por otra parte, puesto que el responsable del error es el predisponente, la regla aplicable al efecto de decidir si subsiste o no el contrato será la de la nulidad parcial coactiva de los artículos 9 y 10 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación o 10 bis 2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y no, [...] la que resulte de la voluntad presunta de las partes. Será [...] irrelevante que se sepa que el predisponente no habría celebrado

³⁷⁴ PAGADOR LÓPEZ, *La Ley* (1999) pp. 5-6. Sobre la no regulación de las cláusulas sorprendentes, *supra* [22] y notas 152 y 151. Como expuse, reconducen la solución de las cláusulas suelo no transparentes a las cláusulas sorprendentes, AGÜERO ORTIZ (*supra* [21] y v. nota 150) y MIRANDA SERRANO (*supra* [22]).

³⁷⁵ PAGADOR LÓPEZ, *La Ley* (1999) pp. 6-7.

el contrato sin las cláusulas impugnadas y declaradas ineficaces porque es él el responsable de su introducción subrepticia dentro del clausulado predispuesto»³⁷⁶.

Décimo. Tras todo lo expuesto en el trabajo sobre el *status quo* y grado de madurez alcanzado por nuestro ordenamiento jurídico, me parece evidentemente necesario que, en relación con el adherente-consumidor, el legislador adopte una *expresa decisión sobre* el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE, *sobre* el control de transparencia, y *sobre* las cláusulas sorprendentes en el *Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y otras leyes complementarias* (una nueva reforma puntual de los arts. 80 y ss. TRLGDCU). La seguridad jurídica ganaría (art. 9.3 CE).

SENTENCIAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Fecha	Partes	Referencia
03.06.2010	Caja de Ahorros y Monte de Piedad/AUSBANC	C-484/2008; El Derecho, EDJ 2010/78261
21.03.2013	RWE Vertrieb AG/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen Ev	C-92/2011; El Derecho, EDJ 2013/26923
30.04.2014	Kásler y Káslerné Rábai/OTP Jelzálogbank Zrt	C-26/2013; El Derecho, EDJ 2014/64254
26.02.2015	B. Matey y I.O Matei/SC Volksbank România SA	C-143/2013; El Derecho, EDJ 2015/12786
23.04.2015	J-C. Van Hove/CNP Assurances SA	C-96/2014; El Derecho, EDJ 2015/53478
21.12.2016	F. Gutiérrez Naranjo/Cajasur Banco, SAU; A.M.ª Palacios Martínez/BBVA; Banco Popular Español, SA/E. Irlés López y T. Torres Andreu	C-154/15, C-307/15, C-308/15 (asuntos acumulados); El Derecho 2016/226005
26.01.2017	Banco Primus, S.A/Gutiérrez García	C-421/2014; El Derecho, EDJ 2017/1414

³⁷⁶ PAGADOR LÓPEZ, *La Ley* (1999) p. 7; más adelante, el autor concluye su trabajo sentando: «[...] albergamos la convicción de que muchos de los problemas generados por las denominadas *cláusulas sorprendentes* pueden ser satisfactoriamente solucionados mediante el recurso a las normas de nuestro venerable Código Civil. El tiempo dirá si nuestra convicción es o no acertada» (cursiva del original; p. 8).

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA I.ª)

Fecha	Ponente Excelentísimo Señor Don	Voto particular Excelentísimo Señor Don	Cendoj: Roj
18.06.2012	Francisco Javier Orduña Moreno		STS 5966/2012
11.04.2013	Francisco Javier Orduña Moreno		STS 2254/2013
02.12.2014	Francisco Javier Orduña Moreno		STS 5771/2014
Pleno, 09.05.2013	Rafael Gimeno-Bayón Cobos		STS 1916/2013
Pleno, 08.09.2014	Francisco Javier Orduña Moreno	Ignacio Sancho Gargallo	STS 3903/2014
Pleno, 24.03.2015	Rafael Saraza Jimen		STS 1279/2015
Pleno, 25.03.2015	Eduardo Baena Ruiz	Francisco Javier Orduña Moreno; se adhiere Xavier O'Callaghan Muñoz	STS 1280/2015
29.04.2015	Rafael Saraza Jimena	Francisco Javier Orduña Moreno	STS 2207/2015
Pleno, 23.12.2015	Pedro José Vela Torres	Francisco Javier Orduña Moreno	STS 5618/2015
Pleno, 24.02.2017	Pedro José Vela Torres		STS 477/2017
Pleno, 09.03.2017	Ignacio Sancho Gargallo		STS 788/2017
Pleno, 25.05.2017	Ignacio Sancho Gargallo		STS 2016/2017
Pleno, 08.06.2017	Rafael Saraza Jimena		STS 2244/2017
07.11.2017	Pedro José Vela Torres		STS 3919/2017
Pleno, 15.11.2017	Rafael Saraza Jimena		STS 3893/2017
16.11.2017	Ignacio Sancho Gargallo		STS 4065/2017
24.11.2017	Ignacio Sancho Gargallo		STS 4121/2017
24.11.2017	Rafael Saraza Jimena		STS 4092/2017
01.12.017	Francisco Javier Orduña Moreno		STS 4261/2017
Pleno, 14.12.2017	Pedro José Vela Torres		STS 4308/2017

AUTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA 1.ª)

Fecha	Ponente Excelentísimo Señor Don	Referencia Cendoj, Roj
03.06.2013	Rafael Gimeno-Bayón Cobos	AATS 5165/2013
06.11.2013	Rafael Saraza Jimena	ATS 10482/2013
04.04.2017	Rafael Saraza Jimena	ATS 2684/2017

BIBLIOGRAFÍA

- ADÁN DOMENECH, Federico: *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*, Bosch/Wolters Kluwer (2017).
- AGÜERO ORTIZ, Alicia: «Cambio de paradigma en el control de transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente. Comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección Pleno) Sentencia núm. 171/2017 de 9 de marzo», *CCJC*, núm. 104 (2017); Thomson Reuters Proview.
- «Cláusula suelo transparente porque el consumidor tuvo un conocimiento de la misma: ¿existe alguna diferencia entre el control de transparencia y la evaluación del consentimiento? Comentario a la STS de 9 de marzo de 2017 (JUR 2017/55055)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 21 (2017) pp. 171-179.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB», *ADC* (2002), pp. 1133-1227.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «Cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato», *Almacén de Derecho* (21.03.2017) 18 pp.
- «¿Y ahora qué?», *InDret* (1/2017), 7 pp.
- «Comentario del artículo 1 LCGC», en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, dirs. Aurelio Menéndez Menéndez/Luis Díez-Picazo y Ponce de León, coord. Jesús Alfaro Águila-Real, Civitas (2002), pp. 97-141.
- ARROYO AMAYUELAS, Esther: «La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial», *InDret* (2/2017), 44 pp.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código civil*, Tecnos (2018).
- BECH SERRAT, Josep María: «Cláusulas suelo y autonomía procesal en la Unión Europea: ¿por qué no hacer una excepción a la cosa juzgada», *InDret* (1/2018), 63 pp.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «Comentario del artículo 53 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 2.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi (2015), pp. 639-687.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016: su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no sólo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo», *InDret* (1/2017) 32 pp.

- «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)», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, año LII, núm. 42, pp. 1726-1746.
- «Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas», versión escrita de la conferencia pronunciada el 26.03.2015, *AAMN*, tomo IV, curso 2014/2015, pp. 549-643.
- *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, Thomson/Aranzadi Aranzadi (2006).
- CAÑIZARES LASO, Ana: «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *RDC*, vol. II, núm. 3, julio-septiembre (2015) pp. 67-105.
- CARBALLO FIDALGO, Marta: *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente, Disciplina legal y tratamiento jurisprudencial de las cláusulas abusivas*, Bosch (2013).
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de contratos*, 2.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi (2017).
- CORDERO LOBATO, Encarna: «Comentario a la Sentencia [del TS] de 9 de octubre [sic, mayo] de 2013», *CCJC*, núm. 94, enero-abril (1994). También publicada en coautoría con CARRASCO PERERA, en *Revista CESCO*, 25.09.2013.
- DÍAZ ALABART, Silvia/ÁLVAREZ MORENO, M.ª Teresa: «La Directiva 2014/17, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial», en *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, Reus (2015) pp. 13-52.
- DOMÍNGUEZ ROMERO, Javier: *Adquisición de Vivienda y Cláusulas abusivas. La integración del Derecho español a través del Derecho europeo y comparado*, BOE (2018).
- FENOY PICÓN, Nieves: «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», *ADC* (2017) pp. 473-785.
- FERNÁNDEZ SEIJÓ, José María: «Condiciones generales y control de transparencia (Ariadna y el laberinto del minotauro)», *Actualidad Civil* (2017) núm. 5, 01.05.2017, 9 pp.; *La Ley Digital*.
- FERRERES COMELLA, Alex: «Algunas pautas para regular adecuadamente las acciones colectivas», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (2017) núm. 45, pp. 23-35.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: «Artículo 80 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 2.ª ed., Aranzadi/Thomson Reuters (2015) pp. 1027-1083.
- «Artículo 82 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 2.ª ed., Aranzadi/Thomson Reuters (2015) pp. 1103-1145.
- «Artículo 5 LCGC», en *Comentario a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (1999) pp. 139-192.
- «Artículo 7 LCGC», en *Comentario a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (1999) pp. 235-258.

- JUAN GÓMEZ, Mateo C.: «Nulidad parcial por vicios del consentimiento: una leyenda urbana», *Actualidad Civil*, núm. 4, abril (2017) 9 pp.; La Ley Digital.
- «Cláusulas suelo: crónica de una inseguridad jurídica», *Actualidad Civil*, núm. 2, febrero (2017) 26 pp. La Ley Digital.
- MARÍN CASTÁN, Francisco: «La difícil tarea de la jurisprudencia cuando fracasa la ley», *ADC* (2016) pp. 495-500.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «El tratamiento judicial de las cláusulas suelo: una historia sin final», *Actualidad Civil*, núm. 5, mayo (2017) 9 pp.; La Ley Digital.
- «Comentario a la Sentencia de 15 de septiembre de 2015. Alcance del error como vicio del consentimiento en la contratación de swaps», *CCJC*, núm. 100, enero/abril (2016); Thomson Reuters Proview.
- «El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 9 de mayo de 2013», *RDBB* (2014) núm. 133, pp. 295-344.
- «De nuevo sobre la validez de las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, de 7 de octubre de 2011)», *RDBB* (2012) núm. 126, pp. 273-299.
- «Nulidad de “cláusulas suelo” de intereses en contratos de préstamo hipotecario. Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla de 30 de septiembre de 2010 (Sentencia 246/2010)», *RDBB* (2011) núm. 121, pp. 209-239.
- MATO PACÍN, M.ª Natalia: *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, BOE (2017).
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», *RJUAM* (2013-I) núm. 27, pp. 223-252.
- «Artículo 82 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores, Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, Colex (2011) pp. 711-753.
- «Artículo 8 LCGC», en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, dirs. Aurelio Menéndez Menéndez/Luis Díez-Picazo y Ponce de León, coord. Jesús Alfaro Águila-Real, Civitas (2002) pp. 428-482.
- «Artículo 10 bis.1, I y IV, LGDCU», en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, dirs. Aurelio Menéndez Menéndez/Luis Díez-Picazo y Ponce de León, coord. Jesús Alfaro Águila-Real, Civitas (2002) pp. 893-964.
- MIRANDA SERRANO, Luis María: «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas en la contratación bancaria», *InDret* (2/2018) 76 pp.
- MORENO GARCÍA, Lucía: *Cláusulas suelo y control de transparencia, Tratamiento sustantivo y procesal*, Marcial Pons (2015).
- NAVAS NAVARRO, Susana: «Comentario a la STS, de 2 febrero 2017. Contrato de leasing y derivado financiero (swap). Deberes de información previstos en el artículo 79 bis LMV. Nulidad total o parcial de contrato. Apreciación del error vicio», *CCJC*, núm. 104, mayo/agosto (2017); Thomson Reuters Proview.
- ORDÁS ALONSO, Marta: *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos. Especial consideración a los costes asociados y la obligación de transparencia*, Bosch (2014).
- ORDUÑA MORENO, Francisco Javier: «Parte Primera: Tratamiento doctrinal de la figura», en *Control de transparencia y contratación bancaria. Régimen de aplicación y doctrina jurisprudencial aplicable*, Tirant lo Blanch (2016) pp. 15-198.

- «Las cláusulas suelo: el control de transparencia (Comentario a la STS de Pleno, 9 de mayo de 2013, núm. 241/2013)», en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, tomo II, Thomson Reuters Aranzadi (2014) pp. 2363-2377.
- PAGADOR LÓPEZ, Javier: «Impugnación por vicios del consentimiento y condiciones generales de la contratación», *La Ley* 1151/2001; *La Ley Digital*.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «10 tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato», *Almacén de Derecho*, 12.03.2017.
- PÉREZ ESCOLAR, Marta: «Incorporación al contrato de cláusulas no negociadas. Perspectivas de reforma a la luz del panorama europeo, la Propuesta de Modernización del Código Civil y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil», *ADC* (2015) pp. 409-480.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco: *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, 2017.
- «Algunas notas sobre la STJUE 21 diciembre 2016», *InDret* (1/2017) 15 pp.
- «Presupuestos para la anulación por error vicio de los préstamos hipotecarios en divisas», *RCDI*, núm. 761 (2017) pp. 1197-1238.
- «Buena fe ex artículo 1258 CC y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios», *InDret* (4/2016) 21 pp.
- «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *InDret* (3/2013) 28 pp.
- «Comentario del artículo 80 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores, Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras Leyes y Reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, Colex (2011) pp. 696-710.
- *Las Cláusulas Abusivas por un Defecto de Transparencia*, Thomson/Aranzadi (2004).
- RUIZ ARRANZ, Antonio Ismael: «STC 148/2016, de 19 de septiembre y SSTC 206/2016, de 12 de diciembre; 207/2016, de 12 de diciembre; 208/2016, de 12 de diciembre; 209/2016, de 12 de diciembre; 218/2016, de 18 de diciembre; 221/2016, de 19 de diciembre; y 223/2016, de 19 de diciembre», *ADC* (2017) pp. 1775-1779.
- SAENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: «Cláusulas suelo en préstamos con no consumidores: control de transparencia vs. buena fe», *RDC* (2016) vol. III, núm. 4, pp. 69-102; también en *RDBB* (2016) núm. 5.
- SÁNCHEZ MARTÍN, Carlos: «Parte Segunda: Control procesal de las condiciones generales y tratamiento jurisprudencial sobre productos y servicios financieros complejos», *Control de transparencia y contratación bancaria. Régimen de aplicación y doctrina jurisprudencial aplicable*, Tirant lo Blanch (2016) pp. 199-298.
- «El verdadero control de transparencia de las cláusulas predispuestas». Su definitiva plasmación y fundamentación técnica. Comentario de la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014, sobre cláusulas suelo», *La Ley* 963/2015; *La Ley Digital*.
- «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria», *La Ley* 3128/2013; *La Ley Digital*.
- «Comentario de la STS –Sala Primera–, de 9 de mayo de 2013, sobre nulidad de “cláusulas suelo”», *Revista del Poder judicial*, núm. 96, quinta época (2013) pp. 55-60.

- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada: «1. El control de transparencia de la cláusula suelo en la contratación hipotecaria es inaplicable a los empresarios/as o profesionales por no ser consumidores/as», *CCJC* (2017) núm. 103; Thomson Reuters Proview.
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE/RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, vol. I, ed. Christian VON BAR/Éric CLIVE, Sellier (2009).
- VÁZQUEZ MUIÑA, Tania: *La nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia*, Reus (2018).
- «Acción colectiva de cesación, control de transparencia y cláusula suelo», *CCJC*, núm. 105 (2017); Thomson Reuters Proview.
- VENDRELL CERVANTES, Carles: «Los efectos de las sentencias dictadas sobre acciones colectivas en materia de cláusulas abusivas respecto de las acciones individuales posteriores: jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, (47-2017), pp. 69-81.