

La transparencia material en el Proyecto de Ley (¿y en la futura ley?) de contratos de crédito inmobiliario

Control of material transparency in the Draft Law (and in the Law to be adopted?) regulating real estate credit agreements

por

M.^a NATALIA MATO PACÍN

Profesora Ayudante. Doctora en Derecho

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas. Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN: El control de transparencia material al que están sujetas las cláusulas que forman parte del objeto principal del contrato, hasta ahora de desarrollo eminentemente jurisprudencial, se positiviza en el actual Proyecto de Ley reguladora de Contratos de Crédito Inmobiliario. El cambio de contexto político en mitad de la tramitación de la norma hace que la revisión de las enmiendas planteadas al texto cobre un especial interés. Por ello, tras una exposición de los aspectos esenciales del régimen del control de transparencia material y de su aplicación por los tribunales en referencia a las cláusulas suelo, préstamos con cláusula en divisa extranjera y cláusulas índice IPRH, en el trabajo se examinan y valoran las propuestas de modificación planteadas por los Grupos Parlamentarios en esta materia.

ABSTRACT: *The control of material transparency linked to the clauses referring to the main object of the contract —developed by the jurisprudence so far— is regulated by the Draft Law on real estate credit agreements. The change of the political context while being negotiated makes the analysis of the amendments proposed to this text highly interesting. Therefore, after explaining the basic rules on the control of material transparency and its use by the courts, the main amendments to the mentioned Draft Law will be examined and evaluated.*

PALABRAS CLAVE: Control de transparencia material. Proyecto de Ley de contratos de crédito inmobiliario. Cláusulas suelo. Préstamos en divisa extranjera. IRPH. Consumidores.

KEY WORDS: *Control of material transparency. Draft Law on real estate credit agreements. Floor clauses. Loans on foreign currency. IRPH. Consumers.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN E INTERÉS DEL TEMA.—II. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL DELIMITADO POR LA JURISPRUDENCIA: 1. ASPECTOS ESENCIALES DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL. 2. APLICACIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL POR LOS TRIBUNALES: A) Cláusulas suelo. B) Préstamos hipotecarios con cláusula en divisa extranjera. C) Cláusula índice IRPH.—III. LA TRANSPARENCIA EN EL PROYECTO DE LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO Y SUS POSIBLES MODIFICACIONES.—IV. CONSIDERACIONES FINALES.—V. RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN E INTERÉS DEL TEMA

Dentro de todos los múltiples debates jurídicos que, en el marco del derecho de consumo y el contrato de préstamo hipotecario, se han producido en nuestro país en los últimos años, este trabajo se centra en uno de los que ha tenido más presencia en los tribunales. Asimismo, se trata de un ámbito en el que la doctrina jurisprudencial ha desempeñado un papel principal y lo ha hecho tanto la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) como la de nuestro Tribunal Supremo. Nos referimos, concretamente, a la exigencia de transparencia en la contratación de préstamos hipotecarios con consumidores, esto es, al conocido como control de transparencia material. En este sentido, posiblemente resultaría complicado encontrar en nuestro país a alguien que no

haya oído hablar en los últimos años acerca de las cláusulas suelo. No tuvieron una presencia tan extendida entre los consumidores en su momento pero también han estado de actualidad las que se han denominado como «hipotecas multidivisa» y, por último, en el mismo sentido se han planteado problemas con préstamos hipotecarios referenciados al índice IRPH.

En una primera parte del trabajo, tras exponer de manera sucinta qué tienen en común este tipo de cláusulas y el porqué de su tratamiento conjunto, pasaremos a analizar brevemente qué problemas han provocado y cuál ha sido su solución jurídica. Esta exposición previa será necesaria para abordar, en una segunda parte del trabajo, el estudio de las novedades o iniciativas legislativas en marcha. Textos que suponen, en cierta medida y como veremos, una positivización de las cuestiones desarrolladas hasta ahora principalmente por los tribunales en este ámbito: la Directiva 2014/17/UE de 4 de febrero de 2014 (en adelante, Directiva 2014) y, en especial, el —en la actualidad— Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, aprobado el 17 de noviembre de 2017 (en adelante, PLCCI)¹. Las circunstancias actuales que han vuelto interesante un análisis más pormenorizado de este último texto residen en el reciente cambio de Gobierno y de pactos en el Congreso de los Diputados estando en vías de tramitación el mismo. Esto puede dar lugar a que, como consecuencia de los debates y votaciones correspondientes, se produzca un cambio de la redacción final de la Ley respecto de la del texto actual del Proyecto. De ahí que cobre relevancia revisar cuáles han sido las enmiendas propuestas, en su caso, por los distintos Grupos Parlamentarios y analizar en qué consisten las medidas o modificaciones al texto del PLCCI que se plantean.

II. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL DELIMITADO POR LA JURISPRUDENCIA

1. ASPECTOS ESENCIALES DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL

La justificación para el tratamiento conjunto de las cláusulas citadas en el epígrafe introductorio debe comenzar con una, siquiera breve, delimitación de las mismas. Especialmente breve, para empezar, en lo que concierne a la cláusula suelo que, como bien es sabido, se trata de una cláusula que limita los efectos de las posibles oscilaciones del interés nominativo variable a pagar por el consumidor (por ejemplo, EURIBOR + 1.25) estableciendo un tope mínimo que impide que las potenciales bajadas se trasladen al consumidor prestatario, que siempre va a pagar dicho mínimo (por ejemplo, 2.5%). Por su parte, ¿a qué nos referimos cuando hablamos de «hipotecas multidivisa» o, mejor dicho, préstamos hipotecarios con cláusula en divisa extranjera? *Grosso modo* —pues después nos detendremos en analizar un poco más al detalle su funcionamiento

concreto—, se trata de préstamos hipotecarios que se conceden en una moneda extranjera y que tienen que reembolsarse también por parte del prestatario en esa moneda (o, en el caso de que sea un préstamo hipotecario con cláusula multidivisa, en otra divisa dentro de un elenco entre las que se puede cambiar a lo largo de la vida del contrato)². Por último, el índice IRPH es un índice de referencia más, como puede ser el EURIBOR, que se ha utilizado en algunos préstamos hipotecarios en nuestro país³. En concreto, se trata de un índice oficial publicado por Banco de España y que se podría definir como la media simple de los tipos de interés utilizados por las entidades financieras en préstamos a más de tres años para la adquisición de vivienda libre⁴.

El sentido de tratar de forma conjunta estas tres cláusulas en relación con la protección al consumidor en contratos no negociados no es su naturaleza de cláusulas no accesorias del contrato, sino de cláusulas que representan elementos esenciales del mismo, que forman parte del objeto principal del contrato. En este caso concreto, que forman parte del precio que el consumidor paga por el servicio que recibe como contraprestación⁵. Y este hecho, su naturaleza jurídica dentro del contrato, es relevante porque determina el control al que están sujetas como condiciones generales de la contratación, esto es, como cláusulas no negociadas.

Como sabemos, las cláusulas accesorias están sujetas a un primer control de incorporación —meramente formal— y, si lo superan, a un control de contenido: serán declaradas nulas por abusivas si, habiendo sido impuestas por el predisponente, suponen en contra de la buena fe y en perjuicio del consumidor un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes (art. 82 TRLGDCU). Sin embargo, este régimen de control de desequilibrio o abusividad no se aplica a cláusulas como las que nos ocupan, que se refieren a la adecuación entre el precio y los bienes o servicios proporcionados como contrapartida. El artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE es la única referencia normativa a este tipo de cláusulas y las excluye del control de abusividad, «siempre que [...] se redacten de manera clara y comprensible». Aunque el legislador español no ha transpuesto este artículo a nuestra normativa interna, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo y por una interpretación conforme a la Directiva europea, el artículo 4.2 de la misma debe entenderse vigente también en nuestro ordenamiento jurídico y, por tanto, a pesar del silencio legislativo, no cabe el control del equilibrio de las cláusulas que describan y definan el objeto principal del contrato⁶. Es decir, no cabe un control judicial de precios⁷.

A fin de conocer la razón para esta exclusión y poder enjuiciar mejor los mecanismos de tutela existentes y los propuestos al respecto, resulta de interés atender al comportamiento del consumidor desde el punto de vista del análisis económico del Derecho. En este sentido se ha dicho que aquel no basa su decisión de contratar o no contratar en

las cláusulas accesorias (por ejemplo, una cláusula penal muy elevada, una limitación de responsabilidad por parte del profesional, una cláusula de sumisión expresa que le obligue, en su caso, a demandar al predisponente ante unos tribunales lejanos). El consumidor no presta atención a estas cláusulas porque el coste de leer todo el clausulado es mayor que los potenciales beneficios de hacerlo⁸.

En lo que sí se fija el consumidor y tiene en cuenta para tomar su decisión de contratar o no contratar es en los elementos esenciales, el precio y la contraprestación. De ahí que, respecto de estos, el ordenamiento jurídico solo tiene que garantizar que el consumidor tiene un pleno conocimiento. Pero, una vez garantizado esto, es irrelevante su contenido, esto es, es irrelevante si el precio es desequilibrado respecto del «valor» del bien o servicio: el consumidor ha dado su consentimiento y no es necesaria una mayor protección porque aquí entra en juego el mercado y la competencia⁹.

¿Cuál es, entonces, el control al que están sometidas las cláusulas que definen el objeto principal del contrato? Se trata, el denominado de transparencia material, de un control que se ha ido construyendo de forma mayoritariamente jurisprudencial. Dado que lo importante es que el consumidor sea plenamente conocedor de los elementos esenciales del contrato, respecto de ellos no será suficiente con que se cumplan los requisitos formales del control de incorporación —constancia en el pliego de condiciones generales que se le ha de entregar al consumidor con una redacción relativamente comprensible o transparente—. Es necesario algo más. Como estas cláusulas influyen de forma directa en la decisión de contratar o no contratar por parte del consumidor, es necesario que este tenga, en palabras del Tribunal Supremo, «un conocimiento real y razonablemente completo de qué papel juegan en el contrato» y lo que implican en la práctica, es decir, de cuál es la carga jurídica y económica de las cláusulas¹⁰.

Si las cláusulas que definen el objeto principal del contrato superan el control de transparencia material así configurado, su contenido no podrá ser objeto de valoración pues el equilibrio o desequilibrio que represente será irrelevante al haber sido consentido por el consumidor con pleno conocimiento. Sin embargo, si el predisponente —en nuestro caso, la entidad prestamista— no ha informado de manera suficiente al consumidor como para entender que este ha comprendido lo que realmente implican las cláusulas en su contrato, podrían ser declaradas abusivas¹¹. La abusividad aquí, no obstante, insistimos, no resulta de un precio desproporcionado respecto del valor del bien o servicio. La abusividad aquí viene dada porque la falta de transparencia ha producido una alteración de lo que el consumidor pensaba legítimamente que estaba contratando, a la vista de la información que había recibido¹².

Pues bien, a la vista de esta breve exposición acerca de la configuración del control de transparencia material, cabe preguntarse cómo se ha aplicado el mismo a las cláusulas con las que abríamos el trabajo. Es decir, cuál ha sido, en su caso, el problema de transparencia que se ha planteado en torno a las cláusulas suelo, cláusulas en divisa extranjera y cláusulas índice IRPH, que ha llevado a que —al menos, algunas de ellas— hayan sido declaradas abusivas por no transparentes en multitud de sentencias.

2. APLICACIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL POR LOS TRIBUNALES

A) *Cláusulas suelo*

En el caso de las cláusulas suelo, como bien es sabido, el argumento detrás de su nulidad por falta de transparencia reside en el hecho de que las entidades financieras las incluyeran «a hurtadillas», sin ponerlas en relación evidente con la fórmula del tipo de interés nominal variable a la que afectaban y sin explicar al consumidor que, a través de esta cláusula, lo que en principio era un préstamo a interés variable, se podía acabar convirtiendo en un préstamo a interés fijo, porque como mínimo iba a pagar siempre lo establecido como suelo si descendía el índice de referencia —algo que era relativamente previsible para el predisponente que pasara—.

De los criterios tenidos en cuenta por la abundante jurisprudencia para valorar el cumplimiento del control de transparencia material podemos señalar los siguientes, detallados por el Tribunal Supremo: que estas cláusulas se resalten de una forma especial y proporcional a la importancia que revisten (por ser un elemento definitorio del objeto principal del contrato) y que no se enmascaren entre una abrumadora cantidad de datos; que no se inserten de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas; que se incorporen simulaciones de los distintos escenarios que pueden darse con las variaciones de los tipos de interés (en función del comportamiento previsible en el momento de contratar) y que expliquen qué supondría en ellos la inclusión de esa cláusula suelo¹³. El Tribunal Supremo, no obstante, ha aclarado que no se trata de cumplir con una lista concreta y cerrada de parámetros sino que de lo que se trata es de que, a la vista de las circunstancias concretas del caso, se ponga de relieve que se ha conseguido transmitir al consumidor las implicaciones de la cláusula, es decir, se ha conseguido tener «el resultado: un consumidor perfectamente informado» (por todas, ATS de 3 de junio de 2013 y STS de 9 de marzo de 2017)¹⁴.

En todo caso, por ser un supuesto más sencillo y respecto del que se ha escrito ampliamente¹⁵, nos remitimos, en general, a las consideraciones más concretas que hagamos a continuación acerca de la aplicación práctica del control

de transparencia material a los préstamos hipotecarios con cláusula en divisa extranjera, en cuyo análisis nos detendremos más detalladamente.

B) Préstamos hipotecarios con cláusula en divisa extranjera

Para comprender el problema planteado y la solución jurídica dada por los tribunales nos parece necesario, con carácter previo, hacer una breve referencia al funcionamiento de este tipo de préstamos.

Ciertamente, la naturaleza jurídica de los préstamos hipotecarios con cláusula en divisa extranjera no ha sido una cuestión pacífica, pasando de ser considerados en un primer momento instrumentos financieros derivados complejos a, después, simples contratos de préstamo con la particularidad de la referencia a una divisa extranjera¹⁶. Dicho esto, a pesar de no ser clasificado en la actualidad como un producto financiero complejo derivado a los efectos de las obligaciones de la Ley del Mercado de Valores, no se puede negar que estamos ante un contrato que tiene sus riesgos y complejidades añadidas a las de un préstamo en euros y referenciado al EURIBOR. Así, al riesgo normal de la fluctuación del tipo de interés de referencia cuando existe un tipo de interés variable, hay que sumar el riesgo de fluctuación del propio tipo de cambio, que puede tener consecuencias bastante perjudiciales para el prestatario y que, de hecho, las tuvo cuando el euro comenzó a depreciarse a partir de 2010. El problema que se generó entonces fue que, no solo aumentó significativamente la cuota mensual —en su conversión a euros—, sino que también lo hizo la cantidad pendiente de amortizar —de nuevo, convertida a euros—, pues el recálculo de cantidades según la fluctuación del tipo de cambio se aplica a todo y también, por tanto, a la deuda pendiente del prestatario¹⁷.

Para ilustrar los importantes efectos de una fluctuación del tipo de cambio en un préstamo en divisa extranjera podemos tomar los datos del supuesto de hecho analizado por el Tribunal Supremo en la sentencia de 15 de noviembre de 2017. Un consumidor concierta un préstamo hipotecario en yenes japoneses en 2008, siendo en ese momento inicial el contravalor en euros de la cantidad debida por el prestatario 260.755 euros. En 2012, después de pagar cuatro años de cuotas y debido a una apreciación del yen japonés respecto del euro, la cantidad debida pendiente de amortizar por ese consumidor —en euros— había ascendido a 404.323 euros, es decir, como apunta el Tribunal Supremo, un 55% de incremento sobre la cuantía inicial. El aumento en euros de la cuota periódica a pagar podía ser algo previsible por un consumidor medio pero no parece que lo fuera esta segunda consecuencia pues, como señala el órgano jurisdiccional, la

percepción propia de un consumidor medio que concierta un préstamo consiste en que, a medida que se van abonando cuotas de amortización, el importe de la carga económica que supone el préstamo para el consumidor irá, en todo caso, disminuyendo. No en vano, como ha señalado algún tribunal, el permanente recálculo del capital inicial (en su conversión a euros, se entiende) «es la verdadera espada de Damocles del consumidor en este tipo de contratos» (SAP de Salamanca de 18 de enero de 2018).

En este contexto, consumidores afectados comienzan a interponer demandas solicitando la anulación de las cláusulas que establecen la devolución de los préstamos en divisa extranjera, pretensión de nulidad parcial que se ha canalizado a través de diversas vías. Por una parte, el artículo 6.3 Código civil por la vulneración de normas imperativas, a saber, la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y las obligaciones derivadas de la Ley del Mercado de Valores anteriormente citada¹⁸. Por otra parte, y principalmente, alegando la existencia de error vicio del consentimiento y/o la nulidad por abusividad (derivada de una falta de transparencia)¹⁹. Los argumentos en los que esencialmente se apoyan son la insuficiente información y advertencia acerca del riesgo de fluctuación de la divisa extranjera respecto de la nacional, el énfasis en los beneficios del producto pero no tanto en los riesgos potenciales y en una ausencia de la redacción de las cláusulas de forma clara y comprensible que permitiera al consumidor apreciar el alcance de las obligaciones que asumía.

El TJUE, conociendo de varias cuestiones prejudiciales²⁰, fue el primer encargado de delimitar cuál es el alcance y configuración de la obligación de claridad y transparencia respecto de este tipo de cláusulas en divisa extranjera, es decir, cuál es la información debida al consumidor para entender superado el control de transparencia material en este supuesto. Lo hizo en la sentencia de 20 de septiembre de 2017 (caso *Andriciuc*)²¹ siendo acogida su doctrina por parte de nuestro Tribunal Supremo apenas dos meses después, en la sentencia de 15 de noviembre del mismo año. El TJUE interpreta que el artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE implica, en el ámbito de los contratos de préstamo con cláusula en divisa extranjera, que las entidades prestamistas deben facilitar previamente a los consumidores la información suficiente para que estos estén en condiciones de «tomar decisiones fundadas y prudentes». Esto conlleva la necesidad de que el prestatario comprenda no solo que existe la posibilidad de que la divisa extranjera fluctúe, sino también el riesgo al que se expone si vienen *mal dadas*, es decir, en caso de apreciación de la divisa extranjera, y cuáles son las consecuencias económicas —«potencialmente significativas», resalta el TJUE— que asume en este sentido.

Esta protección al consumidor, que en este caso se canaliza como una obligación de información, debe ser entendida además de manera extensiva. Así se

deduce del razonamiento del TJUE cuando afirma que debe exponerse de manera transparente no solo el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula —el impacto de la fluctuación en las cuotas y capital pendiente de amortizar— sino también, en su caso, «la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas». Nos parece que es de resaltar esto último en la medida en que muchos préstamos hipotecarios con cláusulas en divisa extranjera contienen otras cláusulas vinculadas y que también se podrían calificar como problemáticas en cuanto a sus consecuencias para el consumidor. Una de ellas, sobre la que también se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de noviembre de 2017, es la que atribuye al banco facultades de resolución anticipada del contrato por fluctuaciones significativas de los tipos de cambio que le perjudiquen. El funcionamiento interrelacionado de estas cláusulas —cuyos potenciales riesgos no se habían transmitido en el caso concreto al consumidor y eran, además, altamente imprevisibles para él— agrava todavía más su posición de debilidad pues puede verse ante la pérdida del beneficio del plazo y ante la obligación de devolver la totalidad del préstamo recibido sin haber mediado un incumplimiento importante por su parte²².

Por último, preguntado acerca del momento que debe tomarse como referencia para valorar si existe o no abusividad —es decir, si existe un desequilibrio importante entre lo que pensaba el consumidor legítimamente que estaba contratando a la vista de la información recibida y lo que realmente estaba contratando—, el TJUE fija como tal el momento de celebración del contrato. A tal efecto, en el caso de préstamos en divisa extranjera, hay que estar a la evolución y variaciones de los tipos de cambio previsibles en ese momento por parte del prestamista, a la luz de su experiencia y conocimientos. No hay que tener en cuenta, en su caso, las variaciones significativas del tipo de cambio que se produzcan a lo largo de la ejecución del contrato, salvo en lo que pudieran haber sido conocidas por la entidad prestamista en el momento de contratar.

Cosa distinta es, se ha apuntado, que un efectivo uso por parte del consumidor de algunas cláusulas requiera de un comportamiento activo del prestamista a lo largo de la vida del negocio jurídico. Véase, por ejemplo, otro tipo de cláusula también habitual en este tipo de contratos como es aquella que permite al prestatario solicitar el cambio de una divisa a otra, bajo determinados requisitos. Para que un consumidor medio pueda ejercitar efectivamente su facultad de cambio si la evolución de la divisa a la que está referenciado el préstamo en un momento dado le es perjudicial, debe tener, como indica el Tribunal Supremo, información suficiente acerca de estas evoluciones en forma de advertencias regulares sobre la variación de los tipos de cambio y sobre la existencia de esta facultad de modificación. Pero este comportamiento será relevante a efectos del incumplimiento de obligaciones contractuales derivadas de la buena fe, no en el ámbito de determinar si ha habido falta de transparencia o no. En todo caso,

nos remitimos a la segunda parte del trabajo, donde retomaremos esta cuestión al hilo del análisis de las enmiendas al Proyecto de Ley.

Volviendo a la abusividad, hay que estar, por tanto, a la mayor o menor diferencia entre lo que el consumidor pensaba legítimamente que estaba contratando a la luz de la información recibida y lo que realmente estaba contratando²³. Es decir, existirá desequilibrio si el consumidor, teniendo la misma información que el prestamista puede tener sobre las previsiones en el momento de la contratación (haber sido tratado de manera «leal y equitativa», dice el TJUE), no hubiera aceptado la cláusula en cuestión. Como se advertía en la exposición inicial general sobre el sentido y objetivo del control de transparencia material, la abusividad aquí se aprecia en que la falta de una información suficiente impide al consumidor prestatario tener una noción real del precio que paga por el préstamo (al menos, en la medida en que este pueda ser previsto en el momento de celebración del mismo) y, por lo tanto, comparar con otros productos.

Como indicábamos, el Tribunal Supremo aplica en su sentencia de 15 de noviembre de 2017²⁴ esta doctrina del TJUE y así lo hacen, a su vez, las sentencias de instancias inferiores dictadas a partir de esa fecha. ¿Qué elementos tienen en cuenta estas resoluciones en la práctica para valorar si se había contratado con la transparencia debida?

a) Respetto de la información debida

El primer y más importante aspecto en el que se detienen las resoluciones es la información previa que han proporcionado las entidades prestamistas al consumidor, explicando las características del contrato y sus consecuencias. El nivel de información exigido para los contratos de préstamo en divisa extranjera debe ser superior a la información que se facilita para otros tipos de préstamos con garantía hipotecaria. Así lo señalan explícitamente algunas sentencias²⁵ y parece lo coherente con los riesgos y complejidades especiales que vimos que comporta este tipo de préstamos, aun no teniendo la naturaleza jurídica de producto financiero derivado sujeto a la Ley del Mercado de Valores.

En todo caso, la carga de la prueba de haber cumplido con este deber de transparencia en la información la tiene el prestamista. A estos efectos, se valora en los razonamientos jurídicos de las sentencias circunstancias como, por ejemplo, la claridad de la publicidad o, principalmente, la existencia de documentación entregada que pudiera acreditar una información suficiente: si se ha facilitado un folleto informativo y/o la oferta vinculante, si se han incluido simulaciones de las consecuencias económicas de los distintos escenarios de fluctuación del tipo de cambio²⁶ o si se ha analizado la evolución pasada de

la cotización de las diferentes divisas²⁷. También se tiene en cuenta el hecho de que las partes hubieran intercambiado emails de los que se deduzca la familiaridad del consumidor con los riesgos derivados de las fluctuaciones²⁸. Asimismo, se menciona en varias resoluciones el hecho de que el consumidor tuviera a su disposición el acceso a la página web de la entidad donde consultar las variables que afectaban a su préstamo y las cuotas mensuales a abonar. Pero se hace para rechazar que este argumento fuera significativo porque la información accesible era limitada y no incluía el capital del préstamo pendiente de amortizar en euros (lo que sí hubiera dado una idea clara al consumidor de la repercusión que estaba teniendo la divisa en sus obligaciones contractuales)²⁹. A esto hay que sumar, pensamos, que el problema de la falta de información suficiente se ha producido ya antes del momento de formalización del contrato y ahí —y no en un momento posterior— reside el fundamento de la nulidad que nos ocupa. En la misma línea, el haber atendido durante años el pago de las cuotas mensuales que se han ido devengando no se ha considerado relevante a estos efectos [ni cabe entenderlo «*como una especie de convalidación o confirmación del contrato*», al margen de que la nulidad de pleno derecho no es, además, susceptible de convalidación, según la SAP de Valladolid (3.^a) de 22 de enero de 2018]³⁰.

Vinculado a la necesidad de una información cualificada se ha resaltado en algún razonamiento la falta de formación del empleado de la entidad bancaria, por ser un hecho que convertía en dudosa la capacidad para trasladar y explicar al consumidor las características e implicaciones del contrato [SAP de Valladolid (3.^a) de 8 de febrero de 2018].

También se alude en algunas resoluciones al hecho de que la iniciativa de la contratación del producto fuera del consumidor o bien una recomendación por parte de la entidad prestamista. Parece que no necesariamente es relevante el dato de quién ha tomado la iniciativa porque, a pesar de que no haya sido un producto recomendado por el personal de la entidad sino solicitado por el propio consumidor, si no tiene un perfil que presuponga que tiene conocimientos suficientes y no se le ha dado la información previa necesaria, igualmente se tiende a concluir la no transparencia de la cláusula. La SJPI de Madrid (49.º) de 22 de diciembre de 2017 evidencia en este sentido de forma muy clara que «el hecho de que un cliente acuda con una idea preconcebida de pedir un préstamo de estas características no supone que tenga conocimiento pleno».

Por último, la jurisprudencia incide en que se trata de información a entregar *antes* de la formalización del préstamo ante notario. En este sentido, es una afirmación reiterada y común a todas las sentencias que la lectura y mera advertencia genérica notarial de los riesgos es insuficiente por sí misma porque se produce al final del proceso, cuando el consumidor ya difícilmente va a reconsiderar su decisión. También sobre el papel del notario volveremos en la segunda mitad del trabajo.

b) Respetto del perfil del consumidor

El perfil del cliente en el ámbito de la contratación de productos financieros complejos ha sido una de las variables centrales de la valoración de su anulación por parte de la jurisprudencia. En estos casos, la figura jurídica a través de la que se solicitaba esta anulación del contrato es el error vicio del consentimiento, uno de cuyos requisitos es la excusabilidad, esto es, que el error no sea imputable al que lo padece. Para enjuiciar si el error pudo ser evitado por quien lo padeció empleando una diligencia media es fundamental atender, por lo tanto, al nivel de formación y experiencia del concreto contratante³¹. El enfoque del papel del perfil del consumidor en el control de transparencia de los elementos esenciales es, en general, otro. Para analizar si una cláusula supera el control se toma como referencia el consumidor medio, es decir y en palabras del TJUE, se valora si «un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz» ha podido conocer y comprender el alcance de la cláusula en cuestión (en este caso, de la cláusula de reembolso del préstamo en divisa extranjera, sentencia de 20 de septiembre de 2017, caso *Andriuc*)³².

Se ha señalado³³ que es más sencillo que una cláusula sea declarada nula por abusiva por falta de transparencia que entender, en el mismo supuesto, que el consumidor ha contratado bajo error vicio del consentimiento. Esto ocurre porque, mientras que lo relevante en el primer caso es la conducta del predisponente (es decir, si ha proporcionado la información suficiente para que la cláusula sea comprensible por el consumidor), lo que debe resultar probado en el error es que ha existido una ausencia de comprensión real de la cláusula. Y para ello hay que valorar la diligencia desplegada por el propio prestatario, que dependerá de sus circunstancias subjetivas (su nivel de formación o su experiencia previa en contratos similares), algo irrelevante, *a priori*, en el caso del control en materia de consumo.

Sin embargo, aunque el énfasis del control de transparencia material esté situado en el lado del prestamista predisponente y todas las observaciones se hagan tomando como referencia a un «consumidor medio», esto no quiere decir que en ningún caso pueda tener relevancia el perfil del consumidor en el caso concreto³⁴. Si de lo que se trata es de que el consumidor comprenda qué está contratando, es evidente que es un aspecto que puede entrar en juego en la valoración. Y, de hecho, el juicio de abusividad ha de hacerse —como, recordemos, ha recalcado la doctrina del TJUE— atendiendo a las circunstancias del caso concreto en el momento de la celebración del contrato³⁵. Con lo que, pensamos, no se puede excluir que, a pesar de que el peso del control se sitúe en el cumplimiento o no por parte del prestamista de sus obligaciones de información, el perfil del consumidor pueda tener alguna relevancia en el caso concreto. Como señala la SAP de Valladolid (3.^a) de 12 de febrero de 2018, «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 todo caso, en sentencias conociendo de préstamos hipotecarios en divisa extranjera la mención al perfil del consumidor se hace mayoritariamente como argumento de refuerzo. En la mayor parte de los casos, de refuerzo para destacar su falta de experiencia y formación para entender los riesgos del contrato cuando no ha existido una información adecuada por parte del prestamista³⁶. En algunos otros, sin embargo, también se ha utilizado en sentido contrario, es decir, como una razón más —es cierto que, por tanto, nunca la única— para concluir cubierto el control de transparencia material³⁷.

C) Cláusula índice IRPH

Por último, ¿cuál ha sido la aplicación del control de transparencia respecto de las cláusulas índice IRPH? En este caso, la solución dada por el Tribunal Supremo ha sido diferente a la de los dos supuestos anteriores. Así, en su sentencia de 14 de diciembre de 2017 falló a favor de considerar que no hacía falta, para entender cumplida con la debida transparencia, informar al consumidor de manera pormenorizada acerca de cómo se forma este índice³⁸. Entiende que, al tratarse de un índice oficial cuya elaboración está supervisada por el Banco de España —quien lo publica mensualmente—, es una información pública y accesible para cualquiera y un índice no controlable por reflejar una disposición administrativa. Señala el Tribunal Supremo que la transparencia se cumple en este caso con el hecho de que el adherente pueda conocer sin especiales esfuerzos cuál es el índice de referencia —de entre los varios admitidos legalmente— que se utiliza por el predisponente en el contrato en cuestión así como el diferencial a aplicar sobre tal índice para el cálculo del interés remuneratorio del préstamo ofertado. Y de ahí que marque distancias con el caso de las cláusulas suelo: en el caso del IRPH el consumidor puede conocer de manera sencilla que tendrá que pagar el resultado de sumar el índice y el diferencial mientras que, sin embargo, en las cláusulas suelo el problema residía en que el coste del préstamo no siempre funcionaba con esos dos elementos ya que había que tener en cuenta el tope mínimo por debajo del cual el diferencial no fluctuaba.

Además, volviendo a la doctrina ya apuntada del TJUE sobre el momento temporal que debe tenerse en cuenta para el control —recordamos, la celebración del contrato—, recalca que no se puede exigir a la entidad prestamista que hubiera informado al cliente sobre el comportamiento futuro del índice IPRH en lo que no fuera previsible. Lo único que podría haberse exigido, según el Tribunal Supremo, es informar al consumidor de que una evolución del IRPH

más desfavorable que la del EURIBOR podría ser peor para él si, pese a los distintos márgenes³⁹, el resultado era superior, lo que, concluye, es una obviedad.

Este fallo, no obstante, no fue unánime pues la sentencia contenía el voto particular de un magistrado (al que se adhiere otro) en sentido contrario: en él se señala que los deberes de información que incumben al profesional deben ser entendidos de manera extensiva para cumplir con la doctrina del TJUE y que, por tanto, estos deberes van más allá de la mera referencia al índice oficial en la cláusula predispuesta: la fórmula aritmética es relativamente compleja a efectos de transparencia para el consumidor medio y, además, argumentan, el carácter residual de su utilización hacía que los consumidores estuvieran menos familiarizados con el índice respecto del EURIBOR.

Nos parece que habría que comenzar puntualizando, que, aunque la formación del índice esté determinada por una disposición administrativa la cláusula que incorpora el índice al contrato sí que está sujeta a un control de transparencia pues, como sabemos, la razón de ser del mismo no es valorar si el contenido de la cláusula (la formulación del índice tal y como se ha predeterminado por el Banco de España) es o no adecuado. El objeto de la transparencia material es garantizar, en su caso, que se han transmitido de forma conveniente al consumidor las implicaciones que, como elemento esencial, tiene para él la cláusula en el contrato. En este sentido, parece claro que el consumidor sí que tendría un acceso relativamente sencillo al valor del índice en cada momento, es decir, al precio del préstamo. Dicho esto, uno de los argumentos en los que se apoya el voto particular para entender necesaria una información más detallada por parte del prestamista es en la compleja y peculiar formación del índice —respecto del EURIBOR—. Esta «peculiar configuración» a la que se refiere es el hecho de que la fórmula de cálculo del índice IRPH incluye los diferenciales, gastos y comisiones que los clientes pagan a las entidades, ya que se trata de una media simple de los tipos de interés cobrados por las entidades, a partir de los datos que estas proporcionan. Superado el argumento de la arbitrariedad⁴⁰, la pregunta que a nuestro juicio es pertinente para saber si es suficiente con indicar cuál es el índice y dónde consultarlo —sin necesidad de dar una explicación más detallada sobre su composición y consecuencias—, no es exactamente si el consumidor sabía la fórmula concreta del IRPH. Posiblemente tampoco hubiera sabido interpretar, en su caso, cómo se calcula el EURIBOR. La cuestión es si esta «peculiar configuración» del IRPH afectaba a su posibilidad de variación y hacía que el índice fuera presumiblemente más perjudicial para el consumidor en su evolución futura, es decir, si esta iba a mantenerse siempre previsiblemente en valores superiores a los del EURIBOR. El atractivo con el que se vendía este producto a los consumidores era su estabilidad (se trata de un índice calculado respecto de una media de tres años con lo que no tiene variaciones tan bruscas como el EURIBOR) y unos diferenciales más competitivos que los del índice más extendido. En este sentido, el consumidor sí podría beneficiarse de no verse

afectado por una posible subida brusca del EURIBOR porque, al ser el IRPH una media a tres años, tardaría más en reflejar dicho movimiento. Pero esta hipotética situación sería solo (y muy) temporal. Y como el IRPH recoge las subidas de diferenciales que —presumiblemente— vayan fijando las entidades en su oferta comercial para compensar las bajadas del EURIBOR (cuando estas se den), el primer índice será normalmente siempre mayor que el segundo. El problema, por tanto, más que en una falta de transparencia derivada de que el consumidor no tuviera conocimiento de un elemento esencial como es el índice al que está sujeto su préstamo o de la (no) obligación del prestamista de ofertar también préstamos referenciados al EURIBOR⁴¹, reside en aquellos supuestos en los que se haya ofertado el IRPH como la mejor opción, resaltando su estabilidad sin hacer lo propio con otras consecuencias de su fórmula de cálculo. Aun siendo las evoluciones futuras de ambos índices imprevisibles —y no vinculantes a los efectos de determinar la abusividad por falta de transparencia de una cláusula—, por la composición expresada se antoja difícil que el IRPH pudiera ser a largo plazo más beneficioso que el EURIBOR.

En todo caso, parece que hay debate y, de hecho, de nuevo se ha recurrido al TJUE para determinar el alcance del control de transparencia en este supuesto. Se han planteado varias cuestiones prejudiciales al citado tribunal europeo⁴² pidiendo aclaración, entre otros aspectos, respecto de si es necesaria la información detallada acerca de la configuración del índice y su evolución pasada y futura, gráficos y comparativas. El TJUE ha decidido no tramitar la cuestión prejudicial mediante el procedimiento acelerado con lo que todavía no parece próxima la decisión que ponga punto y final a la valoración de cuáles son los deberes de transparencia de obligado cumplimiento por parte de las entidades prestamistas respecto del índice IRPH. Mientras tanto y a pesar de la sentencia del Tribunal Supremo, las decisiones jurisprudenciales en instancias inferiores no son unánimes. Y es que en los últimos meses se encuentran entre los Juzgados de Primera Instancia algunas sentencias que fallan a favor de entender que las cláusulas índice IRPH no superan el filtro de transparencia —y, por tanto, son nulas— ante la falta de información precisa al consumidor para conocer la conformación del índice de referencia⁴³. Ello antes de que planteara y aceptara la cuestión prejudicial por el TJUE, circunstancia que ha provocado la suspensión de muchos procedimientos a la espera de la resolución del órgano jurisdiccional europeo. La última novedad al respecto ha sido la publicación de las observaciones realizadas por la Comisión Europea al TJUE respecto de este proceso de petición de decisión prejudicial: la Comisión Europea propone en ellas entender que el deber de transparencia del artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE comprende, respecto del índice IRPH, la obligación de explicar la configuración del índice y su evolución así como de realizar una comparativa⁴⁴. Es decir, la Comisión adopta la postura del voto particular y no la del fallo principal de la sentencia del Tribunal Supremo.

III. LA TRANSPARENCIA EN EL PROYECTO DE LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO Y SUS POSIBLES MODIFICACIONES

Como se ha señalado hasta ahora, la mayor parte de este control de transparencia material respecto de las cláusulas que forman parte del objeto principal del contrato ha sido de creación jurisprudencial, tomando como punto de partida la sucinta mención del artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE. Sin embargo, y ante los problemas generados en la concesión y contratación de préstamos en el mercado europeo —especialmente, para la adquisición de vivienda—, se aprueba en 2014 una Directiva sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, con la idea de establecer un marco jurídico adecuado y armonizado que fomente la responsabilidad en la concesión y contratación de préstamos y que eleve, con ello, el grado de protección de los consumidores.

Esta norma recoge, entre otras, una serie de obligaciones más o menos generales para las entidades prestamistas en materia de transparencia dentro de su ámbito de aplicación. La transposición parcial de esta norma a nuestro ordenamiento jurídico se producirá cuando se apruebe el PLCCI que se está tramitando en la actualidad en el Congreso de los Diputados (Proyecto de 17 de noviembre de 2017)⁴⁵. Se trata de una transposición que va más allá de la Directiva 2014, pues incluye otras previsiones no recogidas por esta pero que pretenden regular cláusulas concretas que han resultado problemáticas en nuestro país en materia de préstamos hipotecarios de consumo (especialmente, intereses moratorios abusivos, cláusulas de vencimiento anticipado, gastos...). Sin perjuicio del enorme interés del análisis de la regulación propuesta respecto de estas otras cuestiones, nos centraremos de aquí en adelante en las menciones directamente relacionadas con el tipo de cláusulas y control objeto del presente trabajo, esto es, la regulación del control de transparencia material. Como señalábamos al principio, el cambio de pactos en el Congreso de los Diputados en la mitad de su tramitación, ha hecho que el análisis y valoración del texto del Proyecto y, en especial, de las enmiendas presentadas por los distintos Grupos Parlamentarios, haya recobrado interés pues puede que alguna de ellas acabe formando parte del futuro texto de la norma.

Pues bien, en lo que aquí interesa, ¿qué mecanismos de protección al consumidor en materia de transparencia incluyen estos textos? ¿Están en la línea del desarrollo jurisprudencial del control y son suficientes para cumplir su objetivo?⁴⁶

Inicialmente se alude en ambos casos a unos principios de actuación general (actuación «honesta, imparcial, transparente y profesional», teniendo en cuenta «la información sobre las circunstancias del prestatario» y «las hipótesis razonables sobre los riesgos», art. 4 PLCCI) que se concretan después en obligaciones

de publicidad e información precontractual. En este sentido y respecto de los préstamos en divisa extranjera, la publicidad debe contener de forma clara, concisa y destacada una advertencia sobre el riesgo de que aumente el capital adeudado como consecuencia de posibles fluctuaciones del tipo de cambio, si bien no se exigirán ejemplos representativos en esta relación meramente publicitaria [arts. 11.2.j) Directiva y 5.1.f)5.º PLCCI].

Por su parte, la finalidad que se pretende conseguir con la información precontractual es permitir al prestatario comparar los préstamos disponibles en el mercado para poder tomar una decisión fundada sobre la conveniencia de celebrar o no un contrato de préstamo (arts. 14 Directiva, 8 y 12 PLCCI), ideas estas —la de comparar y la de tomar una decisión «fundada»— que ya habíamos visto presentes en los razonamientos del TJUE y del Tribunal Supremo. Esto se pretende garantizar, por un lado, estableciendo un plazo mínimo de antelación para la entrega de los documentos de siete días naturales respecto del momento de la firma del contrato⁴⁷. Por otro, y para facilitar la información, creando la denominada Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) que, en el caso español, se complementa además con una Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE), de entrega obligatoria, entre otros, para cumplir con las normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios que recoge el artículo 12 PLCCI. En ambos documentos se pretende dejar constancia de forma detallada de las características y riesgos principales del préstamo. En lo que aquí atañe y respecto de la FEIN, son múltiples las referencias que deben hacerse, en su caso, al hecho de que el contrato esté concedido en una moneda extranjera y a las variaciones que pueden darse en el capital del préstamo. Concretamente, se debe incluir una simulación de lo que aumentaría la deuda en la moneda nacional del prestatario en el caso de una variación del tipo de cambio de un 20% negativa para este último. Asimismo, se deben especificar los derechos del consumidor ante una subida significativa del importe del crédito —véase, derecho a renegociar el préstamo o a convertirlo en otra moneda— (punto 3 FEIN, Características principales del préstamo). Debe indicarse también cómo se determinará el tipo de cambio aplicable durante la vida del contrato y, respecto del tipo de interés variable, una explicación acerca de los componentes de su fórmula y dónde puede el prestatario obtener información sobre los índices o tipos de referencia utilizados en el contrato.

La FiAE que, en virtud del artículo 12 PLCCI, debe también entregarse con antelación y en papel u otro soporte duradero, incide en las cláusulas objeto principal del contrato que han sido más problemáticas en nuestro ordenamiento jurídico. De ahí que especifique la necesidad de hacer mención a los índices oficiales de referencia utilizados para fijar el tipo de interés variable (en relación con la cláusula índice IRPH), 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 a los que aquel esté referenciado (en relación con las cláusulas

suelo) y al hecho de estar ante un préstamo en moneda extranjera (préstamos con cláusula en divisa extranjera), entre otros⁴⁸.

La delimitación de la obligación de información precontractual prevista en la Directiva acaba aquí⁴⁹ pero en el PLCCI se prevé un segundo paso bajo lo que se denomina «comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material» (art. 13). En esta fase, el papel de garantizar la protección al consumidor lo desempeña la figura del notario, al que el prestamista ha de remitirle toda la documentación entregada al cliente (art. 12.1 *in fine*). De hecho, dentro de la información que, como mínimo, debe recibir el prestatario, está la de advertirle de «la obligación de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario» (art. 12.1.f)). De este modo, el prestatario debe comparecer ante él antes del día de la firma del contrato para que el operador jurídico compruebe que ha recibido en tiempo la documentación preceptiva y le asesore de forma individualizada acerca de las características y los riesgos concretos del contrato (deteniéndose en cada una de las cláusulas sensibles que deben detallarse en la FEIN y la FiAE). Se pretende, por lo tanto, la comprensión real de lo que se está contratando y de ahí que se haga referencia, entre otros, a ejemplos de aplicación práctica de las cláusulas en distintos escenarios económicos e incluso a un test al que debe responder el prestatario. De forma similar a lo ya recogido en la EHA/2899/2011, el prestatario debe dejar constancia, de su puño y letra, de que ha recibido con la antelación prevista legalmente la documentación necesaria y que comprende, entiende y acepta los riesgos económicos y jurídicos de la operación.

Esta fase de «comprobación» del cumplimiento previo de la obligación de transparencia es tan relevante que sin ella no es posible la formalización del préstamo. Así, todas las cuestiones indicadas en el párrafo anterior (y, en general, todas las contenidas en el artículo 13 del Proyecto), deben constar en un acta notarial sin la cual «no podrá autorizarse la escritura pública del préstamo» (art. 13.4 *in fine*)⁵⁰.

¿Qué valoración cabe hacer de este refuerzo novedoso del papel del notario durante la fase previa a la formalización del contrato? *A priori*, todos los mecanismos que supongan un aumento de las garantías de que el prestatario comprenda realmente antes de la firma del contrato cuál es la carga jurídica y económica que asume, merecen una calificación positiva. Cuestión aparte es si lo que en este artículo se califica como mera «comprobación» del cumplimiento de la transparencia material —lo que sugiere que la obligación de información se ha tenido que cumplir de forma previa por parte de la entidad prestamista— se convierte en la práctica en *parte* de esa obligación de transparencia, si no en la parte fundamental de la misma, pues puede ser que, al final, lo que realmente garantice al consumidor una comprensión del producto sea el asesoramiento individualizado por parte del notario⁵¹, más que las «explicaciones adecuadas» previas del prestamista y todas las menciones que se exigen en la

FEIN y FiAE, que no dejan de ser documentos estandarizados que, posiblemente, por sí mismas, no arrojen luz al prestatario sobre las cuestiones complejas del contrato. De ahí que sea importante recalcar que los deberes de transparencia recaen sobre la entidad prestamista y que no cabe aplicar el artículo 13 y el papel del notario de tal forma que vacíe o relaje el contenido de esta obligación y en el sentido de que al final casi pueda suponer una suerte de garantía para el prestamista de que el consumidor, tras su paso por la notaría, no va a poder alegar que no había recibido la información adecuada.

De hecho, precisamente son los artículos 12 y 13 PLCCI, núcleo duro de la transposición de la Directiva y del control de transparencia, respecto de los que se han presentado más enmiendas⁵². En algún caso, incluso proponiendo directamente su supresión bajo el argumento de que acarrearán consecuencias negativas para el consumidor y protegen realmente al prestamista al suponer solo la entrega de más documentación formal, situar el control en el ámbito del notario —excediendo de sus competencias— y establecer una presunción *iures et de iure* de que el prestatario está debidamente informado⁵³. Un razonamiento hasta cierto punto similar pero con consecuencias menos intensas está detrás de las enmiendas que mantienen la pervivencia de los artículos pero con modificaciones. Así, la mayor parte de los cambios propuestos van en la línea de resaltar que la obligación de hacer entender al cliente las implicaciones económicas y jurídicas de lo que va a contratar corresponde principalmente al prestamista. Esto es lo que se pretende al plantear, por ejemplo, la supresión de la serie de comprobaciones financieras con las que el artículo 13.2.b) carga al notario («recoger pruebas realizadas por el prestatario para el 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»)⁵⁴. O también con el cambio del momento temporal en el que debe el prestatario declarar de forma manuscrita que ha recibido la documentación preceptiva y que comprende y acepta su contenido y entiende los riesgos económicos de la operación. El artículo 13.2.d) del Proyecto sitúa esta manifestación en el momento de comparecencia ante el notario pero alguna enmienda plantea adelantarlo a la fase de comercialización con el prestamista pues es a este a quien le corresponde la obligación de facilitar toda la documentación e información necesaria⁵⁵.

A nuestro juicio, siguiendo en la línea de la idea formulada antes y sin perjuicio de lo que apuntaremos en el último epígrafe respecto del papel del registrador, nos parece acertada la presencia y delimitación explícita de la figura y labor del notario en el proceso de contratación pues dentro de sus funciones está la de controlar la legalidad y es un operador jurídico idóneo para realizar esta labor de supervisión o control. Pero, del mismo modo y como señalábamos, creemos que el texto del artículo 13 del Proyecto de Ley

no responde a la idea que parece querer dar su título (la de una *comprobación* del cumplimiento previo de la transparencia material) sino que carga sobre los hombros del notario la mayor parte de la tarea real de asesoramiento activo al prestatario⁵⁶. La regulación impone una serie de obligaciones que suponen una mayor garantía de que este vaya a contratar con un conocimiento verdadero de las consecuencias jurídicas y económicas que asume. Pero esas obligaciones, hablando desde un punto de vista de obligaciones delimitadas y concretas que puedan ser identificables y exigibles, están en la fase de la relación prestatario-notario. Es cierto que el artículo 13.1 del Proyecto comienza señalando que las previsiones respecto del notario lo son «sin perjuicio de las explicaciones adecuadas que el prestamista [...] debe facilitar al prestatario». Pero esta es la única mención a un deber de información a cargo del prestamista que no sea meramente documental pues el artículo 12 del Proyecto —respecto de las cláusulas objeto de este trabajo— lo que hace es enumerar una serie de documentos de los que debe hacer entrega al prestatario, aun cuando el aumento de la documentación, por sí sola, no conlleva necesariamente una mayor comprensión. Estas obligaciones formales y la genérica referencia a unas «explicaciones adecuadas» están lejos del detallado asesoramiento de la mano del notario recogido en el artículo 13. Partiendo de estas premisas, nos parece que debe valorarse de forma positiva el traslado de la manifestación por parte del prestatario de haber recibido la documentación y explicaciones y de haber comprendido su contenido a un momento previo, a la fase de su relación con el prestamista. Además, nos inclinamos por recoger en el artículo 12 de forma explícita y detallada la obligación material de información por parte del prestamista (quizás con algunas de las menciones que se señalan en el artículo 13 para el notario: ejemplos de aplicación práctica de cláusulas financieras en diversos escenarios de coyuntura económica, información individualizada sobre cada cláusula...⁵⁷)⁵⁸. Es evidente que el hecho de explicitarlo como deber para la entidad financiera no hace que automáticamente se garantice que se haya informado adecuadamente al prestatario. Siendo puntillosos, ni siquiera el hecho de que este haya expresado de su puño y letra que le han explicado y que comprende la carga jurídica y económica de los elementos esenciales del contrato asegura completamente que esto sea así⁵⁹. Pero precisamente para su comprobación existen filtros, uno de los cuales es el filtro del notario: para cerciorarse de que se han dado las explicaciones —*a priori* suficientes— que conforman el deber de transparencia material que tiene la entidad y, por supuesto, para completar la información y asesoramiento allá donde sea necesario y no haya llegado el prestamista, a quien —eso sí—, en rigor, corresponde el grueso o el peso de la obligación —como por otra parte deja claro la Directiva⁶⁰—. Con todo, hay que ser conscientes de que el efecto de una intervención del notario asesorando el día de antes de la firma del contrato (tal y como permite el art. 13.3) sería bastante similar al de hacerlo de forma coetánea a

la propia firma (que es lo que se quiere evitar), en cuanto a garantía de que pueda producirse un cambio de voluntad del prestatario si, una vez comprendidos todos los elementos del contrato, este no le interesa⁶¹.

Íntimamente vinculadas con el proceso de comprobación, también se plantean enmiendas a cuestiones más concretas reguladas en estos dos artículos 12 y 13 del Proyecto. Es el caso de la supresión del apartado 5 del artículo 13 —referido a la validez probatoria del acta notarial—⁶² y la inclusión en el artículo 13, apartado 6, de la exigencia de que el prestatario intervenga en el otorgamiento de la escritura obligatoriamente asistido por letrado en ejercicio⁶³. Respecto a lo primero, coincidimos en la conveniencia de la eliminación del texto que presume veraz e íntegra el acta y afirma su valor como prueba de que se ha cumplido con el principio de transparencia material en tanto en cuanto demuestra que se ha prestado asesoramiento por el notario y que el prestatario ha comprendido y aceptado el contenido de los documentos⁶⁴. Está claro que en algún momento hay que situar el punto y final de la comprobación de una comprensión que, como hecho subjetivo que es, no va a poder nunca asegurarse por completo. Evidentemente, en este sentido, el acta es una prueba de mucho peso a favor de entender superado el control de transparencia material pero esto no obsta para que pudiera darse algún supuesto excepcional en el que pudiera suceder lo contrario, opción que queda del todo descartada con este artículo que parece redactado en términos muy definitivos y contraproducentes para los intereses del consumidor⁶⁵. Además, aunque volveremos sobre ello en el último epígrafe, no podemos olvidar el papel ulterior del registrador en cuanto a supervisor del cumplimiento de los requisitos legales, entre los que se encuentran estas obligaciones de información y transparencia. En cuanto a incluir la obligación de comparecer ante el notario asistido de letrado en ejercicio para recibir el asesoramiento legal apropiado y sin conflicto de intereses, si bien estamos de acuerdo en que sería la situación ideal pues la firma de este tipo de contratos es lo suficientemente relevante como para justificar la asistencia de un abogado, no compartimos la idea de imponerlo como algo obligatorio en el proceso en la medida en que supone un coste añadido a cargo del prestatario para garantizar una transparencia que, en correcta aplicación de la norma, debería quedar cubierta por la actuación del prestamista y la posterior supervisión y confirmación del notario.

Sin perder de vista estas medidas generales sobre transparencia material, tanto la Directiva 2014 como el PLCCII contienen, además, previsiones específicas respecto de cláusulas especialmente complejas y que se han revelado problemáticas en la práctica. En lo que aquí nos interesa, ambos textos se detienen en los préstamos en moneda extranjera (art. 23 Directiva y art. 18 PLCCI) y en las cláusulas de interés variable (art. 24 Directiva y art. 19 PLCCI). El texto español contiene, asimismo, algunas menciones a las cláusulas que limitan la variación de tipo de interés, esto es, las cláusulas suelo.

Comenzando por estas últimas para mantener el mismo orden de exposición que en la primera parte del trabajo, el artículo 12.1.b) PLCCI obliga a hacer referencia expresa en la FiAE 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 a los que aquel esté referenciado» mientras que el artículo 13.2.b) incluye dentro de los ejemplos y escenificaciones a cargo del notario según la coyuntura económica, «en especial», «las relativas a tipos de interés». Las enmiendas presentadas que afectan a este tipo de cláusulas varían entre aquellas que plantean directamente su prohibición y aquellas que aceptan su inclusión en el contrato pero con ciertas limitaciones. Las que abogan por suprimir cualquier mención a la posibilidad de existencia de este tipo de cláusulas lo hacen porque entienden que legitima cláusulas que numerosa jurisprudencia en nuestro país ha declarado nulas (aunque, en una de las enmiendas, puntualizando que se permite la excepción de las llamadas cláusulas cero, que impiden la aplicación de intereses negativos)⁶⁶. Por su parte, aquellas enmiendas que las aceptan pero con matices optan por reforzar el deber de información e incluir ciertas restricciones a su utilización que supongan una mayor tutela para el prestatario. En esta línea, se propone exigir una proporción entre la cláusula suelo y la cláusula techo y que el suelo no sea nunca «superior al interés que el prestatario haya de pagar en su primera disposición»⁶⁷. Es decir, se trata de evitar al prestatario la sorpresa de que en un momento futuro del préstamo el tipo de interés no pueda descender respecto de uno más elevado que el que se le aplicó al inicio de su contrato y del que sí era conocedor⁶⁸. Por otro lado, también se ha apostado por declarar nula una cláusula suelo en un contrato con un consumidor si no va acompañada de una cláusula techo o si es un suelo alto, en especial en proporción con el valor del índice de referencia aplicable en el momento de la contratación⁶⁹.

Pues bien, a pesar de la gran controversia y los perjuicios que las cláusulas suelo han generado en nuestro país a multitud de consumidores, que se han visto obligados a acudir a los tribunales en buena parte de los casos para defender sus intereses, no nos parece correcto prohibir la utilización de este tipo de cláusulas. Como ha señalado el Tribunal Supremo reiteradamente, no se trata de cláusulas abusivas y nulas en sí mismas sino de lícita utilización por parte de las entidades financieras como parte de su libertad para determinar el precio del préstamo. El problema con las cláusulas suelo, como es sabido, fue su falta de transparencia, es decir, que no se informó al consumidor de su existencia y de lo que implicaban para él. Comprendiendo el consumidor completamente la carga jurídica y económica que suponen son válidas. Como aquí no se está valorando si el precio del préstamo es —como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo— muy «caro» o «barato» sino solo si es desequilibrado respecto de lo que el consumidor creía legítimamente que estaba contratando según la información recibida, no sería necesario entrar a limitar cuantitativamente qué

suelo sería aceptable sino que, al ser parte del objeto principal del contrato, con ser transparente desde el punto de vista material la cláusula sería válida. De ahí que restricciones que supongan un límite en la cuantía de la cláusula suelo solo tendrían sentido en la medida en que se interpretaran como vías para ayudar a la transparencia y eliminar cualquier efecto sorpresivo de, por ejemplo, encontrarse con un suelo muy elevado respecto del interés que pagó al inicio (es decir, del que el consumidor es más consciente) o del que creía que estaba contratando (manteniendo una proporción respecto del tipo de referencia). En cuanto al papel de las cláusulas techo como mecanismos de protección del prestatario, hay que advertir que no siempre han sido vistas por los tribunales como una garantía de protección para los consumidores. Antes bien, en muchos casos la existencia de una cláusula techo —eso sí, desproporcionadamente alta— ha colaborado a hacer la cláusula suelo menos transparente por generar una engañosa sensación de protección en el consumidor frente a subidas de tipos de interés. De ahí que el mero hecho de que se incluya una cláusula suelo sin una cláusula techo no tiene por qué conllevar, necesariamente y en sí mismo, la nulidad⁷⁰.

Dejando a un lado la regulación de las cláusulas suelo pasamos a exponer las medidas que se proponen respecto de los préstamos con cláusula en moneda extranjera. Más allá de las menciones obligatorias en relación con el cumplimiento del deber de transparencia (referencias obligadas en la FEIN y el FiAE [art. 12 PLCCI] y asesoramiento notarial [art. 13 PLCCI]), tanto la Directiva como el Proyecto de Ley reservan un precepto específico para este tipo de cláusulas (arts. 23 Directiva y 18 PLCCI). Conectando con lo dicho en la primera parte del trabajo, en ambos textos se presta atención a mecanismos que supongan un límite a los potenciales riesgos que estas cláusulas en moneda extranjera conllevan. Este límite es el derecho del prestatario a convertir el préstamo a una moneda alternativa que le resulte más familiar: bien aquella en la que reciba la mayor parte de los ingresos o tenga la mayoría de los activos con los que ha de reembolsar el préstamo, bien aquella del Estado de residencia.

Por otra parte, como vimos en su momento, este derecho quedaría prácticamente vacío sin una correlativa obligación por parte del prestamista de informar a lo largo de la vida del contrato de las fluctuaciones de los tipos de cambio y de la propia existencia del derecho y sus condiciones de ejercicio. Aunque las posibles evoluciones futuras —respecto del momento de celebración del contrato— no pueden ser tenidas en cuenta para valorar la abusividad de la cláusula —en lo que no fueran razonablemente previsibles—, esto no quiere decir que no sean relevantes a otros efectos en el contrato. Se trata de un contrato de tracto sucesivo cuya ejecución se ve directamente afectada por las cláusulas en divisa extranjera y, por tanto, la transparencia en el sentido de deber de información, debe mantenerse también durante la vida del contrato. Esta información debe proporcionarse al prestatario, según el artículo 18, «periódicamente». Sin embargo, la concreción de cuál es esa periodicidad se deja a un desarrollo

normativo administrativo posterior. Y solamente se especifica la obligación de informar en el caso de que aumenten en más del 20% el capital pendiente de amortizar o las cuotas (se entiende, en su equivalente convertido) respecto del importe que habría correspondido si se aplicara el tipo de cambio vigente en la fecha de celebración del contrato de préstamo. Teniendo en cuenta las elevadas cantidades de dinero que normalmente tienen por objeto este tipo de préstamos para la adquisición de bienes inmuebles, parece que el límite del 20% para el deber de informar es un límite bastante generoso para el prestamista. Para ese momento, cuando el prestatario reciba la advertencia y pueda plantearse la posibilidad del cambio de divisa, puede haberse visto ya gravemente afectado por una variación en los tipos de cambio⁷¹.

Siendo este el régimen jurídico recogido en el Proyecto de Ley, ¿qué enmiendas se han planteado? Al igual que respecto de la cláusula suelo, también se ha propuesto desde la prohibición de comercialización de este tipo de préstamos hipotecarios cuando el prestatario sea consumidor⁷² hasta su aceptación pero con matices y requisitos restrictivos. Estas restricciones son, en algunos casos, de carácter subjetivo: se circunscribe este tipo de contratos solo a consumidores que «posean una elevada formación financiera y conozcan y sean capaces de entender y asumir los riesgos inherentes a este tipo de préstamos»⁷³. En otros, se plasman a través de mecanismos de protección durante la vida del contrato: «asesoramiento durante toda la vida del préstamo de personal del prestamista especializado en este tipo de productos»⁷⁴, solicitud de cambio de divisa pero «con previa simulación de las consecuencias económicas que dicho cambio pudieran generar en el referido préstamo»⁷⁵ o posibilidad de todo prestatario y no limitada solo a los no consumidores —como hace el Proyecto de Ley— de pactar sistemas de limitación del riesgo de tipo de cambio⁷⁶.

En sintonía con la importancia que le da el Proyecto (así como el Tribunal Supremo) a la información al prestatario, no solo precontractual sino también a lo largo de la duración del contrato en este tipo de préstamos, cabe resaltar (junto a la mención a la obligación de asesoramiento continuado antes citado) la propuesta de una enmienda de anular la nulidad parcial del contrato y su conversión a un préstamo referenciado en euros⁷⁷, no solo a la falta de transparencia material en su contratación sino también al incumplimiento de los deberes de información postcontractual⁷⁸. Esta nueva regla, se argumenta, pretende acomodar el texto normativo a la doctrina del Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de noviembre de 2017. Sin embargo, aunque es cierto que el Tribunal Supremo pone de relieve la trascendencia que para este tipo de contratos tiene una información continua sobre la evolución de los tipos de cambio, no nos parece que la equipare en cuanto a consecuencias con la falta de transparencia previa a la formalización del contrato. La ve necesaria para poder considerar a la facultad de cambio de divisa como un mecanismo real de limitación del riesgo, pero entendiendo esta esfera como diferente a la de la transparencia en

la información precontractual. Y desde luego, siguiendo la doctrina del TJUE, la valoración para determinar la nulidad parcial por falta de transparencia material no puede alcanzar a lo no previsible en el momento de contratar⁷⁹.

¿Cuáles son las vías a las que podría recurrir el prestatario en el caso de falta de las advertencias debidas por parte del prestamista, más allá de esta medida? ¿Es necesario incluir esta extensión de la nulidad? Como hemos anotado anteriormente, sin esta nueva medida que se propone, la ausencia de advertencias regulares estaría en la órbita del incumplimiento contractual y sus consecuencias. En el caso de considerarse este relevante —por ejemplo, si no se informa de una variación sensible de los tipos de cambio que tenga unas repercusiones negativas muy importantes para el consumidor— podría dar lugar a solicitar la resolución del contrato, medida que no parece favorecer mucho al consumidor porque supondría una devolución de las prestaciones. Quizás la responsabilidad contractual sería un mecanismo posible más conveniente para los intereses del prestatario: seguiría vinculado al contrato pero, una vez informado, podría hacer el cambio de moneda y ver, por otro lado, en teoría, compensada su pérdida por el incumplimiento de la obligación de informar a través de una indemnización.

La extensión de los supuestos de nulidad a la falta de información supondría, efectivamente, un aumento de protección para el consumidor en la medida en que introduce una nueva vía de reclamación. Sin embargo, dudamos de que la figura de la nulidad sea una respuesta proporcionada y adecuada para el incumplimiento de obligaciones derivadas de una cláusula o mecanismo accesorio de limitación de un riesgo ya teóricamente comprendido —en el sentido de aprehendido— en el momento de contratar. No olvidemos que se ha tenido que superar el control de transparencia material y, dado lo complejo del contrato, será necesario para ello a partir de ahora, bien una cierta formación o experiencia específica, bien una amplia labor de información y asesoramiento⁸⁰. Además, una medida con tantas repercusiones en el negocio jurídico como la nulidad dependería de la interpretación de con qué periodicidad se entiende adecuado informar al prestatario⁸¹ y, por otra parte, no siempre tiene por qué ser beneficiosa para el mismo en comparación con la vía de la responsabilidad contractual. Lo que se plantea es considerar el préstamo como concedido desde el principio en la moneda en la que el prestatario reciba la parte principal de sus ingresos, es decir, un recálculo de todo el préstamo. No obstante, puede que, a lo largo de la vida del contrato, haya habido momentos en el pasado en los que la cláusula en divisa extranjera haya sido mucho más beneficiosa para el prestatario que la moneda respecto a la se debe recalcular todo y, en global, que el consumidor haya salido ganando hasta ese momento por tener referenciado el préstamo a la divisa a la que lo tenía inicialmente. De hecho, si no ha hecho uso de la posibilidad de cambio de divisa hasta ese momento estando informado de la evolución de los tipos de cambio —porque de no haber sido informado, ya habría entrado en juego esta medida antes—, se entiende

que es porque le ha beneficiado. Esto no ocurre, sin embargo, con la vía de la responsabilidad contractual: el prestatario puede referenciar el préstamo a la nueva moneda pero con efectos solo hacia el futuro, viéndose indemnizado por los perjuicios que haya podido sufrir en este momento por no cambiar antes pero manteniendo las ganancias pasadas que hubiera podido obtener con la divisa original y que, se entiende, no ha querido cambiar porque, según la información recibida, le beneficiaba.

Por último, otra propuesta de mecanismo protector al consumidor vinculada a una limitación del riesgo viene de la mano de la conversión del contrato de préstamo en divisa extranjera a un contrato en euros en el caso de que la evolución del tipo de cambio durante el primer año de contrato haya sido perjudicial para el consumidor (concretamente, «si durante el primer año de vigencia del contrato con tipo de interés variable la cuota resultante fuere mayor que la que hubiese derivado el mismo contrato en euros»⁸²). Quizás el fundamento de esta medida, conjeturamos, podría estar relacionado con el hecho de que la evolución del tipo de cambio a corto plazo es una información —en principio y en condiciones normales— relativamente disponible para un prestamista diligente y que, por lo tanto, tenía que haberse incluido en la información previa a contratar (por ser negativa para el consumidor). Sin embargo, encontramos algunos aspectos de la medida propuesta que no nos acaban de convencer. Por una parte, que la conversión a euros es, según se señala en la enmienda propuesta, automática («el contrato pasará automáticamente a préstamo normal en euros») y sin matices (en cuanto al nivel de aumento de la cuota); por otra, que es desconocida la justificación para elegir el espacio temporal concreto de un año —poco significativo en un contrato de estas características— y que esa evolución inicial negativa —que no tiene, además, por qué haber sido de una gran entidad— no excluye una positiva posterior para el prestatario. Todo esto, por supuesto, partiendo de un prestatario que asume consciente y correctamente informado el riesgo asociado a este tipo de préstamos y teniendo en cuenta que existen mecanismos de limitación del riesgo durante la ejecución del contrato⁸³.

Vista la regulación y propuestas respecto de las cláusulas suelo y los préstamos en moneda extranjera, pasamos a cerrar la exposición con las disposiciones del Proyecto de Ley en materia de cláusulas que tienen por objeto recoger el tipo de interés del préstamo, cuando este es variable. Cláusulas en las que podemos incluir las controvertidas cláusulas índice IRPH.

El artículo 12, además de recoger la ya conocida obligación de indicar al consumidor en la documentación, en este caso, el índice de referencia utilizado para fijar el tipo de interés variable —así como una simulación de las cuotas según las diferentes evoluciones de los tipos de interés—, especifica en su apartado 4º la posibilidad de que los prestamistas apliquen cualquier índice de referencia oficial⁸⁴ y, por tanto, también el IRPH.

En este sentido, el debate generado acerca de la naturaleza y «tachas» del índice IRPH se puede poner en relación con las condiciones que se imponen en el artículo 19.2 PLCCI a los índices que pueden ser utilizados como referencia para el cálculo del interés nominal durante la vida del préstamo. De los requisitos exigidos destacamos que el índice tiene que ser «claro, accesible, objetivo y verificable por las partes» y que debe calcularse a coste de mercado y «no ser susceptible de influencia por el propio prestamista o en virtud de acuerdos con otros prestamistas o prácticas conscientemente paralelas». El entrecomillado es relevante porque hace referencia a cuestiones que, como se ha señalado en el trabajo, han sido controvertidas en nuestro país en torno al índice IRPH. Por un lado, uno de los argumentos del Tribunal Supremo para rechazar que se tratara de un índice complejo que requiriera de una explicación pormenorizada al consumidor era su carácter oficial, público y fácilmente accesible al ser objeto de publicación mensual por parte del Banco de España, entidad que supervisa su elaboración. Por otro, especialmente en un primer momento, la mayor objeción que se le opuso al IRPH fue que vulneraba el artículo 1256 del Código civil y dejaba el contrato en manos de uno de los contratantes, al ser este índice una media de los tipos de interés utilizados por las entidades financieras en España. Como señalábamos en la primera parte del trabajo, esta idea no ha prosperado en los tribunales. Aun así, en el PLCCI se especifica que el índice no puede ser susceptible de influencia por el propio prestamista, ni directa ni indirectamente [art. 19.2.b)], requisito que no figura, sin embargo, en el texto de la Directiva, que se limita a exigir claridad y accesibilidad.

De las condiciones coincidentes que, en ambos textos, se fijan para aceptar incluido el tipo de interés variable en un contrato de préstamo, no puede extrapolarse fácilmente cuál es la extensión de los deberes de transparencia de las entidades financieras respecto del IRPH. Parece que este índice sí que cumple ser «accesible, objetivo y verificable» siendo quizás el requisito de claridad el que pudiera implicar, entendido de una manera amplia, la obligación de explicar al consumidor la formulación y consecuencias del concreto índice de referencia.

En cuanto a la obligación de conservar registros históricos de los índices a la que hace referencia la Directiva (no así el PLCCI), no parece que pueda dar lugar a obligaciones de ilustrar con comparativas a los consumidores porque, por una parte, habla solo de conservar (y no enseñar) y, por otra, la obligación recae sobre los prestamistas o los proveedores de índices para el cálculo de los tipos de deudores.

En una primera lectura del texto de las enmiendas se observa ya la tendencia a favorecer el uso del EURIBOR como índice de referencia principal —y, en algunos casos, único—. Así, se propone que, cuando el prestatario sea consumidor el interés variable solo pueda referirse al EURIBOR⁸⁵ o bien que este sea el índice de referencia general y que, en el caso de que la entidad financiera utilice otro índice, tenga que justificar por qué para superar el control de

transparencia material, teniendo en cuenta, en este último caso, que no podrán utilizarse índices o tipos de interés de referencia que «hayan sido expresamente declarados nulos o abusivos por los Tribunales»⁸⁶. Recordamos, en cualquier caso, que el problema con las cláusulas que forman parte del objeto principal del contrato no es su ilicitud o abusividad intrínseca sino, en su caso, la falta de transmisión al consumidor de las repercusiones que debería conocer para saber qué está contratando, en el supuesto de hecho concreto⁸⁷.

No referido al EURIBOR sino a cualquier tipo de interés —admitiendo otros, por tanto— se ha propuesto también especificar legalmente el deber de la entidad prestamista de detallar en el contrato el funcionamiento del tipo de interés que se aplicará, debiendo ser capaz el prestatario, a la vista de tales explicaciones, de calcular la cuota mensual resultante⁸⁸. Así conceptualizado, no parece que fuera este el problema con el IRPH pues el consumidor podía fácilmente consultar el valor del índice y realizar la operación. El debate se planteó respecto de la propia fórmula y composición del índice de referencia. En este sentido, las enmiendas propuestas parecen estar en consonancia con el voto particular de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 y no con el fallo principal. Esto es, se posicionan a favor de no entender cumplido el control de transparencia material con la mera referencia y descripción legal del índice en el contrato y con el argumento de que se trata de un índice oficial. Así, se incluye una obligación de proporcionar «la mayor información posible sobre el funcionamiento y evolución pasada y futura previsible de los tipos de interés» sin admitirse en el contrato, por otro lado, «remisiones a explicaciones normativas sobre el tipo deudor»^{89, 90}.

IV. EL REGISTRADOR Y EL CONTROL DE TRANSPARENCIA

En el trabajo, siguiendo el texto objeto de análisis, hemos hecho referencia al papel del notario. Sin embargo, y como hemos dejado apuntado en alguna ocasión en líneas anteriores, es de resaltar la existencia de otra figura relevante si hablamos de protección al consumidor en los contratos de préstamo hipotecario, como es la del registrador. Y es que, del mismo modo que los notarios, también los registradores se ven expresamente vinculados por la ley para no inscribir contratos o negocios jurídicos en los que consten cláusulas que hayan sido declaradas nulas por abusivas (art. 84 TRLGDCU). E, igualmente y centrándonos en el aspecto concreto que nos ocupa —la transparencia material—, es doctrina asentada de la Dirección General de los Registros y del Notariado que el registrador debe comprobar si en el proceso de contratación se han cumplido todos los deberes de información y transparencia exigidos legalmente. Así, se ha señalado explícitamente en la resolución de 19 de mayo de 2017 que:

« [...] el registrador de la propiedad en el ejercicio de su función calificadora, especialmente en presencia de préstamos o créditos hipotecarios concedidos a personas físicas y garantizados con vivienda, deberá también rechazar la inscripción de las escrituras de hipotecas respecto de las que no se acredite el cumplimiento de los requisitos de información y transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y la forma —normal o reforzada— que, en cada caso, el legislador haya elegido para asegurarse del conocimiento por parte de los usuarios de los productos bancarios, del riesgo financiero que comporta el contrato en general o alguna de las singulares cláusulas financieras o de vencimiento anticipado que lo componen [...]»⁹¹.

El fundamento de esta, no solo potestad, sino obligación del registrador (como afirmó la DGRN en su resolución de 13 de septiembre de 2013), se encuentra en que la protección del consumidor que se pretende por parte de la normativa y la jurisprudencia alcanza a la totalidad del proceso de contratación. Este, según la Dirección, comienza con la puesta a disposición del consumidor de la información precontractual suficiente y adecuada, continúa con la posibilidad de estudiar el contrato de préstamo antes de su firma y con la obligación de información y asesoramiento a cargo del notario autorizante y no culmina hasta la constitución de la hipoteca mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad (más teniendo en cuenta el carácter constitutivo y no meramente declarativo de esta última fase) (Resolución de 19 de mayo de 2017).

Como consecuencia de lo anterior, a modo de ejemplo, en la resolución de 22 de enero de 2015 se confirma la calificación negativa dada por el registrador por la falta, en la copia autorizada de la escritura objeto de calificación, de la expresión manuscrita que acredita que el prestatario ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato firmado (entiende correctamente suspendida la inscripción por el mismo hecho la resolución de 20 de julio de 2018). Y es que la DGRN ha señalado en diversas ocasiones, respecto de esta expresión manuscrita imperativa, que se trata de «un aspecto que debe ser calificado por el registrador», para cuyo cumplimiento *en la actualidad* no basta «la mera manifestación de la notaria de haberse redactado [...]» sino que la misma deberá incorporarse físicamente a las copias que se expidan de la escritura de préstamo hipotecario, del mismo modo que se exige la incorporación de la ficha de información personalizada [...]» (Resolución de 19 de mayo de 2017). De modo similar, en la resolución de 9 de marzo de 2016 se plantea si la omisión en la escritura de constitución de la hipoteca de la constancia de haberse suministrado por parte del notario autorizante la información a la que se refiere el artículo 123-10, número 2 del Código de Consumo de Cataluña (información sobre el contenido, consecuencias jurídicas y económicas del contrato y de su incumplimiento, entre otros) es motivo suficiente, por sí sola, para suspender la inscripción de la hipoteca pactada. Así lo considera la DGRN respecto de la obligación del notario de velar por que el predisponente y él

mismo hayan proporcionado información para hacer comprensible al consumidor las consecuencias de la obligación que asume: «requisito cuyo cumplimiento, indudablemente, debe ser objeto de control registral en cuanto es determinante de una adecuada formación de la voluntad contractual del consumidor y del conocimiento real por el deudor de los concretos riesgos contratados» (en el supuesto de hecho concreto se acredita el cumplimiento de este requisito).

Volviendo al texto del PLCCI, el acta notarial allí prevista seguiría siendo objeto de control por parte del registrador⁹² aunque el artículo 20.2 PLCCI solo dispone que «los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles no inscribirán ninguna escritura que se refiera a préstamos regulados por esta Ley en la que no conste la reseña del acta conforme al artículo 13.6»⁹³. A la vista de doctrina de la DGRN brevemente aquí expuesta y teniendo en cuenta que la finalidad de la norma es, en todo caso, incrementar la protección al consumidor potenciando la seguridad jurídica y la transparencia, la regla resulta llamativa pues parece que no deberían reducirse los filtros de control existentes en lo que a la labor de comprobación del registrador se refiere.

V. CONSIDERACIONES FINALES Y CONCLUSIONES

I. Los tribunales, a golpe de sentencia y al hilo de cláusulas concretas, han ido delimitando, en mayor o menor medida y con mayor o menor uniformidad y acierto, el fundamento, ámbito de aplicación, funcionamiento y consecuencias del control de transparencia material. Dada la repercusión práctica que ha tenido el mismo respecto de los contratos de préstamo hipotecario con consumidores en nuestro país, nos parece un acierto su positivización en un texto normativo de tal forma que se homogeneice su regulación y se reduzca, como consecuencia, la inseguridad jurídica para todos los implicados en el proceso de contratación. Este es uno de los objetivos del PLCCI que, sin complicarse mucho, transpone a nuestro ordenamiento jurídico de una manera relativamente fiel en lo que a transparencia material se refiere la Directiva de 2014 —que, ya habíamos señalado, de por sí no impone un nivel de exigencia de información muy elevado—.

II. Lo más novedoso, el papel del notario, ha sido también una de las cuestiones más discutidas y respecto de las que se han planteado más enmiendas. En general, si atendemos a ellas, el texto de la Ley resultante de la tramitación podría sufrir las modificaciones más relevantes en esta materia precisamente en los artículos 12 y 13. En la mayor parte de las propuestas de reforma se observa una preocupación por proteger la posición del consumidor prestatario asegurando que reciba las explicaciones y asesoramiento suficientes y adecuados. Y, especialmente, por dejar claro que esta obligación se sitúa eminentemente en la esfera del prestamista y que no puede producirse un trasvase de estos deberes a la figura del notario de tal forma que, al final, la única transparencia

exigible a la entidad financiera sea prácticamente documental. Sería necesario delimitar acciones más allá de lo formal y que fueran más concretas (y, por tanto, identificables y exigibles a los prestamistas) que una mera referencia a unas «explicaciones adecuadas». En todo caso, además, hay que tener en cuenta —aunque expresamente no se aluda a ello en el texto normativo— que esta regulación de la labor del notario no merma el papel del registrador como pieza del sistema de protección al consumidor. En él recae, asimismo, un deber de velar por la transparencia en la contratación, deber que se concreta en la necesidad de comprobar de forma efectiva el cumplimiento de las obligaciones legales.

III. En cuanto a la regulación concreta de las cláusulas aquí analizadas, la tendencia de las enmiendas es a incluir restricciones, bien en el perfil del prestatario (vetando su comercialización con consumidores o exigiendo perfiles expertos), bien en la configuración de la propia cláusula (por ejemplo, límites en la cuantía del suelo), bien a modo de limitación de riesgos (por ejemplo, potenciación del deber de información durante la vida del contrato o aumento de los supuestos que dan lugar a la conversión a euros del préstamo, en los referenciados a divisa extranjera). Algunas de estas medidas, si bien suponen un aumento de la protección, no resultan, sin embargo y a nuestro parecer, adecuadas.

IV. Nos parecen criticables las enmiendas que abogan por prohibir en términos absolutos la comercialización con consumidores de préstamos hipotecarios que incluyan las cláusulas controvertidas objeto del presente trabajo, por haber sido consideradas nulas frecuentemente en los tribunales por falta de transparencia. Estas cláusulas no son ilícitas *per se* y puede haber consumidores para los que el contrato fuera adecuado. Faltaríamos a la verdad si afirmáramos que ningún prestatario consumidor se ha visto beneficiado en nuestro país, por ejemplo, por la contratación de un préstamo con cláusula en divisa extranjera para la adquisición de su vivienda habitual. Es cierto, no obstante, que las entidades financieras previsiblemente se aventurarán poco a incluir en sus préstamos estas cláusulas ante el riesgo de que no superen el nivel del control de transparencia material⁹⁴.

V. Por último, y aunque no hemos hecho mención en el trabajo a las consecuencias de la nulidad de una cláusula que forma parte del objeto principal del contrato por falta de transparencia material, no podemos cerrar estas observaciones sobre el PLCCI sin aludir a las enmiendas que plantean explicitar, tanto en el artículo 5 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación (en adelante, LCGC) como en el artículo 83 TRLGDCU, que «[l]as condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho». Si bien nos parece acertada la adición en este último caso pues viene a clarificar las consecuencias de la falta de transparencia material —cuestión, asimismo, controvertida en la doctrina—, no podemos decir lo mismo de la modificación propuesta del artículo 5 LCGC.

Esto último podría generar confusión acerca de la naturaleza jurídica del control de transparencia material (¿acaso la transparencia formal del art. 5 LCGC es la misma que la del control de transparencia material?; ¿pertenece entonces este al ámbito del control de incorporación pero con otra consecuencia?⁹⁵) y una posible contradicción si se incluye en los dos preceptos (¿pertenece también, al mismo tiempo, al de abusividad, al que alude el artículo 83 TRLGDCU? ¿se trata, la del artículo 5 LCGC, una mera mención que complementa a la del régimen principal, que se regula en el art. 83 TRLGDCU?)⁹⁶. Es decir, en una u otra ubicación (a nuestro juicio, mejor en sede del art. 83 TRLGDCU) pero, en todo caso, no en las dos.

RELACIÓN DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE de 3 de diciembre de 2015, caso *Banif Plus Bank* [TJCE\2015\435]
- STJUE de 26 de enero de 2017, caso *Banco Primus* [TJCE\2017\31]
- STJUE de 20 de septiembre de 2017, caso *Andriciuc* [TJCE\2017\171]

- STS de 9 de mayo de 2013 [RJ 2013, 3088]
- STS de 12 de enero de 2015 [RJ 2015, 608]
- STS de 30 de junio de 2015 [RJ 2015, 2662]
- STS de 9 de marzo de 2017 [RJ 2017, 977]
- STS de 15 de noviembre de 2017 [RJ 2017, 4730]
- STS de 14 de diciembre de 2017 [RJ 2017, 5440]
- ATS de 3 de junio de 2013 [RJ 2013, 3617]

- SAP de Asturias (7.^a) de 24 de febrero de 2017 [JUR 2017, 106295]
- SAP de Madrid (18.^a) de 16 de mayo de 2017 [JUR 2017, 206161]
- SAP de Asturias (6.^a) de 23 de junio de 2017 [JUR 2017, 210832]
- SAP de Madrid (12.^a) de 28 de junio de 2017 [JUR 2017, 244225]
- SAP de Salamanca (1.^a) de 4 de septiembre de 2017 [JUR 2017, 252486]
- SAP de Madrid (18.^a) de 11 de septiembre de 2017 [JUR 2017, 258043]
- SAP de Asturias (4.^a) de 3 de octubre de 2017 [JUR 2017, 258214]
- SAP de Valladolid (3.^a) de 26 de octubre de 2017 [JUR 2017, 309113]
- SAP de Madrid (8.^a) de 30 de octubre de 2017 [JUR 2018, 1744]
- SAP de Valladolid (1.^a) de 27 de diciembre de 2017 [JUR 2018, 53027]
- SAP de Valladolid (3.^a) de 9 de enero de 2018 [JUR 2018, 64471]
- SAP de Salamanca (1.^a) de 18 de enero de 2018 [JUR 2018, 64426]
- SAP de Valladolid (3.^a) de 22 de enero de 2018 [AC 2018, 157]
- SAP de Barcelona (15.^a) de 5 de febrero de 2018 [AC 2018, 327]
- SAP de Valladolid (3.^a) de 8 de febrero de 2018 [JUR 2018, 52863]
- SAP de Valladolid (3.^a) de 12 de febrero de 2018 [JUR 2018, 53179]

- SAP de Tarragona (1.^a) de 7 de marzo de 2018 [*JUR* 2018, 87899]
- AAP de Almería de 20 de marzo de 2018
- AAP de Las Palmas (4.^a) de 5 de octubre de 2018 [Id Cendoj: 35016370042018200001]

- SJPI de Madrid (49.º) de 22 de diciembre de 2017 [*JUR* 2018, 27994]
- SJPI de Amurrio (Álava) (2.^a) de 15 de enero de 2018 [*JUR* 2018, 20713]
- SJPI de Sagunto (Valencia) (3.^a) de 15 de enero de 2018 [*JUR* 2018, 19779]
- SJPI de Alicante (3.^a) de 19 de enero de 2018 [*JUR* 2018, 41258]
- SJPI de Gavá (Barcelona) (3.^a) de 20 de febrero de 2018 [*JUR* 2018, 55248]
- AJPI de Barcelona (38.^a) de 16 de febrero de 2018 [*JUR* 2018, 50716]

- RDGRN de 13 de septiembre de 2013 [BOE-A-2013-10699]
- RDGRN de 22 de enero de 2015 [BOE-A-2015-1873]
- RDGRN de 28 de abril de 2015 [BOE-A-2015-6077]
- RDGRN de 9 de marzo de 2016 [BOE-A-2016-3307]
- RDGRN de 19 de mayo de 2017 [BOE-A-2017-6547]
- RDGRN de 19 de mayo de 2017 [BOE-A-2017-6548]
- RDGRN de 20 de julio de 2018

BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ, A. (2018). Comentario sobre el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario: La «nueva» obligación de los notarios de controlar la abusividad de las cláusulas. *Centro de Estudios de Consumo* [En línea], enero, disponible en http://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/images/PLCI_obligacion_de_los_notarios_de_controlar_la_abusividad_de_las_clausulas.pdf
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2016). Primerísimas observaciones al Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. *Revista Cesco* [En línea], núm. 20, 42-73, disponible en <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1239>
- (2017). Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16: *Andriciuc y otros/Banca Românesacă SA. La Ley Unión Europea*, núm. 53, 30 de noviembre de 2017.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1991). *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*. Madrid: Civitas.
- (2011). Más sobre las cláusulas de «suelo»: ¿cómo saber si una cláusula forma parte de los elementos esenciales del contrato? [En línea], disponible en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es> [marzo de 2011].
- (2017a). ¿Y ahora qué?. *InDret* [En línea], núm. 1, disponible en <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/318296> [enero de 2017].
- (2017b). La próxima sentencia del Tribunal Supremo sobre las cláusulas-suelo. [En línea], disponible en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es> [enero de 2017].

- (2017c). De nuevo sobre la STJUE de 26 de enero de 2017. El análisis de Cámara confirma que el TJUE ha perdido el norte. [En línea], disponible en <http://derecho-mercantiles.espana.blogspot.com.es> [febrero de 2017].
- ÁLVAREZ MORENO, M. T. (2015). Préstamos hipotecarios en moneda extranjera y su regulación en la Directiva 2014/17. En: S. Díaz Alabart (dir.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*. Madrid: Reus (105-126).
- ARANGUREN URRIZA, F. J. (2016). El notario y los controles de transparencia y abusividad en préstamos hipotecarios con consumidores. En: C. Hornero, M. Espejo y F. Oliva (dirs.), *Derecho de contratos: Nuevos escenarios y nuevas propuestas*. Navarra: Aranzadi (111-141).
- ARROYO AMAYUELAS, E. (2017). La Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. *Indret* [En línea], núm. 2, disponible en www.indret.com/pdf/1304.pdf [abril 2017].
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2013). ¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? *Cuadernos de Derecho Transnacional* [En línea], Vol. 5, núm. 2, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/download/1815/846> [octubre de 2013, 209-233].
- (2015). Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo LV, 26 de marzo de 2015, 549-643.
- (2017). Un examen crítico de la STJUE de 21 de diciembre 2016: Nulidad retroactiva sí, falta de transparencia «abusiva» de las cláusulas suelo no. *Cuadernos de Derecho Transnacional* [En línea], vol. 9, núm. 1, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3628> [marzo de 2017, 383-395].
- CAÑIZARES LASO, A. (2015). Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo. *Revista de Derecho Civil*, Vol. II, núm. 3, 67-105.
- CARRASCO PERERA, A. (2017a). Una previsible y fallida sentencia: nulidad y futuro de las hipotecas multidivisas. *Centro de Estudios de Consumo* [En línea], disponible en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/3240-una-previsible-y-fallida-sentencia-nulidad-y-futuro-de-las-hipotecas-multidivisas> [noviembre de 2017].
- (2017b). El notario y la transparencia material en el Proyecto de Ley de Crédito Inmobiliario. *Centro de Estudios de Consumo* [En línea], disponible en <http://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/3296-el-notario-y-la-transparencia-material-en-el-proyecto-de-ley-de-cr%C3%A9dito-inmobiliario> [diciembre de 2017].
- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L. (2015). Una aproximación a la naturaleza jurídica de la conocida como «hipoteca multidivisa». *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 140, 269-292.
- DÍAZ ALABART, S. y ÁLVAREZ MORENO, M. T. (2015). 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: S. Díaz Alabart (dir.): *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*. Madrid: Reus (13-103).
- FUENTESECA DEGENEFTE, C. (2015). La información al consumidor previa a la celebración del contrato de crédito en la Directiva 2014/17/UE. En: S. Díaz Alabart

- (dir.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*. Madrid: Reus (127-222).
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2015). Comentario al artículo 80. En: R. Bercovitz (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*. Navarra: Aranzadi (1027-1083).
- MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2018). Las cláusulas IRPH son transparentes ¿o no? *Centro de Estudios de Consumo* [En línea], disponible en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/3320-las-cl%C3%A1usulas-irph-son-transparentes-%C2%BFo-no> [enero 2018].
- MATO PACÍN, M. N. (2017). El contrato de servicios bancarios: Las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario. *Jus Civile* [En línea], núm. 3, 244-270, disponible en http://www.juscivile.it/contributi/2017/18_MatoPacin.pdf
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (2011). Comentario al artículo 82. En: S. Cámara Lapuente (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*. Madrid: Colex (711-753).
- MIRANDA SERRANO, L. M. (2018). El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas en la contratación bancaria. *InDret* [En línea], núm. 2, disponible en www.indret.com/pdf/1386.pdf
- PAGADOR LÓPEZ, J. (1999). *Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas*. Madrid: Marcial Pons.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (2017), 10 tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato [En línea], disponible en <http://almacendederecho.org/> [marzo de 2017].
- PAZOS CASTRO, R. (2017). *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*. Navarra: Aranzadi.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013). Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario. *InDret* [En línea], núm. 3, disponible en www.indret.com/code/getPdf.php?id=1681&pdf=995.pdf
- (2017a). *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2017b). Presupuestos para la anulación por error vicio de los préstamos hipotecarios en divisas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 761, 1197-1238.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2017). El control de incorporación y transparencia de condiciones generales del contrato en los contratos bancarios según la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En: L. M. Miranda y J. Pagador (dirs.), *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*, Madrid: Marcial Pons (459-474).

NOTAS

¹ Versión del Proyecto de Ley vigente en el momento en el que se presentó este artículo (octubre de 2018). El trabajo, por lo tanto, se basa en este texto aunque se han incluido breves menciones en nota a pie acerca de las modificaciones más relevantes —en relación con la transparencia— que ha supuesto la aprobación por el Pleno del Congreso de los Diputados del Proyecto de Ley el pasado 20 de diciembre de 2018.

² En la práctica, por los tipos de interés y de cambio, las divisas elegidas en el periodo en el que se contrataron mayoritariamente este tipo de préstamos por consumidores eran los francos suizos y los yenes japoneses. El atractivo de este contrato respecto de un préstamo en euros y referenciado al EURIBOR residía, por una parte, en la aplicación de un tipo de interés de referencia más bajo que el EURIBOR (el LIBOR asociado a cada una de las dos divisas antes mencionadas) y, por otra, en el propio juego de los tipos de cambio entre un euro fuerte y las otras divisas extranjeras, depreciadas respecto del euro en ese momento (CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, 2015, 269 y sigs.)

³ Aunque es el segundo índice de referencia más utilizado después del EURIBOR, se estima que se ha incluido en el 15% de los préstamos hipotecarios concedidos en España (según informe de ADICAE de fecha 6 de julio de 2017, http://publicaciones.adicae.net/publicaciones/pdf/Informe_IRPH_junio_2016.pdf).

⁴ Regulado como índice o tipo de referencia oficial en la Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España.

⁵ Sobre la delimitación de las cláusulas que se refieren a elementos esenciales, ver MIQUEL GONZÁLEZ (2011, 728-732); ALFARO ÁGUILA-REAL (2011); CÁMARA LAPUENTE (2013, 227 y sigs.); PAZOS CASTRO (2017, 367 y sigs. (en especial, 378 y sigs.).

⁶ Estudio en detalle en CÁMARA LAPUENTE (2015, 557 y sigs.).

⁷ MIQUEL GONZÁLEZ (2011, 723).

⁸ Pues están incluidas en clausulados largos y farragosos, el consumidor carece normalmente de formación jurídica y económica para comprenderlos y existe la sensación de que no se podrá influir en su contenido y de que este será similar al de los clausulados de otros predispuestos. Al respecto, nos remitimos a los estudios de ALFARO ÁGUILA-REAL (1991, 70 y sigs.) y PAGADOR LÓPEZ (1999, 103 y sigs. [en especial, 113 y sigs.]).

⁹ MIQUEL GONZÁLEZ (2011, 726-728).

¹⁰ Por todas, STS de 9 de mayo de 2013.

¹¹ Sin querer profundizar en la naturaleza jurídica del control de transparencia material, aquí seguimos a la doctrina que defiende una «abusividad ponderada» —es decir, la falta de transparencia da lugar a entrar a valorar la abusividad de una cláusula— y no la «abusividad directa» —la falta de transparencia hace la cláusula directamente abusiva— (las expresiones son utilizadas por CÁMARA LAPUENTE (2015, 562 y sigs.), quien sostuvo una tercera postura que incluye a la falta de transparencia material dentro de la órbita del control de incorporación (asimismo CÁMARA LAPUENTE (2017, 392), a la que parecen adscribirse también ALBIEZ DOHRMANN (2017, 14) y VALPUESTA GASTAMINZA (2017, 464 y sigs.). A favor de la necesidad de valoración de los efectos de la falta de transparencia, entre otros, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017, 108 y sigs.), CAÑIZARES LASO (2015, 92 y sigs.), MATO PACÍN (2017, 163 y sigs.), PAZOS CASTRO (2017, 414, 439). A favor, por el contrario, de una equiparación automática entre abusividad y falta de transparencia, ALFARO ÁGUILA-REAL (2017c), MIRANDA SERRANO (2018, 16-17). Por su parte, algunas resoluciones del Tribunal Supremo hacían dudar de la configuración del control que aplicaba, pero esta parece quedar clara en la STS de 9 de marzo de 2017 (tras la doctrina del TJUE en su sentencia de 26 de enero de 2017, caso *Banco Primus*), en la que subraya que «el control y la transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación».

¹² PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2013, 23 y sigs.) y (2017a, 101 y sigs.).

¹³ El nivel tan exigente impuesto por el Tribunal Supremo en esta primera sentencia fue ampliamente criticado por la doctrina (véase, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2013, 15), ALFARO ÁGUILA-REAL (2017, 7), VALPUESTA GASTAMINZA (2017, 462).

¹⁴ De hecho, en esta última sentencia el propio Tribunal falló a favor de entender supe-
rado el control de transparencia de una cláusula suelo valorando, entre otras circunstancias, que la cláusula estaba redactada en negrilla y que había sido advertida por el notario a los consumidores. Entendemos, sin embargo, que, a pesar de estas menciones, el argumento de mayor peso para llegar a esa conclusión fue la inclusión como suelo de un tipo de interés

diferente al que venía usando la entidad (lo que da pie a pensar que los prestatarios conocían el alcance y las consecuencias de la aplicación de la cláusula), porque ni la negrilla, ni la advertencia del notario, nos parecen criterios suficientes en sí mismos (especialmente respecto de este último, como tendremos ocasión de ver).

¹⁵ Aunque representa una mínima proporción de todos los estudios sobre las cláusulas suelo, véase PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2013, 4 y sigs.) (2017a), CAÑIZARES LASO (2015, 87-92), ALFARO ÁGUILA-REAL (2017b), MATO PACÍN (2015, 245 y sigs.).

¹⁶ En efecto, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 30 de junio de 2015, los calificó como instrumentos financieros derivados complejos y, por tanto, sujetos a las obligaciones de información cualificada derivadas de la Ley del Mercado de Valores (art. 79). Para llegar a esta conclusión puso el acento en el hecho de que la cuantificación de la obligación de una de las partes —el pago de las cuotas y el cálculo del capital pendiente de amortizar— dependía de la cuantía que alcanzara otro valor distinto, en este caso, una divisa extranjera. Sin embargo, el mismo año, el TJUE, en su sentencia de 3 de diciembre de 2015 (caso *Banif Plus Bank*), excluyó del ámbito de aplicación de la normativa de instrumentos financieros a este tipo de operaciones, entendiendo que no constituyen un servicio o una actividad de inversión, doctrina mantenida en la STJUE de 20 septiembre 2017 (caso *Andriciuc*). El Tribunal Supremo ha asumido esta posición del TJUE en su sentencia de 15 de noviembre de 2017, modificando su anterior doctrina y concluyendo que la finalidad de un préstamo denominado en divisas no es llevar a cabo una inversión sino simplemente ejecutar las obligaciones esenciales de un contrato de préstamo con la peculiaridad de estar referenciado a una divisa extranjera: estas operaciones de cambio de divisa «no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto (el préstamo) sino únicamente una modalidad indisoluble de ejecución de este».

¹⁷ CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO (2015, 271 y sigs.).

¹⁸ Cabe señalar que los argumentos de nulidad parcial sustentados sobre la vulneración de normas imperativas no han prosperado. Además de que las entidades financieras que comercializan préstamos hipotecarios en divisa extranjera no están sujetas a las obligaciones de información y valoración del perfil del cliente de la Ley del Mercado de Valores, en todo caso, los tribunales ponen de manifiesto que, ni esta norma ni las administrativas que imponen obligaciones de transparencia a los prestamistas, ligan la consecuencia de la nulidad de estas cláusulas o del contrato de préstamo al incumplimiento de los deberes de información en ellas previstos, sino, tan solo, sanciones administrativas (por todas, STS de 15 de noviembre de 2017).

¹⁹ Realiza un estudio en profundidad acerca del error como mecanismo para anular los préstamos con cláusulas en divisas extranjeras PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017, 1197-1238). Por otra parte (y aunque sin reflejo por el momento en la jurisprudencia), PANTALEÓN PRIETO (2017) planteó la posibilidad de acudir a la vía del dolo incidental (art. 1270.II CC) para salvar el problema de la consecuencia de la nulidad total del contrato.

²⁰ En este caso, no planteadas por tribunales españoles, sino rumanos, respecto de préstamos con garantía hipotecaria en francos suizos.

²¹ Realiza un comentario en profundidad a esta sentencia ALBIEZ DOHRMANN (2017, 1 y sigs.).

²² En todo caso, esta última cláusula, al regular una cuestión accesorio en el contrato, estaría sujeta al régimen del control de contenido de tal forma que, aunque se resaltara su existencia por parte del prestamista, si su redacción implica una facultad de resolución unilateral a favor del prestamista sin un correlativo incumplimiento sustancial del prestatario o sin una justificación suficiente, podría ser declarada abusiva.

²³ Sobre la valoración del desequilibrio en los casos de falta de transparencia material, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017a, 113-114).

²⁴ Comenta y valora negativamente esta sentencia CARRASCO PERERA (2017a, 1 y sigs.).

²⁵ SAP de Barcelona (15ª) de 5 de febrero de 2018.

²⁶ No será suficiente la simulación si se limita a la comparativa del importe a pagar en euros y en la divisa extranjera, en el momento de contratar porque esta simulación solo refleja la situación en el momento concreto de celebrar el contrato pero no posibles evoluciones [SAP de Madrid (12.^a) de 28 de junio de 2017]. Por otro lado, hay que incluir en la simulación los escenarios perjudiciales para el consumidor. Esto se tiene en cuenta en la SAP de Madrid (8.^a) de 30 de octubre de 2017, donde se especifica que consta acreditado que al prestatario se le expusieron posibles escenarios y simulaciones de evolución desfavorable del tipo de cambio. Como vimos al analizar la doctrina del TJUE en su sentencia de 20 de septiembre de 2017, el prestatario debe comprender no solo que la divisa extranjera fluctúe sino también el riesgo al que se expone en la peor situación para él, esto es, cuando esa divisa extranjera se aprecia.

²⁷ Aunque en algún caso sí se había hecho pero solo para resaltar el buen comportamiento del euro —SAP de Valladolid (3.^a) de 12 de febrero de 2018—.

²⁸ Así ocurre, por ejemplo, en la SAP de Madrid (8.^a) de 30 de octubre de 2017, en la que el consumidor pedía simulaciones con las distintas monedas para poder tomar una decisión sobre en qué divisa formalizar el préstamo al inicio.

²⁹ No así en la SAP de Asturias (7.^a) de 24 de febrero de 2017, en la que —en interpretación conjunta con más circunstancias en el mismo sentido— se señala que «[E]stá acreditado que los demandantes eran usuarios de la web de la entidad Bankinter, S.A., en la que podían consultar entre otros aspectos las cuotas pagadas, la evolución del tipo de interés y del cambio de la divisa y de hecho accedieron a dicha web desde la fecha del otorgamiento de la escritura pública hasta la presentación de la demanda en 2666 ocasiones». Desde nuestro punto de vista, repetimos, es irrelevante este hecho para valorar si, en el momento de la contratación, habían tenido la información suficiente.

³⁰ Cosa distinta es que pueda tener importancia para determinar si ha caducado el plazo de cuatro años de la acción de anulabilidad por error vicio del consentimiento (tomando como *dies a quo* aquel en el que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error, según doctrina del Tribunal Supremo [por todas, STS de 12 de enero de 2015]).

³¹ Nos remitimos a PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017b, 1214 y sigs.), respecto de las condiciones subjetivas del prestatario.

³² Efectivamente, de forma mayoritaria se ha entendido en la doctrina siempre que el análisis del control de transparencia debe enfocarse desde la perspectiva del consumidor medio, tal y como señala GONZÁLEZ PACANOWSKA (2015, 1063 — 1034). En el mismo sentido, por todas, SAP de Madrid (18.^a) de 16 de mayo de 2017: «[...] con independencia de que el actor no puede ser considerado un inversor profesional, que en este momento no es relevante pues no nos encontramos ante la información precontractual derivada de la Ley del mercado de valores, sino ante el mero control de transparencia cualificada determinado por la Directiva 93/13.

³³ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017a, 127).

³⁴ Incluye también esta matización PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017a).

³⁵ Artículo 82.3 TRLC: «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 [...]».

³⁶ A mayor abundamiento, junto con un cumplimiento deficiente del deber de información precontractual por parte del prestamista, resaltan la importancia del perfil no experto financiero de los prestatarios, entre otras, la SAP de Salamanca (1.^a) de 4 de septiembre de 2017 (varios consumidores: formación en ciencias económicas pero con trabajo en el ramo de la contabilidad, camarero, jubilados y con estudios primarios); SAP de Asturias (4.^a) de 3 de octubre de 2017 (ingeniero topógrafo sin conocimiento financiero); SAP de Valladolid (3.^a) de 26 de octubre de 2017 (policía sin conocimientos específicos en valores o productos bancarios); SAP de Valladolid (1.^a) de 27 de diciembre de 2017 (trabajador en unos talleres de vehículos con perfil conservador); SAP de Valladolid (3.^a) de 9 de enero de 2018 (matrimonio formado por un administrador de una pequeña empresa y una odontóloga); SAP de Valladolid (3.^a) de 22 de enero de 2018 (abogado en un despacho familiar pero que está

especializado en Derecho de familia y sucesiones); SAP de Valladolid (3.^a) de 8 de febrero de 2018 (funcionaria de la Inspección de Trabajo); SAP de Valladolid (3.^a) de 12 de febrero de 2018 (licenciado en Derecho pero que no ejerce).

³⁷ Es el caso de la SAP de Asturias (6.^a) de 23 de junio de 2017, en la que se falló a favor de entender que los consumidores conocían o estaban en posición de conocer el riesgo porque, a pesar de que no había quedado demostrada la entrega al consumidor de toda la información precontractual exigida, le había sido dada por el sindicato la oferta comercial para los trabajadores de la aerolínea, había tenido la iniciativa de contratar, acudiendo primero a otra oficina a informarse, y se trata de trabajadores que, por viajar al extranjero, están familiarizados con el cambio en divisas y no necesitan especial explicación. Por su parte, se señala en la SAP de Madrid (18.^a) de 11 de septiembre de 2017 que «no puede decirse en modo alguno que los posibles problemas [...] podían ser desconocidos para el actor que tiene una sólida formación en temas jurídicos y financieros, con estudios de posgrado, y que desde luego permiten descartar que el mismo, [...] no tuviera conocimiento del funcionamiento de una operación de este tipo». Y de modo similar en la SAP de Madrid (8.^a) de 30 de octubre de 2017, se falló a favor de la suficiencia de la información suministrada al consumidor porque, además de acreditarse la explicación de los distintos escenarios, la iniciativa del consumidor y algún cambio de divisa durante el contrato, «el demandante tenía la formación suficiente para entender el mecanismo de la hipoteca multidivisa pues [...] es ingeniero industrial y analista de precios en Endesa y, por tanto, debió estar familiarizado con los riesgos de cambio derivados de la eventual fluctuación del valor de las divisas en el mercado».

³⁸ Esta sentencia «supone un paso atrás respecto de la doctrina sobre el control de transparencia» establecida por la sentencia sobre multidivisa para MARTÍNEZ ESPÍN (2018, 19). Considera acertada la decisión, por el contrario, MIRANDA SERRANO (2018, 29).

³⁹ «Los diferenciales eran menores en los préstamos referenciados al IRPH que en los referenciados al EURIBOR, pues de otro modo los primeros no habrían resultado competitivos», apunta el órgano jurisdiccional.

⁴⁰ Un argumento que se había utilizado para declarar la ineficacia del índice IRPH era su contrariedad contra una norma de naturaleza imperativa como es el artículo 1256 del Código civil. Este precepto prohíbe que el contrato quede en manos de una de las partes lo que se alegaba que ocurría en el caso de este índice: al ser el resultado de la media de los tipos de interés utilizados por las entidades financieras se solicitaba su nulidad bajo el razonamiento de que una de las partes tiene influencia en su formación, hecho sobre el que, además, no se había informado al cliente. Esta vía, sin embargo, no ha tenido éxito en los tribunales que han señalado que «no debe confundirse el hecho de que los datos facilitados por las entidades conformatas del índice afecten a su valor resultante, algo consustancial al procedimiento de su cálculo, con la posibilidad de su manipulación» [por todas, SAP de Tarragona (1.^a) de 7 de marzo de 2018].

⁴¹ Niega la existencia de esta obligación, con acierto desde nuestro punto de vista, entre otras, la SAP de Tarragona (1.^a) de 7 de marzo de 2018.

⁴² AJPI de Barcelona (38.^a) de 16 de febrero de 2018 y AAP de Almería de 20 de marzo de 2018.

⁴³ Sentencias del Juzgado de Primera Instancia de Sagunto (Valencia) (3.^a) de 15 de enero de 2018, de Amurrio (Álava) (2.^a) de 15 de enero de 2018, de Alicante (3.^a) de 19 de enero de 2018, de Gavá (Barcelona) (3.^a) de 20 de febrero de 2018. Tomando un extracto de esta última resolución, se señala que en supuesto de hecho «no hay prueba alguna que refleje que el actor fuera informado de cuáles eran las características del índice, las diferencias entre el elegido y otros, su comportamiento en ejercicios anteriores y exponer las ventajas que pudiera tener frente a otros, como el Euribor, de comportamiento más ventajoso para los clientes que el IRPH, para que los mismos pudieran decidir si querían subrogarse en ese préstamo hipotecario o elegir otra entidad financiera».

⁴⁴ Observaciones de la Comisión Europea de 31 de mayo de 2018 remitidas al TJUE el 17 de septiembre de 2018, respecto del Asunto C-125/18 (DC90822). Este informe ha sido

tenido en cuenta por los tribunales como un argumento más para suspender la tramitación de procedimientos. A modo de ejemplo, el AAP de Las Palmas de 5 de octubre de 2018 alude en su motivación a «la excepcionalidad de la situación derivada del planteamiento de una cuestión prejudicial unido al hecho de que la Comisión Europea haya informado a favor de que se declare la nulidad, por abusiva, de dicha cláusula» así como al principio de seguridad jurídica y la total vinculación a la decisión del TJUE.

⁴⁵ De nuevo, como se indicó al inicio del trabajo, se trataba del texto vigente en el momento de presentar el trabajo. En la actualidad, el Proyecto de Ley que se está tramitando es de fecha de 20 de diciembre de 2018. Se hará en nota a pie una breve mención de los cambios más relevantes que atañan al trabajo. En cualquier caso, y respecto del Anteproyecto de Ley previo, encontramos un análisis en ALBIEZ DOHRMANN (2016, 42-73). Una de las críticas reiteradas al texto es su amplia remisión a un desarrollo reglamentario posterior en cuestiones tan importantes como el contenido de la publicidad, la información general o la personalizada, entre otros. Esto parece haberse corregido parcialmente en el Proyecto de Ley, como veremos a continuación.

⁴⁶ Véase una aproximación general a la Directiva en DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO (2015, 13-103); ARROYO AMAYUELAS (2017, 44). Específicamente, respecto de la regulación de la transparencia y la información debida, *ibidem*, 21-25.

⁴⁷ Este plazo de siete días naturales se amplía en el nuevo texto a diez días naturales, tanto respecto de la antelación de entrega de la documentación como de su consideración como oferta vinculante (art. 14.1). Por otro lado, en el Proyecto de Ley aprobado en diciembre de 2018 se ha incluido un nuevo artículo (art. 7) referido a las «Obligaciones de transparencia en relación con los contratos» y que alude a la inscripción por parte de los prestamistas de los clausulados utilizados en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Del mismo modo, se ha incluido en el artículo relativo a la información general de los préstamos inmobiliarios un exhaustivo elenco de elementos sobre los que se debe informar (art. 9), mientras que en el texto anterior había una mera remisión a un ulterior desarrollo reglamentario.

⁴⁸ También incluye referencias al vencimiento anticipado, a los intereses moratorios o a los gastos asociados a la concesión del préstamo, algunas de las cláusulas que más presencia han tenido en nuestros tribunales. Además, también se debe entregar, en su caso, documentación respecto de la contratación de un seguro. Eso sí, aunque se incluyen dentro de las obligaciones de transparencia, volvemos a incidir en que se tratan de cláusulas accesorias de tal modo que el hecho de que sean objeto de explicación al consumidor no impide que, si su contenido es intrínsecamente desequilibrado, puedan ser declaradas igualmente abusivas.

⁴⁹ El artículo 22 de la Directiva hace alusión a servicios de asesoramiento que pueden prestar las entidades financieras pero parece que se trata más bien de un servicio extra, que puede o no darse y que, por tanto, no formaría parte de las obligaciones de un control de transparencia material. En este sentido, FUENTESECA DEGENEFFE (2015, 188-193), aclara que no es lo mismo explicar e informar que asesorar, en tanto en cuanto lo segundo —servicio no obligatorio— implica recomendaciones. Esto no obsta para que las advertencias del riesgo que constan en el artículo 22 también sean realmente contenido de la información debida por el prestamista.

⁵⁰ Crítico con este papel que otorga el Proyecto a los notarios, CARRASCO PERERA (2017b, 1-2). El autor señala cómo el texto, haciendo una particular transposición de la Directiva, ha convertido a los notarios en asesores independientes gratuitos y se ha asegurado de salvar el obstáculo de que su intervención coetánea a la firma del contrato no garantiza la transparencia obligando a que esta se produzca antes.

⁵¹ Aunque, como señala ARROYO AMAYUELAS (2017, 33-34), a pesar del término elegido, el «asesoramiento» por el notario del artículo 13 del Proyecto no parece equivalente a los servicios de asesoramiento a los que se refiere el artículo 22 de la Directiva sino a unas simples explicaciones.

⁵² Enmiendas recogidas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, 23 de marzo de 2018, núm. 12-3.

⁵³ Los Grupos Parlamentarios Unidos Podemos y Esquerra Republicana son los que abogan por su supresión (del artículo 13 y de ambos artículos, 12 y 13, respectivamente). En el primer caso, respecto del artículo 13, se señala que el notario no es un asesor (y, en todo caso, no asesorará en contra de los intereses de la entidad bancaria), que se necesita una transparencia de contenido con previsiones de futuro que corresponde a la entidad bancaria, que extender un acta notarial es una herramienta de protección para los prestamistas y que el control debe ser judicial (enmienda núm. 33, 117). El segundo de los Grupos citados, por su parte, resalta que el Proyecto es huérfano en la comprobación de si el prestatario realmente ha entendido o no la información precontractual y el asesoramiento recibidos —lo que no es regulable por ley— además de mantener referencias a cláusulas que «si bien no han sido declaradas nulas *per se*, en la práctica no pasan en casi ningún caso el citado doble control de transparencia, habiendo sido declaradas con reiteración [...] su nulidad o inaplicación por los Tribunales», lo que «fomenta una especie de «bendición» a su uso generalizado» (enmienda núm. 138, 238).

⁵⁴ Enmienda núm. 103 propuesta por el Grupo Parlamentario Socialista que argumenta que el notario ha de ser fedatario e informante pero no encargarse de «recoger pruebas», más todavía respecto a los ejemplos de aplicación práctica que tienen normalmente relación con conocimiento de economía financiera y que no parece una función del notario sino tarea de los prestamistas: «Lo razonable pues, es exigir que el notario constate si se ha facilitado esa información y en qué términos. Y que si no se ha facilitado información, o esta sea insuficiente, advierta al prestatario de los riesgos que asume y la posibilidad de no firmar el contrato o de que el prestatario requiera información complementaria o que negocie la modificación de las cláusulas afectadas. [...] El notario no puede sustituir los deberes de información que corresponden al prestamista, tampoco puede sanear o corregir lo que debe hacer la entidad financiera o el intermediario. Su función ha de ser la de advertir al consumidor de las deficiencias observadas en la información o de la inclusión de cláusulas que no sean claras o comprensibles» (198 y 199).

⁵⁵ Así lo proponen los Grupos Parlamentarios EAJ-PNV (enmiendas núm. 8 y 9, 74 y 75), Esquerra Republicana (enmienda núm. 148, 244 y 245) y el Grupo Mixto (enmienda núm. 222, 314). La motivación en los dos primeros casos es la siguiente: «[E]n orden a la apreciación del cumplimiento del principio de transparencia material, es de enorme importancia que en cada fase y con los efectos que le son propios, el prestatario exteriorice su entendimiento positivo acerca del tipo de préstamo ofrecido por la entidad financiera. Desde tal punto de vista, se anticipa a la fase de comercialización la expresión manuscrita del prestatario que ahora se encuentra en la fase precontractual y en presencia del notario, para que quede constancia que, en esta fase, se ha producido un avance en la formación de la voluntad del futuro prestatario mediante su declaración manuscrita de haber recibido y entendido la información que debe suministrarle la entidad».

⁵⁶ En este sentido, es realmente más coherente con el contenido actual del artículo el título que propone el Grupo Parlamentario Ciudadanos: «Acta notarial y asesoramiento al prestatario» (280). Sin embargo, no nos mostramos favorables a la enmienda que hace este Grupo al artículo 12 del Proyecto pues plantea que la documentación deba ser entregada por parte de la entidad al notario y que sea este el que se la remita al consumidor (enmienda núm. 188, 278). Aunque sí valoramos positivamente la especificación que se propone en la enmienda de algunas obligaciones del prestamista para cumplir con su deber de transparencia material (279), nos parece que la entrega de la documentación al prestatario debe hacerse directamente por parte de la entidad y que lo contrario, además de no favorecer la comunicación entre ambas partes contratantes, supone introducir un intermediario y una labor añadida e innecesaria para el notario.

⁵⁷ Y quizás en la redacción propuesta por el Grupo Parlamentario Ciudadanos (enmienda núm. 188, 279): «[E]l prestamista suministrará al prestatario toda la información que fuera necesaria, de manera verbal o por escrito, a efectos de cumplir con el principio de transparencia, tanto en su vertiente formal como material, debiendo asegurarse de que el prestatario ha comprendido en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar.

En particular, el prestamista responderá a las consultas que le formule el prestatario acerca del contenido, significado y trascendencia práctica de los documentos entregados. Las explicaciones deberán contener 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 que se vayan a suscribir con ocasión del préstamo».

⁵⁸ En el texto aprobado en diciembre de 2018 se ha procedido a trasladar la manifestación manuscrita firmada por el prestatario al momento de la contratación con el prestamista pues este documento deberá ya remitirse, junto con el resto, al notario (art. 14.1, último párrafo). Por otro lado, se han detallado los deberes concretos del prestamista, siguiendo la redacción de la enmienda recogida en la nota a pie anterior (art. 14.2). Se ha eliminado, por el contrario, esta descripción de los deberes de transparencia del notario [el art. 15.2.b) —anterior 13.2.b)— simplemente señala que deberán constar en el acta «las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado por el notario»]. Se incide de nuevo y explícitamente en la idea de que el peso de los deberes de información corresponde principalmente al prestamista en un nuevo apartado añadido (art. 15.9), extendiéndose todas las obligaciones de protección a los fiadores o garantes personas físicas (art. 15.4).

⁵⁹ Pone de manifiesto ARROYO AMAYUELAS (2017, 33-34), que nada asegura que las explicaciones permitan al consumidor realmente comprender todos los extremos ni que la falta de entendimiento frene su decisión de contratar. Lo mismo señala, respecto de la expresión manuscrita, ARANGUREN URRIZA (2016, 137-138).

⁶⁰ El Considerando 48.º del texto comunitario señala que «resulta oportuno que los prestamistas y, si procede, los intermediarios de crédito, proporcionen la asistencia supletoria respecto de los productos que ofrecen al consumidor explicando la información pendiente, incluidas, en particular, las características esenciales de cada uno de los productos propuestos de forma personalizada, de manera que el consumidor pueda entender qué repercusiones pueden tener sobre su situación económica. Los prestamistas [...] deben adaptar el modo de proporcionar tales explicaciones a las circunstancias en que se ofrezca el crédito y a la necesidad de asistencia del consumidor, habida cuenta de los conocimientos y la experiencia crediticios de este y de la índole de los productos de crédito específicos». Por otra parte, el artículo 16 obliga a los Estados a que velen por que los prestamistas faciliten al consumidor «explicaciones adecuadas» sobre el contrato (mención que transpone con demasiada literalidad el PLCCI y sin el desarrollo necesario en una ley nacional y que era más difícil para la Directiva).

⁶¹ En este sentido, AGÜERO ORTIZ (2018, 3).

⁶² Enmienda núm. 103 propuesta por el Grupo Parlamentario Socialista (198): «[E]l valor probatorio del acta notarial se regula por la LEC y se pondera por los jueces en los términos que se derivan de la LEC y de la práctica judicial», haciendo referencia, a este respecto, a que el notario «no puede sanear o corregir lo que debe hacer la entidad financiera» sino que su función «ha de ser la de advertir al consumidor de las deficiencias observadas en la información o de la inclusión de cláusulas que no sean claras o comprensibles».

⁶³ Enmienda núm. 160 del Grupo Parlamentario Esquerra Republicana (252): «Es conveniente indicar en la escritura del préstamo que es necesario que el prestatario esté asistido por un profesional de la abogacía. El fundamento de esta petición no es corporativo, sino que responde a la realidad de las distintas funciones que le corresponden al notario y al profesional de la abogacía. En muchos aspectos son complementarias: el abogado asesora con carácter previo y defiende a su cliente; y el notario en principio no tiene un cliente, sino, en su caso, dos: el prestamista y el prestatario, por lo que evidentemente se podría plantear un conflicto de intereses».

⁶⁴ Artículo 13.5: «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».

⁶⁵ A este respecto, CARRASCO PERERA (2017b, 2), ofrece otra interpretación de la norma: además de considerar el acta prueba *iuris et de iure* del cumplimiento de la transparencia material, podría interpretarse como simple prueba de que se ha cumplido con el procedimiento que pretende conseguir la transparencia material, sin implicar que *de facto* se haya alcanzado esta. El autor, favorable por el contrario a la primera interpretación, lamenta que los tribunales probablemente acogieran la segunda pues «siempre sostienen (erróneamente, es cierto) que, en materia de contratos financieros, el cumplimiento de estándares legales o reglamentarios nunca agota la diligencia exigible al banco» (también, CARRASCO PERERA, 2017a, 16-17).

⁶⁶ Rechazándola en todo caso, enmienda núm. 32 del Grupo Parlamentario Unidos Podemos (116) y aceptando las de límite mínimo cero, enmienda núm. 221 del Grupo Parlamentario Mixto (313).

⁶⁷ Enmienda al artículo 5 núm. 93 del Grupo Parlamentario Socialista (189): «En el supuesto de que el préstamo a interés variable incluya cláusulas limitativas de tipos de interés, el prestatario deberá ser previamente advertido de la misma, debiendo informar el banco expresamente de la incidencia de la cláusula en el contrato. La cláusula limitativa del tipo de interés en su referencia inferior no podrá ser nunca superior al interés que el prestatario haya de pagar en su primera disposición. La cláusula limitativa en su referencia superior deberá ser proporcional a la fijada en su límite inferior».

⁶⁸ Hay que tener en cuenta que, por ejemplo, en muchos casos el primer o primeros años de los préstamos se contrataban a interés fijo, sin que tuviera efecto la cláusula suelo.

⁶⁹ Enmienda núm. 196 del Grupo Parlamentario Ciudadanos que propone añadir un artículo específico donde se regulen los «Límites a la variación a la baja del tipo de interés» (291), cuyo punto 2 rezaría del siguiente modo: «Cuando el prestatario sea consumidor, se considerará nula la cláusula que fije un límite a la variación a la baja del tipo de interés contratado y tengan al menos una de las siguientes características: 1.^a Que se haya fijado un límite a la bajada del tipo de interés, pero no a su subida. 2.^a Que el límite establecido a la bajada de los tipos de interés sea superior al 50 % del valor del índice de referencia aplicable en el momento de la contratación que figure en el contrato, con la única excepción de los límites que se establezcan en el 1%, supuesto en que dicha limitación porcentual del 50 % no se aplica». Además de recalcar la necesidad de que este tipo de cláusulas superen un control de transparencia material y plantear requisitos para aceptar las cláusulas suelo, contiene una previsión sobre las consecuencias de su infracción: se propone que consista en el reembolso de lo indebidamente cobrado más el interés legal y otro tanto equivalente (a lo indebidamente cobrado, no parece incluir el interés legal) en concepto de indemnización, efecto este último de la indemnización, entendemos, bastante desincentivador del uso de la cláusula sin atenerse a los límites previstos.

⁷⁰ Sin embargo, en el texto del Proyecto de Ley aprobado en diciembre de 2018 se ha optado por la prohibición de las cláusulas suelo. Así, el artículo 21 en su apartado 3, claramente señala que «en las operaciones con tipo de interés variable no se podrá fijar un límite a la baja del tipo de interés», completando esta regla con la imposibilidad de que el interés remuneratorio pueda ser negativo (art. 21.4).

⁷¹ Es cierto que el PLCCI ha seguido en este punto a la Directiva 2014, que habla simplemente de advertencias regulares y fija el mínimo también en una modificación de más del 20%. Sin embargo, es verdad que, como se ha dicho, la Directiva no ha querido o podido elevar demasiado los niveles de exigencia porque se trata de una norma de mínimos y llamada a ser transpuesta en muy diversos ordenamientos jurídicos. Este inconveniente no lo tiene la norma nacional y el hecho de no haber elevado la protección ha sido criticado por ARROYO AMAYUELAS (2017, 34). De hecho, con anterioridad, ÁLVAREZ MORENO (2015, 123), había criticado que la propia Directiva se hubiera quedado corta en cuanto a la protección al prestatario en este aspecto pues solo había establecido una obligación informativa en lugar de un tope o límite máximo de pérdidas.

⁷² En este caso, propuesto por el Grupo Parlamentario Ciudadanos en la enmienda núm. 191 (285). La prohibición se completa especificando las consecuencias de su incumplimiento, en

este caso, las de contradicción con una norma imperativa, esto es, la nulidad. Pero no la nulidad de todo el contrato sino solo parcial, en beneficio del consumidor, de las referencias a monedas extranjeras, siendo integrado el vacío contractual con el euro (o moneda de curso legal) al tipo de cambio vigente en el momento en que se suscribió el préstamo. Dada la intervención del notario en el proceso de contratación, entendemos que estos serían supuestos residuales en los que ha habido un error en la calificación del prestatario como no consumidor, siéndolo.

También contrario a su comercialización se muestra el Grupo Parlamentario Esquerra Republicana al hilo de la enmienda de supresión de los artículos 12 y 13 Proyecto (enmienda núm. 138, 237-239) por, como se señaló en su momento, suponer una suerte de respaldo al uso generalizado de cláusulas que han sido reiteradamente declaradas nulas por no haber pasado en casi ningún caso el control de transparencia material. De este modo, se plantea su uso «muy extraordinario y solo para un posible prestatario muy avezado o profesional y no al consumidor». Como veremos en el siguiente pie de página, subsidiariamente, proponen su limitación a consumidores con altos conocimientos.

⁷³ Así lo propone el Grupo Parlamentario Unidos Podemos en su enmienda núm. 32 al artículo 12 (115), señalando que la valoración del grado de formación del consumidor le corresponde al prestamista (también en la enmienda núm. 42 al artículo 18 (128) mencionan como parte de la especial protección al consumidor «el examen de sus conocimientos»). La misma limitación del ámbito subjetivo es planteada, subsidiariamente a su prohibición de comercialización, por parte del Grupo Parlamentario Esquerra Republicana (enmienda núm. 153, 249), dejando a un desarrollo reglamentario las condiciones para entender que el prestatario posee la debida formación. Aunque la figura del notario supone una garantía de control y, por otro lado, nos parece complejo fijar en una norma criterios cerrados que delimiten claramente en todos los casos cuándo un consumidor posee esa formación financiera específica o no, valoramos positivamente que se establezcan —en la Ley o en un desarrollo reglamentario— unas ciertas pautas que guíen a los operadores.

⁷⁴ Grupo Parlamentario Unidos Podemos, enmienda núm. 42, 128.

⁷⁵ *Idem*.

⁷⁶ *Idem* y Grupo Parlamentario Esquerra Republicana, enmienda núm. 168, 257. En el primer caso, se propone, además, que este seguro que se contrate, no represente coste para el consumidor, lo que, a nuestro juicio, podría llevar a alterar el elemento de aleatoriedad que conlleva necesariamente este tipo de contratos, haciendo que sea, así, un producto seguro para el consumidor y cargando todo el riesgo al prestamista.

⁷⁷ Nos referimos, en general, a la moneda en la que el prestatario percibiera la parte principal de sus ingresos.

⁷⁸ Grupo Parlamentario Socialista, enmienda núm. 106 (202), que introduce, para acomodar el texto a la STS de 15 de noviembre de 2017, un nuevo apartado en el artículo 18 con la siguiente redacción: «7. El incumplimiento de cualquiera de las exigencias y requisitos previstos en este artículo, incluidos los deberes de información postcontractual, determinarán, en favor del prestatario consumidor, la nulidad de las cláusulas multidivisa y permitirán al prestatario solicitar la modificación del contrato de modo tal que se considere que el préstamo fue concedido desde el principio en la moneda en la que este percibiera la parte principal de sus ingresos».

⁷⁹ En el texto del Proyecto de Ley de diciembre de 2018 se ha incluido finalmente de forma expresa esta referencia a los efectos del incumplimiento siguiendo la redacción de la enmienda recogida en el pie de página anterior pero suprimiendo la mención explícita a «incluidos los deberes de información postcontractual» (art. 20.6).

⁸⁰ De hecho, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 15 de noviembre de 2017, señala los amplios conocimientos del mercado de divisas del prestatario como alternativa a la necesidad de una adecuada información por parte del banco durante la ejecución del contrato para garantizar el uso de la cláusula de cambio de divisa.

⁸¹ Mientras no se desarrolle reglamentariamente, la norma —de mantenerse el texto del Proyecto— hablaría de un deber de información periódico (art. 18.4).

⁸² Grupo Parlamentario Unidos Podemos, enmienda núm. 42, 128-129.

⁸³ Recordemos que esta medida propuesta se añade a otras en la misma enmienda (un necesario examen de un alto conocimiento en la materia, un apoyo durante la vida el contrato por parte del prestamista u opción de cambio de divisa previa simulación).

⁸⁴ Es decir, publicado «por 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».

⁸⁵ Grupo Parlamentario Ciudadanos, enmienda núm. 188, 279.

⁸⁶ Grupo Parlamentario Esquerra Republicana, enmienda núm. 154, 249. Respecto de la necesidad de justificación y aunque esta limitación se complementa con más requisitos a modo de control, cabe plantearse si la utilización pasada del IRPH podría haber cumplido con este criterio en la medida en que las entidades financieras lo utilizaban con el argumento de que era más estable que el EURIBOR.

⁸⁷ En la justificación se reconoce esto pero se puntualiza que, en la práctica, no pasan en casi ningún caso el citado doble control de transparencia con lo que debería evitarse el visto bueno a su uso generalizado y su reconocimiento implícito (249).

⁸⁸ Grupo Parlamentario Unidos Podemos, enmienda núm. 41, 127.

⁸⁹ *Ibidem*, 127.

⁹⁰ Las enmiendas que se plantean no solo se refieren a los préstamos a concertar a partir de su entrada en vigor sino que, tales son los reparos que genera el IRPH, que algunas proponen añadir una Disposición Derogatoria que expresamente suprima este índice hacia el futuro en todos los sentidos (Grupo Parlamentario Unidos Podemos, enmienda núm. 71, 156 y Grupo Parlamentario Esquerra Republicana, enmienda núm. 179, 264-267). Es decir, que sea de aplicación también a los contratos sujetos al mismo vigentes a la publicación de la Ley (lo que, por un lado y siguiendo con la propuesta, generaría la transformación del índice al EURIBOR más un diferencial igual o inferior a un punto y, por otro, implicaría la devolución —en efectivo— de las cantidades cobradas de más desde la celebración del contrato respecto de las que hubieran correspondido según el EURIBOR). Dado que el problema es —en el caso de que se entienda, a diferencia de la posición mayoritaria del Tribunal Supremo, que hay un problema— la falta de transparencia en el caso concreto, esto contrastaría con la solución de sustitución en bloque de todas las cláusulas índice IRPH existentes en los contratos de préstamo hipotecarios en la actualidad.

⁹¹ En el mismo sentido, resoluciones de 13 de septiembre de 2013, 5 de febrero de 2014, 22 de enero, 28 de abril y 25 de septiembre de 2015 y 19 de octubre de 2016.

⁹² Recordemos que la resolución de 13 de septiembre de 2013, aunque refiriéndose a los deberes de transparencia de un modo genérico, ha señalado que «[...] sobre tal extremo el registrador no solo puede sino que debe comprobar si han sido cumplidos los requisitos de información establecidos en la normativa vigente».

⁹³ Artículo 22.2 en el Proyecto de Ley de diciembre de 2018.

⁹⁴ Dependiendo de cómo se interpreten los efectos del acta obligatoria del notario, tal y como se regula ahora en el artículo 13.5 PLCCI.

⁹⁵ Hay que tener en cuenta que la sanción derivada de no superar el control formal es la no incorporación de la cláusula, su inoponibilidad, que, estrictamente, no tiene por qué conllevar siempre los mismos efectos que la nulidad del artículo 83 TRLGDCU.

⁹⁶ Sobre el amplio debate en la doctrina y que excede de este trabajo, nos remitimos a la nota a pie número 11.

*(Trabajo recibido el 15-10-2018 y aceptado
para su publicación el 21-11-2018)*