

1.6. Responsabilidad civil

La doctrina jurisprudencial sobre nulidad de cláusulas predispuestas en perjuicio del adherente no consumidor

The jurisprudential doctrine on the nullity of predisposed clauses to the detriment of the non-consumer adherent

por

LUIS ANTONIO CORPAS PASTOR

*Profesor sustituto interino ayudante Doctor de Derecho civil
Universidad de Málaga*

RESUMEN: El marco jurídico básico establecido por las disposiciones contenidas en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de contratación (LCGC) y en el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) establece un doble control, bien conocido, sobre las cláusulas predispuestas en perjuicio del adherente, que incluye un primer control de inclusión y un segundo, de transparencia, que deben superar las cláusulas de los contratos por adhesión; si bien, el segundo está vedado actualmente al adherente no consumidor. En este trabajo cuestionamos por razones de oportunidad la doctrina del Tribunal Supremo al respecto que refrenda en dos recentísimas SSTs de 16 de enero de 2023, y exploramos la posibilidad de sugerir un cambio legislativo tendente a la unificación de ambas situaciones, aplicándose el control de transparencia también cuando se trate de un adherente no consumidor que realice su actividad profesional o empresarial fuera del objeto del contrato de adhesión. Si bien la jurisprudencia actual interpreta correctamente dicho marco jurídico por cuanto lo aplica al ámbito subjetivo del TRLGDCU, somos partidarios de una interpretación menos restrictiva (que podría requerir un cambio legislativo, o no) para aquellas situaciones en las que el empresario adherente ejerza una actividad completamente ajena al programa prestacional del predisponente.

ABSTRACT: *The Spanish legal framework established through the General Contracting Conditions Law and in the Consolidated Text of the General Law for the Defense of Consumers and Users (TRLGDCU, by its acronym in Spanish), establishes a notorious double control over the predisposed clauses to the detriment of the adherent, which includes a first inclusion control and a second, transparency, which must exceed the clauses of the adhesion contracts; although the second is currently closed to non-consumer adherents. For reasons of opportunity, in this paper we question the doctrine of the Spanish Supreme Court in this regard, which supports this position in two very recent decisions of January 16, 2023, and we explore the possibility of suggesting a legislative change in order to unify both situations, applying the control of transparency even in the case of a non-consumer*

adherent who develops his professional or business activity outside the object of the adhesion contract. Although current jurisprudence correctly interprets the Spanish legal framework to the extent that it applies it to the subjective scope of the TRLGDCU, we are in favor of a less restrictive interpretation (which may or may not require a legislative change) for those situations in which there is a non-consumer adherent that develops an activity completely unrelated to the activity of the predisposing agent.

PALABRAS CLAVE: Cláusula suelo. Renuncia de acciones. Control de incorporación. Control de transparencia. Adherente no consumidor. Desequilibrio subjetivo. Buena fe. Préstamo hipotecario. Interés variable.

KEY WORDS: *Floor clauses. General waiver of actions. Incorporation control. Transparency control. Non-consumer adherent. Subjective imbalance. Good faith. Mortgage loan. Variable interest.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN Y LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN. 2. EL CONCEPTO JURÍDICO DE CONSUMIDOR Y SU REGULACIÓN TUTITIVA: A) *El concepto jurídico de consumidor*. B) *La protección de los consumidores y usuarios en el ordenamiento*. 3. LA NULIDAD DE LA «CLÁUSULA SUELO». 4. EL CONTROL DE LEGALIDAD.—II. METODOLOGÍA Y OBJETIVOS.—III. RESULTADOS: 1. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LOS ACUERDOS NOVATORIOS A LA BAJA DE LA «CLÁUSULA SUELO» EN LOS CONTRATOS DE FINANCIACIÓN. 2. LA ADMISIBILIDAD DE LOS ACUERDOS NOVATORIOS QUE MODIFICAN A LA BAJA LA CLÁUSULA SUELO. 3. LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE RENUNCIA GENERAL DE ACCIONES EN LA NOVACIÓN A LA BAJA DE LAS CLÁUSULAS SUELO. 4. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL CONTROL DE INCLUSIÓN Y CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LAS CLÁUSULAS PREDISPUESAS EN EL CASO DE ADHERENTE NO CONSUMIDOR: A) *El control de inclusión en el caso de adherente no consumidor*. B) *El control de transparencia de cláusulas predispuestas en perjuicio del adherente no consumidor*.—5. EL CONTROL DE INCLUSIÓN Y CONTROL DE TRANSPARENCIA EN LAS CLÁUSULAS DE RENUNCIA GENERAL DE ACCIONES DEL ADHERENTE NO CONSUMIDOR EN LOS PACTOS NOVATORIOS CON «CLÁUSULA SUELO» A LA BAJA.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

1. LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN Y LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN

El Código Civil no define ni regula expresamente los «contratos de adhesión», pues, como recuerda Díez-PICAZO (2007, 133), la suya es una concepción tradicional y clásica; considerando el contrato como un acuerdo de voluntades entre dos o más personas dirigido a crear obligaciones entre ellas¹, integrando todas las consecuencias que sean conformes a la ley, al uso y a la buena fe² en el orden indicado por LASARTE (2019, 131). Esta concepción tradicional se basa en un sinalagma entre iguales que negocian y consienten (RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013), generando una relación obligacional y dictando las normas que la regirán hasta su cumplimiento³. Es evidente que la concepción moderna del contrato

también abarca situaciones en las que no se da esa negociación: se ofrecen contratos dirigidos a una gran cantidad de consumidores y usuarios, en los que el contenido del contrato es prácticamente idéntico en todos ellos. Estos contratos son conocidos como «contratos-tipo» o «contratos en masa», y son estandarizados y masivos en su naturaleza. Por lo general, estos contratos se llevan a cabo mediante «contratos de adhesión», en los que se presume que el adherente tiene una posición de desventaja. Por lo tanto, la legislación establece mecanismos de protección conocidos para salvaguardar los intereses del adherente⁴.

Las «condiciones generales de la contratación» son cláusulas preestablecidas redactadas con la intención de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, cuya inclusión en el contrato se impone por una de las partes. Estas condiciones quedan excluidas del contrato si no se ha acordado nada al respecto, pero entran en juego en caso de conflicto. Es en este momento cuando se debe revisar la obligatoriedad de las condiciones impuestas unilateralmente por la parte que las estableció, en un intento de prevenir abusos.

2. EL CONCEPTO JURÍDICO DE CONSUMIDOR Y SU REGULACIÓN TUTITIVA

Resulta pertinente, en nuestra opinión, recordar aquí los aspectos principales relacionados con la regulación civil protectora del «consumidor jurídico». Este concepto, como veremos a continuación, se corresponde con «las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión», incluyendo tanto a personas jurídicas como entidades sin personalidad jurídica. Esta figura se asimila a la de contratante y, según la última modificación del TRLGDCU, se introduce una protección específica para «consumidores vulnerables». Esta protección se ejerce en aplicación de la Ley 7/1998, de 13 de abril y el Real Decreto Ley 1/2007, de 16 de noviembre, mediante el control de inclusión y el control de contenido.

A) *El concepto jurídico de consumidor*

Autores consolidados explican que el término «consumidor» procede de la economía, pero ahora forma parte del lenguaje jurídico (ORDUÑA Y CAMPUZANO, 2015; DOMÍNGUEZ PÉREZ, 2014; LASARTE, 2022). El concepto de consumidor jurídico, según la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, abarca a todas las personas físicas que adquieren bienes o servicios para satisfacer necesidades personales o familiares⁵; de tal forma que dicho sujeto adquiere un bien o servicio por el «valor de uso» del mismo, a diferencia del empresario, quien «adquiere el bien pensando en su valor de cambio» (LASARTE, 2022, 54).

En nuestro ordenamiento, el consumidor jurídico se puede asimilar a la figura del contratante civil, y la coincidencia entre el consumidor material y el jurídico crea grandes dificultades para su integración en el Derecho de los contratos. Además, una peculiaridad ajena al Derecho de la Unión Europea consiste en que en el nuestro se contempla la posibilidad de que una persona jurídica⁶ pueda ser considerada consumidor (MORENO GARCÍA, L., 2019, 77). Finalmente, la última modificación del TRLGDCU⁷, operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo⁸, introduce una protección específica para los «consumidores vulnerables»⁹.

B) La protección de los consumidores y usuarios en el ordenamiento

La protección de los consumidores y usuarios en el ordenamiento se articula mediante leyes especiales, sin olvidar los elementos ya previstos en el Código Civil y los principios rectores de nuestro ordenamiento recogidos en la Constitución y, debido a que España se configura actualmente como un Estado constitucional multinivel, no podemos ignorar tampoco la regulación supranacional en este sector y muy especialmente la Directiva 93/13 del Consejo y la Ley de Condiciones generales de la contratación (LCGC) que la transpuso¹⁰, cuyo panorama continúa inalterado tras su modificación.

En nuestra opinión, la LCGC presupone que el poder del predisponente será sensiblemente mayor al del adherente consumidor y, por esta razón, sus intereses económicos merecen ser tutelados de acuerdo al mandato constitucional del artículo 51 CE que garantiza la defensa de los consumidores y usuarios por parte de los poderes públicos, así como la protección de sus «legítimos intereses económicos» y su materialización en una obligación constitucional hacia las iniciativas legislativas de los poderes públicos, se ha configurado en España verdadero sistema tuitivo de los consumidores y usuarios. Es por ello que se recurren a mecanismos tuitivos de antiguo recogidos en el Código Civil, como la institución de la nulidad de ciertos pactos que son contrarios al orden público económico (art. 1583 sobre el «arrendamiento hecho por toda la vida»), la interpretación de las «cláusulas oscuras» (art. 1288, que prohíbe que dichas cláusulas favorezcan «a la parte que hubiera ocasionado la oscuridad») o la dicción literal del artículo 1256 que prohíbe dejar «al arbitrio de uno de los contratantes» el cumplimiento del contrato o su validez. Estos mecanismos, sin embargo, se muestran insuficientes para controlar eficazmente la desigualdad de poder existente entre empresarios y consumidores o usuarios.

La protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas, en aplicación de la Ley 7/1998, de 13 de abril y el RDL 1/2007, de 16 de noviembre (y de forma supletoria por el Código Civil), se organiza actualmente en torno al «derecho de consumo», muy influenciado por las normas supranacionales europeas que tratan de armonizar el derecho interno de los Estados miembros de la Unión. Esta disciplina, de carácter actual y multidisciplinar, siendo en gran medida tributaria y competencia de la jurisdicción civil, abarca también numerosa regulación administrativa, dando cumplimiento al principio rector de la política económica y social que informa al ordenamiento, a tenor del artículo 51 CE. De esta forma se ha configurado en España un verdadero sistema tuitivo de los consumidores y usuarios.

En relación al control de una posible abusividad de las condiciones generales de la contratación, se establecen dos controles principales de sobra conocidos: por un lado, el denominado «control de inclusión»¹¹ y, posteriormente, un «control de contenido»¹². Finalmente, como exponemos seguidamente, la jurisprudencia se alza en interpretar cuándo se debe considerar abusiva una cláusula.

3. LA NULIDAD DE LA «CLÁUSULA SUELO»

Es un tema zanjado por nuestros tribunales en los contratos de préstamo referenciados a un determinado tipo de interés que incluían una salvaguarda para la entidad financiera, por cuanto el tipo se referenciase al índice que fuera, no podría bajar de un determinado tope mínimo o «cláusula suelo». En concreto, la

STS núm. 241/2013 de 9 de mayo¹³, del Pleno de la Sala de lo Civil, puso fin a una controversia que parecía interminable sobre la validez y el carácter abusivo de estas cláusulas en préstamos hipotecarios con consumidores, independientemente de si dicha cláusula se refiera al objeto principal del contrato (FD 7.º, in fine). La consideración de la cláusula suelo como cláusula impuesta no la hace automáticamente nula, ni la calificación como contrato de adhesión provoca por ello su nulidad, según dicha STS (FD 8.º, apartado 2.3), en la conclusión que alcanza el Pleno de la Sala, cuando dice:

«a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario».

Con cita de la mencionada Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, esta STS recuerda (FD 10.º) que: «la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio; que de ello se desprende, entre otras cosas, que en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor». Por lo tanto, la cláusula suelo delimita el objeto principal del contrato. «Sin embargo, el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo»¹⁴. Sí se predica de aquellas cláusulas, como la examinada, que, pese a que supera el control de inclusión, no sigue la misma suerte la prueba del control de claridad y concluye que (FD 13.º):

«las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas —generales o particulares— de los suscritos con consumidores».

Aquí radica la importancia de esta sentencia, pues tiene en cuenta la falta de claridad para considerar abusiva la cláusula suelo, es decir, «no son transparentes» las cláusulas analizadas, bien por falta de información suficiente de que son un elemento definitorio del contrato, se insertan camufladas con las cláusulas techo, carecen de simulaciones de escenarios diversos, no existe información

previa y clara y comprensible sobre el coste, o quedan enmascaradas entre una «abrumadora cantidad de datos».

En palabras de CAÑIZARES LASO (2017, 19), la cláusula suelo «consiste en una estipulación que en los créditos y préstamos hipotecarios a interés variable impone un límite a la bajada de los tipos, de manera que el prestatario ha de pagar un interés mínimo (interés suelo) aunque baje el Euribor»¹⁵. Y, acerca de los efectos prácticos de la citada STS de 9 de mayo de 2013, derivados de la falta de transparencia de la cláusula suelo en ese caso particular; y en concreto, de sus efectos no retroactivos, dice (CAÑIZARES LASO, 2017, 40-41): «No se puede estar de acuerdo con una decisión que impida la devolución de las cantidades que indebidamente se cobraron. Con independencia de que la restitución, de acuerdo con el artículo 1303 del Código Civil es la consecuencia necesaria de la nulidad, se trata de no colaborar en la legitimación de consecuencias injustas. Si no debieron cobrarse cantidades porque la cláusula de acuerdo con la que procedía su cobro era nula, no se puede sostener que con posterioridad el que las cobra pueda quedarse con las cantidades injustamente cobradas y no devolverlas. [...] En su sentencia de 25 de marzo de 2015, también del Pleno, el Tribunal Supremo confirma el fallo de la de 9 de mayo de 2013 y sostiene que no se pueden recuperar los intereses cobrados por los bancos en virtud de cláusulas-suelo que se hubieran devengado y pagado antes de la sentencia del Supremo de 9 de mayo de 2013». Es decir, la «limitación de la eficacia retroactiva fue confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de marzo de 2015, en la que se fijó como criterio que, cuando en aplicación de la doctrina establecida en la sentencia de 2013 se declarase abusiva una cláusula suelo, la devolución al prestatario se efectuaría a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 2013» (PÉREZ CARRILLO, y GERBOLÉS DE LAS HEREAS, 2022, 67).

Desde entonces han sido innumerables los procedimientos particulares y colectivos que se han interpuesto frente a las entidades financieras, y también, innumerables las modificaciones o pactos novatorios suprimiendo o disminuyendo el tipo de interés previamente fijado como cláusula suelo, bien instados por los prestatarios, bien por las propias entidades crediticias, las cuales introducían en estos pactos una renuncia general de acciones entre las cláusulas, para asegurarse que el problema quedaba zanjado.

La STS núm. 15/2023, de 16 de enero¹⁶, con cita de la STS núm. 483/2018, de 11 de septiembre, recuerda (FD 4.º) que «no basta con la simple claridad gramatical» para superar el control de transparencia», de acuerdo con la jurisprudencia no solo de la Sala sino también la comunitaria, que resalta «la importancia que para la transparencia en la contratación con los consumidores tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar». Porque, precisamente, es la información precontractual la que «permite conocer realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar», con cita de las SSTs núm. 170/2018, de 23 de marzo, 433/2019, de 7 de julio, reproducida en las sentencias 22/2021, de 21 de enero; 125/2021, de 8 de marzo, 195/2021, de 12 de abril; 327/2021, de 17 de mayo o 399/2021, de 14 de junio, entre otras. De esta última se extrae que el notario «interviene en el momento final del iter contractual, cuando las voluntades ya están conformadas, y cuando la posibilidad del prestatario de dar marcha atrás deviene excepcional».

El carácter abusivo de la cláusula suelo se predica de un desequilibrio contrario a la buena fe y del desequilibrio en el reparto de riesgos, en perjuicio del consumidor, pues como afirma CAÑIZARES LASO (2015, 76), la «cláusula puede ser clara y comprensible y sin embargo determinar que su referencia a la carga

económica del contrato, es decir lo que representa el contrato para el consumidor no sea transparente»¹⁷. Es decir, que pese a la claridad gramatical de las cláusulas y de la intervención del fedatario público, la ausencia de información precontractual «suficiente» es determinante para que no pase el control de transparencia la mencionada cláusula suelo, que, en todo caso, recae la carga de la prueba en la entidad financiera demandada, por la mayor facilidad probatoria, y la misma no quedó acreditada. Se argumenta en la STS 15/2023 que, aunque una condición general dentro de un contrato celebrado con un consumidor pudiera no ser considerada transparente, eso no implica la abusividad automática de dicha cláusula, porque «la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas». Pero este no es el caso de las cláusulas suelo, se añade, «cuya falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva también al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado». Finalmente, «tras la sentencia del TJUE, el Tribunal Supremo, en la reciente STS de 24 de febrero de 2017, ha hecho suya la doctrina contenida en la STJUE de 21 de diciembre de 2016 cambiando su criterio anterior y estableciendo que procede la devolución de todas las cantidades percibidas indebidamente desde la celebración del contrato. Porque, como sostiene MUÑOZ RODRIGO (2018, 257), «las sentencias prejudiciales son obligatorias» y «los jueces nacionales, en su condición de jueces de la Unión, están obligados a salvaguardar la efectividad del Derecho comunitario y su primacía sobre el Derecho nacional conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea».

4. EL CONTROL DE LEGALIDAD

ZUMAQUERO GIL (2022) defiende la tesis que sostiene una obligación del notario (un «derecho-deber», afirma textualmente) de control de la legalidad «formal y material» de aquellos documentos autorizados por ellos, relativo a aspectos relativos «a la validez del contenido del negocio jurídico» del que se trate¹⁸. Aunque reconoce que existen razones legales y una amplia doctrina contraria a que dicho control de legalidad por parte del notario pueda abarcar el control de legalidad de una supuesta abusividad de cláusulas predisuestas, pues el notario «no se encuentra en condiciones de valorar»¹⁹, careciendo de la preceptiva legitimación para ello cuando no esté prohibida de antemano, o declarada como tal en sentencia judicial.

Sea como fuere, lo cierto es que el papel de los fedatarios públicos en el control de legalidad de las cláusulas abusivas²⁰ se ha mostrado hasta ahora insuficiente, probablemente «dada la exigencia del principio de contradicción» (GARCÍA VILA, 2017, 212) que tiene la valoración del caso concreto en la apreciación de la nulidad de una cláusula en la mayoría de los casos; por lo que pudiera ser razonable esperar una intensificación del mismo.

El artículo 1 de la Ley Hipotecaria²¹ establece que «el Registro de la Propiedad tiene como finalidad la inscripción de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles», así como la publicidad de dichos actos y contratos. En realidad, el control de legalidad del Registro de la Propiedad encuentra su fundamento en el principio de legalidad, por el que los registradores

«bajo su responsabilidad» (arts. 18 LH, y 98 RH) son los encargados de calificar los documentos y la propia validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas. En este sentido, el Registro de la Propiedad, como órgano de la Administración pública encargado de llevar a cabo la inscripción de actos y contratos relativos a bienes inmuebles, debería velar por la conformidad de los documentos presentados con la normativa aplicable²².

Por ello, en nuestra opinión, el control de legalidad por parte del Registro de la Propiedad adquiere hoy, sin duda, una importancia crucial (y, en buena parte, absolutamente necesaria desde un punto de vista práctico) en relación al control de las cláusulas abusivas en general, y la «cláusula suelo», en particular. *Mutatis mutandis*, hay que pensar en que la inscripción registral no convalida la nulidad de una cláusula inscrita *ex* artículo 33 LH²³. Sin embargo, GARCÍA VILA (2017), defiende que la actuación de oficio de notarios y registradores podría estar limitada a aquellas situaciones en las que claramente «se enfrente la cláusula con una norma imperativa o prohibitiva en que, además, resulte clara la irrenunciabilidad», dado que «ni el notario [...] ni el registrador son funcionarios ante quienes pueda ventilarse un procedimiento mínimamente contradictorio». A su juicio, añade que el control notarial y registral sobre las cláusulas abusivas es claro en todos aquellos supuestos en que la cláusula infringe una norma imperativa o prohibitiva y en aquellos supuestos incluidos en los supuestos del TRLGDCU (la «lista negra») que no den margen alguno a la valoración de las circunstancias del caso concreto (214).

Por el contrario, DEL REY BARBA (2019) afirma que las cláusulas suelo, siendo un «instrumento de cobertura del riesgo por el tipo de interés», se refieren al objeto principal del contrato de préstamo (a su precio), por lo que no cabe someterlas al control de abusividad del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, pudiendo ser abusivas «si no superan el control de transparencia» relacionado íntimamente con la comprensión efectiva que implica para el consumidor jurídica y materialmente (y por lo tanto, si producen una opacidad relativa a posibles comparaciones con otros productos financieros del mercado). Por lo que, eventualmente, pueden ser declaradas abusivas por los tribunales. Incluso si no lo son, en su opinión, debe evitarse «que accedan al Registro cláusulas hipotecarias que pudieran resultar nulas por dicha falta de transparencia».

En lo que respecta a la actuación de los registradores de la propiedad en relación con la declaración de abusividad de las cláusulas suelo, DEL REY BARBA (2019, 308), entiende que su labor en la evaluación del préstamo hipotecario debería enfocarse en verificar que se han llevado a cabo los controles de transparencia requeridos por la normativa vigente.

Más recientemente, este mismo autor se hace eco de lo preceptuado en la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario²⁴, que permite en su opinión un control más efectivo de la legalidad, al exigirse una «calificación registral favorable» de las cláusulas financieras (DEL REY BARBA, 2021, 1444). En idéntico sentido, ZUMAQUERO GIL (2022, 1219), defiende que «existen argumentos muy poderosos para defender que el registrador pueda entrar a valorar el carácter abusivo de las condiciones generales de los contratos»: una cláusula abusiva es nula y debe tenerse por no puesta y el registrador debe rechazar «el acceso al Registro de todas aquellas cláusulas que sean nulas por contravenir claramente la cláusula general de buena fe y equilibrio de derechos y obligaciones»²⁵. La nulidad, concluye, «no requiere de una resolución judicial que así lo declare», ya que existe independientemente de tal sentencia²⁶, por lo que notarios o registradores, por este motivo y «en el ejercicio de sus funciones, pueden y deben apreciar esa

nulidad, sin que resulte un obstáculo la errónea interpretación del artículo 84 TRLCU» (p. 1225).

Por otra parte, además del Reglamento Hipotecario²⁷, las resoluciones de los tribunales, tanto del Tribunal Supremo como de los tribunales inferiores, establecen criterios interpretativos y pautas a seguir en la calificación registral, aclarando y desarrollando la normativa aplicable en casos concretos como el que analizamos en este trabajo. Así, la jurisprudencia es una fuente dinámica, evolutiva y crucial que contribuye a la interpretación y aplicación del control de legalidad en el Registro de la Propiedad. Esta es una de las razones por las que hemos planteado este estudio.

II. METODOLOGÍA Y OBJETIVOS

Este trabajo se ha diseñado como una investigación basada en los datos obtenidos mediante procedimientos normativos de carácter lógico y objetivo, siguiendo el método jurídico sistémico-estructural-funcional de investigación, que incluye el acceso a fuentes primarias de derecho positivo, doctrinales y jurisprudenciales, en relación a las sentencias del Tribunal Supremo (en adelante, «SSTS») dictadas sobre los pactos novatorios a la baja de cláusulas suelo, durante las primeras semanas del mes de enero de 2023, con un análisis final inductivo, en relación al tratamiento que da el Alto Tribunal a las cláusulas de renuncia general de acciones, en casos en los que el demandante es un consumidor; en contraposición a la posición doctrinal en los casos en los que el contratante afectado se trata de un empresario o profesional; es decir, en casos donde el demandante es adherente no consumidor.

III. RESULTADOS

En una atenta mirada a la producción jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo durante el primer mes del año, sorprende que casi un 70% de las SSTS dictadas en ese periodo, versen sobre abusividad de cláusulas en contratos con condiciones generales y de ellas, un total de treinta y cinco²⁸ están relacionadas con las cláusulas suelo.

Por otra parte, en la mayoría se declara la abusividad de la cláusula de renuncia de acciones introducida en los respectivos acuerdos novatorios que modifican a la baja las «cláusulas suelo», anteriormente declaradas nulas en los contratos de financiación suscritos por consumidores.

1. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LOS ACUERDOS NOVATORIOS A LA BAJA DE LA «CLÁUSULA SUELO» EN LOS CONTRATOS DE FINANCIACIÓN

En primer lugar, analizamos la copiosa doctrina del Alto Tribunal sobre los acuerdos novatorios a la baja de la cláusula suelo, con cierta similitud con lo ya explicado sobre la nulidad de la cláusula suelo, que no superaba el control de transparencia y, sobre todo, produce un desequilibrio en perjuicio del consumidor, contrario a la buena fe. De esta manera, nos encontramos con una cantidad importante de sentencias sobre tales acuerdos, con la particularidad que los mismos incluyen de continuo una cláusula, también predispuesta, que

se refiere a una «renuncia general de acciones», a la que nos referiremos más adelante y que, avanzamos nuestra opinión acerca de que su introducción por parte del predisponente no parece compadecerse en absoluto con las exigencias de la buena fe, que predica el artículo 7 del Código Civil.

De las cuarenta estudiadas, tan solo la STS núm. 10/2023, de 13 de enero²⁹ desestima la pretensión de nulidad de la «cláusula de limitación a la variabilidad de los intereses», basada en un análisis sobre su transparencia, pero utilizando una vía errónea como es su planteamiento a través del recurso por infracción procesal, del que se afirma reiteradamente en la jurisprudencia que «no puede convertirse en una tercera instancia», en lugar de haberlo planteado como recurso de casación, descartando (FD 2.º y 3.º) «que la sentencia de apelación haya incurrido en una valoración probatoria patentemente errónea, arbitraria o ilógica», desestimando las pretensiones del recurso de casación (que pasaban por una previa modificación de «los hechos probados contenidos en la sentencia impugnada, en relación con la transparencia de la cláusula litigiosa») en el previamente desestimado recurso extraordinario por infracción procesal, por lo que, en consecuencia, se desestima la casación; con imposición de costas.

En cuanto a la admisibilidad de acuerdos novatorios a la baja de la «cláusula suelo», la doctrina jurisprudencial es unánime en la interpretación que realiza en tan prolija serie. Que haya una producción tan sorprendentemente abundante sobre este tema, indica la importancia que tiene actualmente este asunto.

2. LA ADMISIBILIDAD DE LOS ACUERDOS NOVATORIOS QUE MODIFICAN A LA BAJA LA CLÁUSULA SUELO

Sobre la admisibilidad en sí de los acuerdos novatorios, el Tribunal Supremo indica que los mismos sí son admisibles, por cuanto superan el control de inclusión y la necesaria transparencia para un consumidor medio. Así, las SSTs núm. 17, 18, 19, 20, 21, 27 y 30, todas de 16 de enero de 2023³⁰, aprecian la validez de la modificación de la cláusula suelo originaria que «reduce el límite mínimo a la variabilidad del interés remuneratorio» (SSTS 17/2023, FD 2.º, 18/2023, FD 2.º, 19/2023, FD 1.º, 26/2023, FD 1.º, 21/2023, FD 1.º, 28/2023, FD 2.º, y 30/2023, FD 1.º), con base en «reiterada jurisprudencia (sentencias 580 y 581/2020, de 5 de noviembre, y en concreto para los asuntos provenientes de las Audiencias Provinciales de Badajoz y Cáceres en los que, en su mayoría, ha sido recurrente Ibercaja, a partir de las sentencias 325/2021, de 17 de mayo, 335, 336, 338, 339 y 340/2021, todas ellas de 18 de mayo, y unas cien sentencias dictadas en fechas posteriores)».

En idéntico sentido, se decantan las soluciones que aplican las SSTs núm. 31/2023, de 17 de enero (FD 2.º, 2) y la 34/2023, de 17 de enero, cuando especifican que la estipulación que «modifica la cláusula suelo potencialmente nula, sería válida pues cumple las exigencias de transparencia de las cláusulas predisuestas». Es decir que el pacto novatorio de la cláusula suelo a la baja resulta válido (FD 2.º). Igualmente, la STS núm. 38/2023, de 17 de enero confirma también la validez del pacto novatorio realizado a la luz de «la sentencia del pleno de esta Sala 241/2013, de 9 de mayo, que generó un conocimiento generalizado de la eventual nulidad de estas cláusulas suelo si no cumplían con el control de transparencia; redacción clara e inteligible para un consumidor medio y facilidad de comprensión por cualquier consumidor de las consecuencias jurídicas y económicas que supone la aplicación de un interés remuneratorio a tipo fijo,

más aun si se indica el importe de la cuota resultante en función del sistema de amortización vigente) son suficientes para que puedan superar el control de transparencia, pues un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede comprender las consecuencias jurídicas y económicas determinantes que para él se derivan de esta novación»³¹.

Por su parte, la STS núm. 41/2023, argumenta la validez del acuerdo novatorio de la siguiente forma:

«El hecho que la cláusula de renuncia se ciña a las reclamaciones que tengan por objeto la cláusula suelo suprimida no excluye que haya de examinarse su transparencia y, en su caso, abusividad, a la luz de los parámetros fijados por la reseñada sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020. Y en el caso objeto de este recurso, la cláusula de renuncia de acciones adolece de falta de transparencia, porque no consta acreditado que se hubieran facilitado al consumidor los datos e información exigible sobre las consecuencias jurídicas y económicas derivadas de dicha renuncia, que resultaban precisos para considerar que la misma fue fruto de un consentimiento libre e informado. Como hemos declarado reiteradamente (por todas, sentencia 63/2021, de 9 de febrero), “la consecuencia derivada de la falta de transparencia de la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones, al no haber podido conocer el consumidor sus consecuencias jurídicas y económicas, consecuencias que no se advierten beneficiosas para el consumidor, es su consideración como abusiva, lo que lleva, por tanto, a que declaremos su nulidad de pleno derecho (arts. 83 TRLGDCU, 8.2 LCGC y 6.1 de la Directiva 93/13)”»³².

3. LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE RENUNCIA GENERAL DE ACCIONES EN LA NOVACIÓN A LA BAJA DE LAS CLÁUSULAS SUELO

Por el contrario, se tiene por nula la renuncia de acciones general incluida por las entidades crediticias en perjuicio del consumidor adherente, junto con la anteriormente reseñada validez de la novación con reducción del límite mínimo a la variabilidad del interés remuneratorio, que tiene como consecuencia la restitución de las cantidades indebidamente cobradas hasta ese momento (por la aplicación de la cláusula suelo abusiva). Así, la anteriormente citada STS 17/2023 (FD 2.º.2), al igual que las SSTS 18/2023 (FD 2.º), 19/2023 (FD 1.º), 21/2023 (FD 1.º), 26/2023 (FD 1.º), 28/2023 (FD 2.º) y 30/2023 (FD 2.º), declara la nulidad de la cláusula «de renuncia de acciones, por lo que procede la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de esa inicial cláusula suelo hasta la suscripción del acuerdo novatorio». Así, la STS núm. 34/2023, de 17 de enero recoge lo siguiente (FD 2.º.3):

«La renuncia al ejercicio de acciones va más allá de la controversia suscitada en torno a la cláusula suelo pues se refiere genéricamente «a cualquier acción que traiga causa de su formalización y clausulado —del contrato de préstamo— así como las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha». La extensión de la renuncia a cuestiones ajenas a la validez de la cláusula suelo y liquidaciones, determina la invalidez de la cláusula»³³.

Igualmente, con el mismo argumento, se declara la nulidad de la cláusula de renuncia general de acciones en la STS núm. 31/2023, de 17 de enero³⁴: las SSTS núm. 38 (FD 2.º.3) 42 (FD 2.º.3) y 41/2023 (FD 2.º. 3), en consonancia con

lo anterior, declara acerca de la renuncia de acciones que «sería nula conforme a la jurisprudencia de aplicación. El hecho que la cláusula de renuncia se ciña a las reclamaciones que tengan por objeto la cláusula suelo suprimida no excluye que haya de examinarse su transparencia y, en su caso, abusividad, a la luz de los parámetros fijados por la reseñada sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020. Y en el caso objeto de este recurso, la cláusula de renuncia de acciones adolece de falta de transparencia, porque no consta acreditado que se hubieran facilitado al consumidor los datos e información exigible sobre las consecuencias jurídicas y económicas derivadas de dicha renuncia, que resultaban precisos para considerar que la misma fue fruto de un consentimiento libre e informado»³⁵.

Como vemos, la doctrina es unánime en cuanto a la aplicabilidad del control de inclusión y el control de transparencia, de las cláusulas predispuestas en contra del adherente consumidor y también en relación a la nulidad del «pacto» predispuesto por la entidad financiera, por el que se produce una renuncia general de acciones del adherente consumidor, por ser contrario a la buena fe que se predica de su falta de transparencia; así como la validez de la novación a la baja de las cláusulas suelo, casi todas después de la STS de 9 de mayo de 2013. Así lo atestiguan varias resoluciones más, cuya exégesis sería inútil, a la par que tediosa³⁶. Sin embargo, existen sensibles diferencias de tratamiento cuando el adherente no es consumidor.

4. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL CONTROL DE INCLUSIÓN Y CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LAS CLÁUSULAS PREDISPUESITAS EN EL CASO DE ADHERENTE NO CONSUMIDOR

En el periodo estudiado, hemos identificado dos sentencias sobre cláusulas suelo, y el control de incorporación de cláusulas contenidas en contratos celebrados con profesionales, es decir, cuando el adherente no es consumidor, que dan una solución parecida al control de inclusión en el caso de adherente consumidor, pero las cuales vetan por «indebido» el control de transparencia sobre las cláusulas predispuestas en perjuicio del adherente no consumidor. En concreto, nos referimos a las SSTS núm. 11 y 12, de 16 de enero de 2023, de las que ha sido Ponente la Excm. Sra. D.^a María de los Ángeles PARRA LUCÁN³⁷.

A) *El control de inclusión en el caso de adherente no consumidor*

La LCGC no establece en su ámbito subjetivo ni territorial distinción alguna entre su aplicabilidad a consumidores o profesionales o empresarios, a tenor de lo dispuesto en su artículo 2, acerca de que será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados con «cualquier persona física —o jurídica— adherente», que «podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad». Dicho esto, el artículo 5 LCGC limita la incorporación de cláusulas predispuestas «cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas» (art. 5.1, párr. 2.º), dándole cierta relevancia al notario cuando se otorgue escritura en este control. Por su parte, el artículo 7 LCGC tampoco distingue entre adherentes consumidores o no consumidores y, sabemos, cuando la ley no distingue, el operador jurídico no puede hacer distinciones; por lo que «no quedarán incorporadas al contrato, en general, aquellas cláusulas que «el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer» puesto

que son básicas en la formación del consentimiento (o lo que es lo mismo, el adherente no ha consentido por desconocimiento de las mismas al tiempo de celebrarse el contrato); o bien, «sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica».

Por lo tanto, es claro que el control de inclusión rige en caso de adherente no consumidor en cláusulas incorporables a contratos de adhesión. En consecuencia, en clara aplicación del régimen de la nulidad de los contratos, aquellas cláusulas que no superen el control de inclusión, en contratos con adherente no consumidor, también serán expulsadas de tales contratos de adhesión y si estos pueden subsistir sin aquellas, seguirán desplegando sus efectos, pero sin atenerse a dichas cláusulas.

Buena cuenta de ello la da la STS núm. 23/2020, de 20 de enero³⁸ (FD 3.º.2), cuando dice «El control de inclusión o de incorporación supone el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato. Mediante el control de incorporación se intenta comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato [...] para superar el control de incorporación, debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato».

En el mismo sentido, y referido expresamente a la nulidad de la cláusula suelo en un contrato donde los adherentes no eran consumidores, la STS núm. 168/2020, de 27 de febrero³⁹ resolvió un recurso de casación promovido por una entidad bancaria, que desestima, en un caso en el que se declaró en primera instancia la nulidad de una cláusula suelo de un contrato de crédito que «no superaba el control de incorporación, porque al no haber cumplido el Banco las obligaciones administrativas de transparencia (no entregó la ficha FIPER), ni haber advertido específicamente el notario de la existencia de la cláusula suelo, los prestatarios no tuvieron oportunidad real de conocer que el préstamo estaba sujeto a una limitación de la variabilidad del tipo de interés. En consecuencia, declaró la no incorporación de la cláusula litigiosa y condenó a la entidad prestamista a la devolución de las cantidades cobradas por su aplicación». Se trata sí, de una declaración nulidad de cláusula suelo en un contrato de adhesión donde los adherentes (un matrimonio que había solicitado un préstamo para adquirir una licencia de taxi) no eran consumidores.

El caso es que se trata de que dicha cláusula suelo no supera el control de inclusión, por lo que el Tribunal Supremo aplica la LCGC y expulsa dicha cláusula del contrato únicamente porque no supera el control de incorporación.

B) El control de transparencia de cláusulas predispuestas en perjuicio del adherente no consumidor

Ahora bien, la cosa cambia, en cuanto al control de contenido. La singularidad expresada en el artículo 8.2 de la LCGC (y no digamos, en el TRLGDCU) ocasiona la inaplicabilidad de esta regulación a los adherentes con la condición de empresarios o trabajadores. Como dice la citada STS 23/2020 (FD 3.º.5, *in fine*), «el control de transparencia solo procede en contratos con consumidores. La jurisprudencia de esta Sala excluye que las condiciones generales de la contra-

tación incluidas en contratos celebrados entre empresarios puedan ser sometidas al control de transparencia, que está reservado a contratos en que el adherente es un consumidor» y (FD 4.º) «no procede realizar un control de transparencia material ni de abusividad respecto de una condición general de la contratación inserta en un contrato en que el adherente no es un consumidor».

Así las cosas, la STS 11/2023, de 16 de enero, estima un recurso de casación interpuesto por una entidad de crédito frente a una sentencia de segunda instancia que había «sobrepasado» el control de inclusión de una cláusula suelo, extralimitándose con la realización de un verdadero control de contenido cuando este último lo tiene vedado en contratos donde el adherente no es consumidor. Dice la sentencia (FD 3.º.3):

«En la práctica [...], se aplica en primer lugar el filtro negativo del artículo 7 LCGC, y si se supera es necesario pasar una segunda criba, ahora positiva, que es la prevista en los artículos 5.5 y 7 de la misma Ley: la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que no quedarán incorporadas al contrato las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

El primero de los filtros mencionados, el del artículo 7, consiste, pues, en acreditar que el adherente tuvo ocasión real de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración [...]. El segundo de los filtros del control de incorporación, previsto en los artículos 5 y 7 LCGC, hace referencia a la comprensibilidad gramatical y semántica de la cláusula.

En suma, para superar el control de incorporación, debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato».

En el FD 3.º.5, se explica que en los contratos de adhesión «el control de transparencia solo procede en contratos con consumidores. La jurisprudencia de esta sala excluye que las condiciones generales de la contratación incluidas en contratos celebrados entre empresarios puedan ser sometidas al control de transparencia» y (FD 3.º.7), «este control de transparencia material está vedado en la contratación entre empresarios», tanto en contratos con empresarios, aunque su actividad empresarial «se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional».

En idéntico y restrictivo sentido, se pronuncia la STS núm. 12/2023, de 16 de enero⁴⁰, en un caso de cláusula suelo ínsita en un contrato de préstamo «otorgado exclusivamente para financiar la actividad empresarial de los demandantes, dedicados a la explotación de máquinas del tipo vending», en la que decide que «no procede realizar un control de transparencia material ni de abusividad respecto de una condición general de la contratación inserta en un contrato en que el adherente no es un consumidor y, por otro lado, la cláusula sometida a examen supera el control de incorporación» con base en la siguiente argumentación (FD 3.º.5): «el control de transparencia solo procede en contratos con consumidores. La jurisprudencia de esta Sala excluye que las condiciones generales de la contratación incluidas en contratos celebrados entre empresarios puedan ser sometidas al control de transparencia, que está reservado a contratos en que el adherente es un consumidor. Y la sentencia recurrida no discute que en el contrato que nos ocupa los demandantes, como prestatarios, ostentaban la condición de adherentes no consumidores». En el FD 3.º.6, incide, en el mismo sentido, que la anterior;

en la inaplicabilidad de los controles de transparencia y abusividad cuando el adherente es un profesional o empresario:

«El control de incorporación es aplicable a cualquier contrato en que se utilicen condiciones generales de la contratación. Pero no ocurre igual con los controles de transparencia y abusividad, reservados a los contratos celebrados con consumidores. Este Tribunal ha sentado una jurisprudencia estable en esta materia, contenida en las sentencias 367/2016, de 3 de junio; 30/2017, de 18 de enero; 41/2017, de 20 de enero; 57/2017, de 30 de enero; 587/2017, de 2 de noviembre; 639/2017, de 23 de noviembre; 8/2018, de 10 de enero; 314/2018, de 28 de mayo, y otras posteriores, en la que hemos afirmado que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores.

Del mismo modo, hemos establecido que el control de transparencia material únicamente es procedente en tales contratos. Y es en el marco de este control de transparencia material en el que cobra una relevancia determinante la adecuada y completa información precontractual así como la oferta vinculante puesta a disposición del adherente, dada la relación de asimetría convencional que se produce en la negociación seriada, con condiciones generales de contratación, entre predisponente y adherente consumidor, y que requiere compensar dicha asimetría con una información y garantías precontractuales que permitan al consumidor acceder a una comprensión real de la importancia de la cláusula suelo en el desarrollo y la economía del contrato, en concreto su incidencia en el precio a pagar por los consumidores (SSTS 593/2017, de 7 de noviembre, 353/2018, de 13 de junio, 209/2019, de 5 de abril y 433/2019, de 17 de julio).

Pero esto no es así en el resto del mundo, donde se puede observar (MATO PACÍN, 2015) que «el consumidor no es el único adherente digno de tutela. Así ocurre en Francia, en Italia y en Reino Unido»⁴¹. ¿Será que todos están equivocados?

Mi opinión personal, desde el principio es que la legislación nacional es demasiado restrictiva, al dejar fuera del control de contenido las cláusulas predispuestas en perjuicio del adherente no consumidor. Los empresarios, en ocasiones, no tienen la misma capacidad económica, siquiera de recursos intelectivos necesarios para comprender el alcance de ciertas condiciones generales, siendo contrario a la buena fe que no se proteja a empresarios vulnerables.

En palabras de MATO PACÍN (2015, 281), «en aquellos ordenamientos jurídicos que no contemplan expresamente un contenido de control general para el empresario adherente débil, ha sido común denominador el intento de doctrina y jurisprudencia de recurrir a reglas de Derecho general de obligaciones y contratos para intentar paliar posibles abusos por parte de los predisponentes».

5. EL CONTROL DE INCLUSIÓN Y CONTROL DE TRANSPARENCIA EN LAS CLÁUSULAS DE RENUNCIA GENERAL DE ACCIONES DEL ADHERENTE NO CONSUMIDOR EN LOS PACTOS NOVATORIOS CON «CLÁUSULA SUELO» A LA BAJA

Buena parte de las sentencias dictadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo durante el mes de enero de 2023, se refieren a la admisibilidad de pactos novatorios a la baja de las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamos financieros, y a la inadmisibilidad de la renuncia general de acciones predispuesta por la entidad bancaria como condición general de la contratación, como ya hemos expuesto. Sin embargo, ninguna de las resoluciones estudiadas versa sobre

bases fácticas relativas a tales novaciones en contratos suscritos por adherentes no consumidores, ni sobre la cláusula de renuncia general de acciones, por lo que no podemos extraer datos al respecto.

Pese a ello, en nuestra opinión, la incorporación de una renuncia general de acciones tampoco es admisible en el caso del adherente no consumidor: la renuncia de acciones general incluida por las entidades crediticias en perjuicio del consumidor adherente no consumidor, pensamos, iría en contra de la buena fe contractual del artículo 7 y del 1258, y con nosotros, CÁMARA LAPUENTE, que ya hace mucho tiempo sostenía la posibilidad de que pudiera replantearse «el control de transparencia y reconducirlo a su sede natural, esto es, el control de incorporación (art. 80 TRLGDCU y arts. 5 y 7 LCGC), como aquí se ha defendido. El *punctum pruriens* de la ineficacia plena *ex tunc* quedaría igualmente salvaguardado, pues la cláusula se tendría por no incorporada al contrato y contaría con la ventaja de unificar este control también para contratos con adherentes empresarios, evitando la incipiente pero exponencialmente multitudinaria e incierta vía inaugurada por la STS de 3 de junio de 2016, que remite la cuestión en sustancia a la buena fe del artículo 1258 del Código Civil» (CÁMARA LAPUENTE, 2017, 1-12).

En palabras de ALBIEZ DOHRMANN (2009, 117), «(e)l legislador no quiso o no supo comprender cuál es el verdadero significado de una ley de condiciones generales. Al menos en lo que respecta a la protección de los empresarios, no ha dado las respuestas necesarias». No parece de recibo en un Estado que se autodenomina «Social, Democrático y de Derecho» que quepa dejar desprotegidos a los profesionales o a empresarios vulnerables que no actúan en el ámbito de la actividad financiera, discriminándolos, porque, como afirmaba ALFARO, bastantes años atrás, «(s)i bien cabría admitir que las necesidades de protección sean mayores en el caso de los consumidores, no parece que ello justifique en modo alguno que los empresarios no sean protegidos frente al empleo de condiciones generales» (ALFARO, 1991, 176). Es evidente que se pueden producir abusos entre profesionales cuando haya «posiciones contractuales entre predisponente y adherente (que sean) notablemente desiguales y no hay razón para prescindir de toda protección del contratante débil en tales casos. [...] Tanto el control de incorporación como el de contenido responden a un mismo fin: proteger al adherente débil (al que se le imponen las condiciones porque no tiene capacidad —fuerza en el mercado— para conseguir su negociación. Si los profesionales pueden ser débiles para merecer ser protegidos mediante un control de incorporación lo son también para merecer un control de contenido» (BERCOVITZ, 2000, 265).

IV. CONCLUSIONES

I. De lo anterior se colige que, actualmente, en contratos de adhesión con adherente no consumidor, la legislación especial sobre cláusulas abusivas impide el control de contenido. Si bien el Tribunal Supremo aplica la Ley con todo rigor, bastaría un poco más de esfuerzo interpretativo para proteger en base a la buena fe y al artículo 1278, a los profesionales y pequeños empresarios autónomos, o societarios, vulnerables. La protección del consumidor actual parece incompatible con la desprotección de estos adherentes no consumidores y si ello requiere un cambio normativo, sea.

II. Se exige doctrinalmente una mayor sensibilidad y sentido común en la interpretación del ordenamiento por parte del Tribunal Supremo hacia un

colectivo que sustenta gran parte de la carga fiscal en este país, sin olvidar que estamos en un Estado de Derecho, pero cuya orientación social no puede perder de vista la igualdad que se predica del artículo 14 CE.

III. El Registro de la Propiedad debe actuar de oficio en el control de la legalidad que le es exigible, de tal forma que se convierta en un instrumento eficaz en el control de las cláusulas abusivas en general, con un especial celo en particular, en el control de legalidad de ciertas cláusulas nulas por abusividad palmaria, denegando, bajo la sola responsabilidad del registrador, la correspondiente inscripción en los casos que proceda.

V. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS núm. 241/2013 de 9 de mayo.
- STS núm. 15/2023, de 16 de enero.
- STS núm. 17/2023, de 16 de enero.
- STS núm. 18/2023, de 16 de enero.
- STS núm. 19/2023, de 16 de enero.
- STS núm. 20/2023, de 16 de enero.
- STS núm. 21/2023, de 16 de enero.
- STS núm. 26/2023, de 16 de enero.
- STS núm. 27/2023, de 16 de enero.
- STS núm. 28/2023, de 16 de enero.
- STS núm. 29/2023, de 16 de enero.
- STS núm. 30/2023, de 16 de enero.
- STS núm. 31/2023, de 17 de enero.
- STS núm. 32/2023, de 17 de enero.
- STS núm. 33/2023, de 17 de enero.
- STS núm. 34/2023, de 17 de enero.
- STS núm. 35/2023, de 17 de enero.
- STS núm. 37/2023, de 17 de enero.
- STS núm. 38/2022, de 17 de enero.
- STS núm. 40/2023, de 17 de enero.
- STS núm. 41/2023, de 17 de enero.
- STS núm. 42/2023, de 17 de enero.
- STS núm. 43/2023, de 17 de enero.
- STS núm. 46/2021, de 18 de enero.
- STS núm. 47/2023, de 18 de enero.
- STS núm. 48/2023, de 18 de enero.
- STS núm. 49/2023, de 18 de enero.
- STS núm. 50/2023, de 18 de enero.
- STS núm. 51/2023, de 18 de enero.
- STS núm. 52/2023, de 18 de enero.
- STS núm. 54/2023, de 18 de enero.
- STS núm. 55/2023, de 18 de enero.
- STS núm. 56/2023, de 18 de enero.
- STS núm. 57/2023, de 18 de enero.
- STS núm. 58/2023, de 18 de enero.
- STS núm. 130/2023, de 31 de enero.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ DOHRMANN, K.J. (2009). *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*. Navarra: Thomson Civitas.
- ALFARO ÁGUILA REAL, J. (1991). *Las Condiciones Generales de la Contratación*. Madrid: Civitas.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2020). Comentario al artículo 8. En Berco-vitz Rodríguez-Cano, R. (coord.). *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, 259-280. Navarra: Aranzadi.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2017). Doce tesis sobre la STJUE de 21 diciembre 2016: Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Supremo, no solo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo. *InDret* [En línea], núm. 1, disponible en <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1287.pdf>
- CANIZARES LASO, A. (2015). Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo. *RDC*, Vol. II, núm. 3, 67-105.
- (2017). Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo. En Senés Mottilla, C. (Dir.) y Soto Ruiz, J. (Coord.). *Jornada «Cláusulas abusivas: problemas sustantivos y procesales»*. Granada: Publicaciones RAJL (19-46).
- (2022). Título II. Condiciones generales y cláusulas abusivas. (Comentario artículos 80, 81, 82 y 83). En AAVV, Cañizares Laso, A. (Dir.) y Zumaquero Gil, L. (Coord.). *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, 1151-1208. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2017). De nuevo sobre el «control de transparencia» y el «control de contenido» en contratos celebrados entre no consumidores. *Revista CESCO de Derecho de Consumo* [En línea], núm. 21, 168-170, disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1419/1182>
- DEL REY BARBA, S. (2019). *La calificación registral de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*, Pamplona: Aranzadi.
- (2021). *La calificación registral*. En AAVV, Del Rey Barba, S., y Espejo Lerdo de Tejada, M. (Dirs.). *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral. Tomo II*, 1361-1453.
- RAMÍREZ CÁRDENAS GIL, J.M., y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, M.P. (2021). El Registrador de la Propiedad. En AAVV, Del Rey Barba, S., y Espejo Lerdo de Tejada, M. (Dirs.). *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral. Tomo I*, 131-201.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2007). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Vol. I, Introducción; Teoría del contrato*, 6.^a Ed. Madrid: Thomson-Civitas.
- DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.M. (2014). Recientes planteamientos de tutela del consumidor mediante el ejercicio del derecho de desistimiento: la directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011 y su transposición al derecho español. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 26, 261-274.
- EBERS, M. (2012). El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional. *InDret* [En línea], núm. 1, 1-46, disponible en <https://indret.com/el-control-de-las-clausulas-abusivas-en-un-futuro-instrumento-opcional/>
- GARCÍA VILA, J.A. (2017). Los límites al control de legalidad notarial y registral de las cláusulas abusivas. Comentario crítico a las resoluciones de la DGRN de 19 de octubre de 2016. *RDC*, Vol. IV, núm. 1, 183-218.
- LASARTE, C. (2022). *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 13 Ed. Madrid: Dykinson.

- LASARTE, C., y CALAZA, A. (2022). *Contratos. Principios de Derecho Civil III*, 23 Ed. Madrid: Marcial Pons.
- MORENO GARCÍA, L. (2019). *Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ RODRIGO, G. (2018). El control de transparencia en las cláusulas suelo. *Rev. Boliv. de Derecho*, núm. 25, 212-271.
- ORDUÑA, F., y CAMPUZANO A.B. (Dirs.). (2015). *Curso de derecho privado*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- PÉREZ CARRILLO, M., y GERBOLÉS DE LAS HEREAS, R. (2022). Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2021 (36/2021). Imposición de costas en demandas de nulidad de cláusulas suelo tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero. En Yzquierdo Tolsada, M. (Dir.). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. 13. 2021. Madrid: BOE. Dykinson (27-42).
- PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F. (2016). Buena fe *ex* artículo 1258 Código Civil y nulidad de las cláusulas suelo sorprendivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios. Reflexiones en torno a la STS, 1.^a, 3 de junio de 2016. *Indret*. núm. 4, 1-21, disponible en https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1266_es.pdf
- RODRÍGUEZ-ROSADO, B. (2013). *Resolución y sinalagma contractual* Madrid: Marcial Pons.
- SALVADOR CODERECH, P., y GARCÍA-MICÓ, T.G. (2020). Concepción contextual de la buena fe contractual. Artículo 1.258 del Código Civil. *Indret* [En línea], núm 1. 28-55, disponible en <https://indret.com/concepcion-contextual-de-la-buena-fe-contractual/>
- VERDERA SERVER, R. (2021). Aspectos registrales de la ineficacia de actos y contratos. En AAVV, Del Rey Barba, S., y Espejo Lerdo de Tejada, M. (Dirs.). *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral. Tomo I*, 607-687.
- ZUMAQUERO GIL, L. (2022). Artículo 84. Autorización e inscripción de cláusulas declaradas abusivas. Comentario. En AAVV, Cañizares Laso, A. (Dir.) y Zumaquero Gil, L. (Coord.). *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, 1281-1225. Valencia: Tirant lo Blanch.

NOTAS

¹ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Vol. I, Introducción; Teoría del contrato*, 6.^a Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2007, 133. A tenor del artículo 1088 del Código Civil, toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer algo. El artículo siguiente, sitúa al contrato como una de las fuentes de las obligaciones. El artículo 1091 establece la fuerza de ley que tienen tales obligaciones nacidas del contrato entre las partes contratantes, desde que existe consentimiento (en obligarse a dar alguna cosa o prestar algún servicio) como dice el artículo 1254, cuando concurren los requisitos del artículo 1261. Sin embargo, el Código Civil no define qué es un contrato. Ni mucho menos, un contrato por adhesión.

² Vid., SALVADOR CODERECH, P., y GARCÍA-MICÓ, T.G., Concepción contextual de la buena fe contractual. Artículo 1258 del Código Civil, *InDret*, 1/2020, 51. La buena fe [...] debe ser un mecanismo que contribuya a la compleción del contrato, siempre dentro de los marcados límites del contrato suscrito entre las partes pues, en definitiva, la buena fe es un mecanismo de interpretación e integración del contrato, no para novar el contrato o crear un segundo contrato, ajeno del primero.

³ Sobre este concepto, Vid., RODRÍGUEZ-ROSADO, B., 2013, *Resolución y sinalagma contractual* Madrid: Marcial Pons, 12-13, que reitera esta concepción tradicional, y presenta una relación sinalagmática genética y funcional entre los contratantes a partir del acuerdo de voluntades. El sinalagma entre iguales que consienten, no solo genera una particular relación obligacional, sino que dicta las normas que la regirán hasta su cumplimiento, a través del desarrollo del programa prestacional según las propias reglas contenidas en el contrato, pero también «a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley» *ex* artículo 1258 *in fine*.

⁴ Para una revisión sistemática de los contratos, en concreto acerca de la «desindividualización» del mismo, la crisis del sistema codificado y la protección multinivel del consumidor, *vid.*, Lasarte, C., y Calaza, A. (2022). *Contratos. Principios de Derecho Civil III*, 23 Ed. Madrid: Marcial Pons, 67-92.

⁵ ORDUÑA, F., y CAMPUZANO A.B. (Dirs.), *Curso de derecho privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, 366. Afirman los autores que el concepto legal de consumidor, en la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios correspondía al «concepto económico de consumidor», es decir, un «sujeto del mercado que adquiere bienes o utiliza servicios para satisfacer necesidades personales o familiares».

⁶ Cuando dicha persona jurídica actúe sin ánimo de lucro y en un ámbito ajeno a su actividad *Cfr.* MORENO GARCÍA, L. (2019). *Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 77.

⁷ *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, (BOE núm. 287, de 30 de noviembre).

⁸ *Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre*, (BOE núm.76, de 28 de marzo), cuya finalidad era «transponer al derecho interno la Directiva 2011/83/UE» (del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo) que estableció «un nuevo marco legal armonizado, modificando la normativa europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo [...] bajo un enfoque de armonización plena, con excepciones puntuales». Esta Directiva viene a armonizar el derecho de la Unión sobre esta materia, regulando «de forma muy detallada y exhaustiva del derecho de desistimiento que asiste a los consumidores en determinados contratos, de forma que la Directiva contiene una completa regulación de este derecho, así como un documento normalizado para formalizar su ejercicio por el consumidor. *Cfr.* DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.M., Recientes planteamientos de tutela del consumidor mediante el ejercicio del derecho de desistimiento: la Directiva 2011/83/UE, de

25 de octubre de 2011 y su transposición al derecho español, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2014, núm. 26, 261 y ss. Estos autores aclaran que este concepto de consumidor (art. 3 del Texto Refundido), tras la modificación introducida por la *Ley 3/2014, de 27 de marzo*, abarca a los «consumidores o usuarios» y se corresponde con «las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión», incluyendo tanto las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica «que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial».

⁹ La importancia del concepto jurídico de consumidor radica, en primer lugar, en que dicho concepto jurídico puede o no coincidir con el concepto de «consumidor material» pero resulta, además, en segundo lugar, que su asimilación por el Derecho civil al concepto de «contratante» crea dificultades no menores en relación a esta protección. En realidad, el consumidor jurídico se asimila a la figura del «contratante» para diferenciarlo del consumidor material, que, por otra parte, puede coincidir o no con el concepto jurídico. El que se asimile el concepto de «consumidor jurídico» a «contratante» «crea grandes dificultades» a la hora de la integración de los consumidores en el «Derecho clásico de los contratos» (*Cfr.* Lasarte, 2022, *op. cit.*, 61-62), sobre todo a la luz de la última modificación del TRLGDCU operada por el artículo 16 del *Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores*, (BOE núm. 101, de 28 de abril), el cual introduce una protección específica de «consumidores vulnerables» y en relación con ciertos aspectos del mercado digital.

¹⁰ *Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación*, (BOE núm. 89, de 14 de abril). Esta disposición normativa modificó el régimen de protección de consumidores y usuarios, establecido por la anterior *Ley 26/1984, de 19 de julio (Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios)*. A tenor de su preámbulo, su objetivo principal era «distinguir entre cláusulas abusivas y condiciones generales de la contratación». Su ámbito subjetivo es amplio y abarca tanto a los consumidores como a los empresarios en contratos por adhesión. El artículo 2.1 de la LCGC establece que se aplica a los contratos que contienen condiciones generales celebrados entre un profesional (predisponente) y cualquier persona física o jurídica (adherente), incluyendo a los profesionales definidos como «toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada». Por lo tanto, la LCGC también se aplica en contratos con adherentes que no son consumidores. El control de incorporación de las condiciones generales al contrato se rige por el artículo 5 de la LCGC, que establece que se considera que ha sido aceptada su incorporación cuando el adherente haya aceptado expresamente su existencia y contenido, y cuando se haya proporcionado al adherente un ejemplar de las mismas y sean firmadas por todos los contratantes. Esto implica que el adherente debe ser informado de manera expresa de la existencia y contenido de las condiciones generales y recibir un ejemplar de las mismas antes de aceptar su incorporación al contrato. La jurisprudencia establece que la carga de la prueba de la entrega e información expresa de las condiciones generales recae en el predisponente, o en su defecto, debe garantizarse al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración del contrato, según lo establecido en el artículo 5.3 de la LCGC. Además, como resultado de la modificación del apartado 5 del artículo 5 de la LCGC por la disposición final 4.1. de la *Ley 5/2019, de 15 de marzo*, se establece que la redacción de las cláusulas generales debe ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Asimismo, se añade un nuevo párrafo que establece que las condiciones incorporadas de manera no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho (*Cfr.* LASARTE, C., *op. cit.*, 2022, 151). La nulidad establecida en el artículo 8 LCGC para las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, a menos que se establezca un efecto distinto en caso de contravención, se trata (como aclara DÍEZ-PICAZO, L., *op. cit.*, 2007, 457), «de una nulidad de pleno derecho y en interés del adherente, que se produce por contravenir las condiciones generales imperativas de la propia ley o cualquiera otras normas imperativas».

y, de acuerdo con las reglas de integración de los contratos, *ex* artículo 1258, con efectos de expulsión del contrato de dicha cláusula, pero con subsistencia del mismo «si este puede subsistir sin tales cláusulas». El texto hace referencia a dos tipos de controles que se aplican a las cláusulas en contratos de adhesión con consumidores: el control de inclusión y el control de contenido. Por lo tanto, la incorporación de cláusulas generales en contratos de adhesión solo será posible después de superar el control de incorporación o inclusión, y también el control de contenido en el caso de contratos con consumidores adherentes. No existe control de contenido para cláusulas generales en contratos entre empresas, y en estos casos, solo se aplicarán las disposiciones del artículo 8.1 de la LCGC sobre la nulidad de cláusulas contrarias a normas prohibitivas e imperativas, en conjunción con el artículo 1258 del Código Civil. *Cfr.* MORENO GARCÍA, L. (2019, 291). En estos casos «el adherente no consumidor podrá ejercitar la acción de nulidad de la cláusula cuando infrinja lo establecido en la LCGC o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, pero no podrá instar su nulidad por resultar abusiva». Pero cuando exista un «abuso de posición dominante», deberá fundarse en las normas generales («nulidad contractual y, en su caso, en el régimen legal de las cláusulas negociadas»).

¹¹ El control de inclusión se refiere a que las cláusulas deben ser conocidas por el adherente antes de la celebración del contrato. Se establece que las condiciones generales deben ser claras, concretas y sencillas, comprensibles directamente, y deben entregarse antes o en el momento de la celebración del contrato, a menos que se pruebe que el adherente ya las conocía. En opinión de la doctrina consolidada «la LCGC no distingue en función de los contratantes, en cuanto si se trata de empresarios o no. Los requisitos de incorporación se aplican a todos los contratos por igual» (*Cfr.* CAÑIZARES LASO, A. (2015). Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo. *RDC*, Vol. II, núm. 3, 74). Es decir, este control se aplica a todos los contratos, sin importar si los contratantes son empresarios o no, y cualquier cláusula no negociada que no haya sido puesta fehacientemente en conocimiento del adherente será excluida del contrato.

¹² El control de contenido, por otro lado, se refiere al parámetro para medir la posible abusividad de una cláusula, según el cual, se considerarán «cláusulas abusivas» todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Este control se articula en tres niveles: el contenido de las cláusulas debe responder a los principios de buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, con concreción, claridad y sencillez en la redacción; deben ser accesibles y legibles; y se considerarán abusivas en todo caso las cláusulas contenidas en los artículos específicos del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU). Se trata de un control especial que deben pasar los contratos con condiciones generales, y en concreto, los contratos de adhesión cuando se realizan con consumidores y usuarios. Las cláusulas abusivas son cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores que no traspasan el control de contenido, a tenor del artículo 82.1 TRLGDCU, el cual especifica que se «considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato». El control de contenido de las cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores se articula legalmente en tres niveles, un primer nivel, como regla general, su contenido deberá responder a los principios de «buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas» (art. 80.1.c TRLGDCU) y la exigencia que en los dos primeros números del mismo artículo se obliga: «Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa» o reenvío a documentos entregados previa o simultáneamente o bien se hagan constar en el propio contrato; y «accesibilidad y legibilidad (tamaño de letra mínimo de 2,5 mm., y espacio entre líneas de 1,15 mm., o superior; con contraste adecuado con el fondo» de manera que su lectura no se «hiciera dificultosa». Un segundo nivel, en cuanto a lo dispuesto en el artículo 82, es decir, el concepto legal de cláusulas abusivas; y,

un tercer nivel, por el que se considerarán «abusivas en todo caso», sin ánimo de exhaustividad, las cláusulas contenidas en los artículos 85 a 90 del TRLGDCU. Es decir, cláusulas que determinan la vinculación del contrato a la voluntad del empresario (art. 85), que privan al consumidor de derechos básicos (art. 86), que provocan falta de reciprocidad (art. 87), sobre garantías (art. 88), que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato (art. 89) o sobre competencia y derecho aplicable (art. 90). En definitiva, las cláusulas predispuestas serán consideradas abusivas si no superan este control de contenido.

¹³ STS núm. 241/2013 de 9 de mayo (Roj 1916/2013 - ECLI:ES:TS:2013:1916, Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael GIMENO-BAYÓN COBOS).

¹⁴ STS núm. 241/2013 de 9 de mayo, (párr. 191).

¹⁵ CAÑIZARES LASO, A., Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo, en Soto Ruiz, J. (Coord.), *Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada*, Granada, 2017, 19. Cfr., CAÑIZARES LASO, A. (2015). Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo. *RDC*, Vol. II, núm. 3, 19. En el mismo sentido, *vid.* DEL REY BARBA, S. (2019). *La calificación registral de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*, Pamplona: Aranzadi. Afirma el autor que son «las que han causado mayor perjuicio a los consumidores, teniendo en cuenta que existía una desproporción evidente entre esos intereses fijos mínimos que se fijaban en beneficio del acreedor [...] y las cláusulas techo que serían las que hipotéticamente beneficiarían al deudor puesto que más allá de las fijadas no les afectaría la subida del interés de referencia» (p. 285).

¹⁶ STS núm. 15/2023, de 16 de enero, (Roj: STS 38/2023 - ECLI:ES:TS:2023:38. Ponente: Excmo. Sra. D.ª María de los Ángeles PARRA LUCÁN).

¹⁷ *Vid.*, en profundidad, CAÑIZARES LASO, A. (2022). Cláusulas abusivas. En AAVV, Cañizares Laso, A. (Dir.) y Zumaquero Gil, L. (Coord.). *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, (1151-1208). Valencia: Tirant lo Blanch. la autora aclara algo muy importante respecto de aquellas cláusulas que se refieran a los elementos esenciales del contrato, las cuales, «además de estar redactadas de forma clara y comprensible no deben infringir un especial deber de transparencia porque de hacerlo las cláusulas podrían ser declaradas nulas por abusivas, al provocar una alteración de los derechos y obligaciones de las partes en realidad, o bien podrá declararse la nulidad directa por la falta de transparencia», 1169.

¹⁸ ZUMAQUERO GIL, L. (2022). Artículo 84. Autorización e inscripción de cláusulas declaradas abusivas. *Comentario*. En AAVV, Cañizares Laso, A. (Dir.) y Zumaquero Gil, L. (Coord.). *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, 1211. Valencia: Tirant lo Blanch.

¹⁹ *Ibid.*, 1211-1212.

²⁰ Sobre este tema, *vid.* GARCÍA VILA, J.A. (2017). Los límites al control de legalidad notarial y registral de las cláusulas abusivas. *Comentario crítico a las resoluciones de la DGRN de 19 de octubre de 2016*. *RDC*, Vol. IV, núm. 1, 196.

²¹ *Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria*. (BOE núm. 58, de 27 de febrero).

²² Cfr. RAMÍREZ CÁRDENAS GIL, J.M., y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, M.P. (2021). El Registrador de la Propiedad. En AAVV, Del Rey Barba, S., y Espejo Lerdo De Tejada, M. (Dirs.). *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral. Tomo I*, 131-201. Sobre la independencia del registrador, destacan que de la misma deriva «su responsabilidad» en la calificación que establece el artículo 18 LH, «únicamente vinculado con el principio de legalidad». (p. 141), cuyas principales garantías son, por una parte, su no sujeción al principio de jerarquía, materializado en el artículo 273 LH que le impide elevar consultas sobre materias o cuestiones sujetas a calificación. Por otro lado, está legitimado a instar recurso de queja ante el TSJ por injerencias judiciales, y finalmente, la inamovilidad (relativa) y la no concurrencia (absoluta) en su distrito hipotecario. Es decir, en la circunscripción territorial de «su» Registro.

²³ Sobre los aspectos registrales de contratos ineficaces, *vid.*, VERDERA SERVER, R. (2021). Aspectos registrales de la ineficacia de actos y contratos. En AAVV, Del Rey Barba, S., y Espejo Lerdo de Tejada, M. (Dirs.). *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral. Tomo I*,

607-687. El autor defiende la opinión mayoritaria de la doctrina contraria a la continuidad del artículo 33 LH, por «superfluo, infantil y estéril», 615.

²⁴ Explica el autor que «la doctrina no ha sido pacífica en este punto. En un primer momento se consideraba que no se podía entrar a calificar la abusividad por ser un tema exclusivamente reservado a los jueces, habiendo evolucionado hasta la postura actual en que recoge expresamente cuál debe ser el alcance de dicha calificación. Por el camino ha habido distintas modificaciones legales que parecían inclinar la balanza hacia uno u otro lado. Así, el inicial artículo 10 bis de la LGDCU, actual artículo 82 TRLGDCU y el artículo 258.2 LH, parecían favorecer dicha calificación, mientras que la nueva redacción del artículo 12 LH que introdujo la Ley 41/2007, se dictó con la clara voluntad de restringir todo lo posible la calificación registral, no solo de las cláusulas abusivas, sino del préstamo hipotecario en general. [...] El nuevo artículo 258.2 también viene a aclarar este punto en cuanto establece qué tipo de cláusulas denegarán los registradores: «El registrador de la propiedad denegará la inscripción de aquellas cláusulas de los contratos que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o hubieran sido declaradas nulas por abusivas por sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación». La referencia a estos tres tipos de cláusulas abusivas, nulas, tiene relación con la doctrina que había ido decantándose por la DGRN en diversas resoluciones, así como el papel preponderante que tiene en la nueva regulación el RCGC, como instrumento fundamental de transparencia», 1444-1445.

²⁵ ZUMAQUERO GIL, L. (2022), *op.*, *cit.*, 1222.

²⁶ *Ibid.*, 1225. Se refiere la autora a que la lectura, *a sensu* contrario, del artículo 84 del Texto Refundido, podría llevarnos a una conclusión errónea, en el sentido de que únicamente deberían excluirse del Registro las condiciones generales que hubiesen sido declaradas nulas por abusivas mediante sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación o en virtud de sentencias con valor jurisprudencial, o las que forman parte de la lista negra. Pero en realidad, en referencia tanto a notarios como a registradores, según la opinión defendida por la autora, «no impide el control de legalidad, entendido como control de validez, que recaiga sobre una cláusula nula por abusiva; aunque dicha nulidad no haya sido declarada por los tribunales».

²⁷ *Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario*. (BOE núm. 106, de 16 de abril).

²⁸ SSTs núm. 15/2023, 17/2023, 18/2023, 19/2023, 20/2023, 21/2023, 26/2023, 27/2023, 28/2023, 29/2023 y 30/2023 de 16 de enero de 2023. SSTs núms. 29/2023, 31/2023, 32/2023, 33/2023, 34/2023, 35/2023, 37/2023, 38/2022, 40/2023, 41/2023, 42/2023 y 43/2023, de 17 de enero de 2023. SSTs núm. 46/2021, 47/2023, 48/2023, 49/2023, 50/2023, 51/2023, 52/2023, 54/2023, 55/2023, 56/2023, 57/2023 y 58/2023, de 18 de enero de 2023.

²⁹ STS núm. 10/2023, de 13 de enero (Roj: STS 89/2023 - ECLI:ES:TS:2023:89. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María DÍAZ FRAILE). Hay que señalar, en relación a la casuística referida en la nota anterior, que en el momento de someter a revisión este artículo no había sido publicada todavía la STS núm. 130/2023, de 31 de enero (Roj: STS 284/2023 - ECLI:ES:TS:2023:284). Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis SEOANE SPIEGELBERG. Es reseñable que esta última resolución considera válida la cláusula suelo de un préstamo concedido a un particular porque (FD 2.º) «el demandante tuvo la oportunidad real de conocer la cláusula impugnada al estar incluida en la escritura, ser fácilmente comprensible [...] destacada en negrita [...] leída por el notario. Y todo ello, además, de su condición de empleado del banco, que le concedió el préstamo, y figurar dentro de sus cometidos profesionales informar de dicho producto a los clientes de la entidad, por lo que tenía perfecta constancia de que todos los préstamos se concedían bajo cláusula suelo y, por supuesto, el suyo».

³⁰ SSTs núm. 17/2023, de 16 de enero (Roj: STS 39/2023 - ECLI:ES:TS:2023:39), 18/2023, de 16 de enero (Roj: STS 36/2023 - ECLI:ES:TS:2023:36), 19/2023, de 16 de enero (Roj: STS 37/2023 - ECLI:ES:TS:2023:37), 20/2023, de 16 de enero (Roj: STS 126/2023 - ECLI:ES:TS:2023:126), 21/2023, de 16 de enero (Roj: STS 108/2023 - ECLI:ES:TS:2023:108), 27/2023 (Roj: STS 41/2023 - ECLI:ES:TS:2023:41), 26/2023, de 16 de enero (Roj: STS 40/2023 - ECLI:ES:TS:2023:40), 28/2023, de 16 de enero (Roj: STS 42/2023 - ECLI:ES:TS:2023:42)

y 30/2023, de 16 de enero (Roj: STS 88/2023 - ECLI:ES:TS:2023:88). Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael SARAZÁ JIMENA.

³¹ STS núm. 31/2023, de 17 de enero (Roj: STS 93/2023 - ECLI:ES:TS:2023:93), Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio SÁNCHEZ GARGALLO y STS núm. 38/2023, de 17 de enero (Roj: STS 96/2023 - ECLI:ES:TS:2023:96). Ponente Excmo. Sr. D. Juan María DÍAZ FRAILE.

³² STS núm. 41/2023, de 17 de enero (Roj: STS 109/2023 - ECLI:ES:TS:2023:109). Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María DÍAZ FRAILE).

³³ STS núm. 34/2023, de 17 de enero (Roj: STS 91/2023 - ECLI:ES:TS:2023:91). Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio SÁNCHEZ GARGALLO).

³⁴ STS núm. 31/2023, de 17 de enero (Roj: STS 93/2023 - ECLI:ES:TS:2023:93), Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio SÁNCHEZ GARGALLO.

³⁵ SSTs núm. 38/2023, de 17 de enero (Roj: STS 96/2023 - ECLI:ES:TS:2023:96), 41/2023, de 17 de enero (Roj: STS 109/2023 - ECLI:ES:TS:2023:109) y 42/2023, de 17 de enero (Roj: STS 102/2023 - ECLI:ES:TS:2023:102). Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María DÍAZ FRAILE.

³⁶ *Vid.* SSTs núm. 32/2023, de 17 de enero (Roj: STS 94/2023 - ECLI:ES:TS:2023:94), 33/2023, de 17 de enero (Roj: STS 90/2023 - ECLI:ES:TS:2023:90), 35/2023, de 17 de enero (Roj: STS 92/2023 - ECLI:ES:TS:2023:92), 46/2023, de 18 de enero (Roj: STS 100/2023 - ECLI:ES:TS:2023:100), 47/2023, de 18 de enero (STS 101/2023 - ECLI:ES:TS:2023:101), 48/2023, de 18 de enero (Roj: STS 103/2023 - ECLI:ES:TS:2023:103), 50/2023, de 18 de enero (Roj: STS 110/2023 - ECLI:ES:TS:2023:110), 51/2023, de 18 de enero (Roj: STS 47/2023 - ECLI:ES:TS:2023:47), 52/2023, de 18 de enero (Roj: STS 106/2023 - ECLI:ES:TS:2023:106), 54/2023, de 18 de enero (Roj: STS 48/2023 - ECLI:ES:TS:2023:48), 55/2023, de 18 de enero (Roj: STS 49/2023 - ECLI:ES:TS:2023:49), 56/2023, de 18 de enero (Roj: STS 107/2023 - ECLI:ES:TS:2023:107), 57/2023, de 18 de enero (Roj: STS 50/2023 - ECLI:ES:TS:2023:50), y 58/2023 (Roj: STS 51/2023 - ECLI:ES:TS:2023:51).

³⁷ *Cfr.* SSTs núm. 11/2023, de 16 de enero (Roj: STS 46/2023 - ECLI:ES:TS:2023:46) y 12/2023, de 16 de enero (Roj: STS 104/2023 - ECLI:ES:TS:2023:104).

³⁸ STS núm. 23/2020, de 20 de enero (Roj: STS 98/2020 - ECLI:ES:TS:2020:98, Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María DÍAZ FRAILE).

³⁹ STS núm. 168/2020, de 27 de febrero (Roj: STS 812/2020 - ECLI:ES:TS:2020:812. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José VELA TORRES).

⁴⁰ STS núm. 12/2023, de 16 de enero (Roj: STS 104/2023 - ECLI:ES:TS:2023:104, Ponente: Excmo. Sra. D.^a María de los Ángeles PARRA LUCÁN).

⁴¹ *Vid.*, ampliamente, MATO PACÍN, M.N., El control de contenido en la contratación mediante condiciones generales entre empresarios en el derecho comparado y europeo, *Cuad. Derecho Transnacional*, 2015, Vol. 7, núm. 2, 216-282. Sostiene la autora que «diversos ordenamientos jurídicos contemplan de forma expresa al empresario adherente como sujeto susceptible de ser protegido frente a cláusulas desequilibradas o bien están inmersos en procesos de reforma de su Derecho privado en este sentido (Francia, Italia, Inglaterra, Alemania, Portugal y Holanda). La misma solución adoptan las propuestas más importantes de Derecho europeo de contratos (PECL, DCFR, Principios Acquis, CESL)».