

#### 4. DERECHO BANCARIO

### La cláusula suelo a debate: análisis crítico del control de consentimiento y contenido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo \*

### *The floor clause under debate: critical analysis of the control of consent and contents in the Supreme Court case law*

por

DAVINIA CADENAS OSUNA

*Profesora ayudante doctora en la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla.  
Acreditada a profesora contratada doctora*

**RESUMEN:** En el presente trabajo realizamos un análisis pormenorizado de los controles de consentimiento y contenido de las condiciones generales de la contratación para, seguidamente, examinar, desde una perspectiva crítica, la aplicación que de los mismos ha hecho nuestro Tribunal Supremo con relación a las cláusulas suelo.

**ABSTRACT:** *In this paper we carry out a detailed analysis of the control of consent and contents of the general contracting conditions to, then, examine, from a critical point of view, its application in the sphere of floor clauses by our Supreme Court.*

**PALABRAS CLAVE:** Contratos de adhesión. Condiciones generales de la contratación. Cláusulas suelo. Control de inclusión. Control de transparencia material. Control de contenido.

**KEY WORDS:** *Contract of adhesion. General contracting conditions. Floor clauses. Control of inclusion. Control of transparency. Control of contents.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. CONTROL DE CONSENTIMIENTO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN: 1. CONTROL DE INCLUSIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN. 2. CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN: A) *Control de transparencia material:*

---

\* El presente trabajo ha sido realizado en el marco de las actividades del Proyecto FEDER, Retos del siglo XXI. Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones. Los contratos de tracto sucesivo (UMA18-FEDERJA-233), del cual son investigadoras principales las profesoras Dras. Dña. Ana CAÑIZARES LASO y Dña. Rocío DIÉGUEZ OLIVA.

definición y finalidad. B) *Deberes de transparencia material a examen*. C) *Intervención notarial en el control de transparencia*. D) *Consecuencias de la falta de transparencia material*. E) *Falta de transparencia vs. error vicio*.—III. CONTROL DE CONTENIDO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN: 1. CONTROL REGISTRAL DE CONTENIDO DE LAS CONDICIONES GENERALES. 2. CONTROL JUDICIAL DE CONTENIDO DE LAS CONDICIONES GENERALES: A) *Control de contenido de las cláusulas de carácter esencial*. B) *Control de contenido a examen*. C) *Consecuencias de la abusividad*.—IV. CLÁUSULAS SUELO: 1. CONTROL DE INCLUSIÓN DE LAS CLÁUSULAS SUELO. 2. CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL DE LAS CLÁUSULAS SUELO: A) *Transparencia en los supuestos de novación*. B) *Consecuencias de la falta de transparencia de las cláusulas suelo*. C) *Extensión temporal de los efectos restitutorios derivados de la nulidad de las cláusulas suelo*. 3. CONTROL DE CONTENIDO DE LAS CLÁUSULAS SUELO.—V. CONCLUSIONES.—VI. JURISPRUDENCIA: 1. PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO. 2. PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. 3. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

Nuestro estudio debe comenzar con la exposición de unas referencias siquiera básicas a los contratos de adhesión, que son aquellos que incorporan condiciones generales de la contratación. La alusión a esta tipología contractual resulta ineludible si tomamos en consideración que a ella se circunscriben la práctica totalidad de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria que se suscriben en la actualidad, debido, en esencia, a la asiduidad con la que estos se celebran y a la necesidad de homogeneizarlos en la medida de lo posible para su posterior negociación en el mercado secundario como medio de financiación de las entidades de crédito (DEL REY BARBA, 2014, 234). Estas razones, *inter alia*, explican que, en la contratación bancaria, los tratos personalizados de los términos y condiciones de los contratos hayan sido reemplazados por la contratación con condiciones generales, propias del tráfico en masa, dando lugar a la denominada «contratación seriada», que se reputa como «un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico»<sup>1</sup>.

El contrato de adhesión es aquel que incluye condiciones generales de la contratación, definidas estas por el artículo 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC) como aquellas cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato impone una parte a la otra y que han sido redactadas con el propósito de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. Como podemos comprobar, las condiciones generales se definen por el proceso seguido para su incorporación al contrato, siendo sus rasgos definitorios la contractualidad, predisposición, imposición y generalidad. Habida cuenta de la limitada extensión de nuestro trabajo, no podemos extendernos en el examen de tales características, con lo que nos conformamos con aclarar que, como consecuencia del carácter impuesto de las condiciones generales, el adherente solo puede decidir entre dos opciones, a saber, aceptar el contenido del contrato (sin capacidad alguna de negociación para influir en tal contenido) o rechazar la contratación<sup>2</sup>. De esta suerte, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1998<sup>3</sup>, en la contratación mediante condiciones generales «se mantiene la libertad de contratar (libertad

de celebrar o no el contrato) pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente)»<sup>4</sup>. Es precisamente esta especial forma de contratar, en la que una de las partes pierde su capacidad de negociación, la que justifica la necesidad de aplicar unos controles de consentimiento y contenido que resultan innecesarios cuando el clausulado del contrato es negociado individualmente por las partes. Por ello, entendemos que tales controles deberían haberse dispuesto para todos los casos en los que el contrato incorporase condiciones generales de la contratación, con independencia de que el adherente fuera profesional o consumidor y aun cuando, en esta segunda hipótesis, se hubiera de reforzar la protección prevista para el adherente (CAÑIZARES LASO, 2015, 70, 72 y 95; SIGÜENZA LÓPEZ, 2016, 511). Sin embargo, el legislador no comparte nuestra visión, pues circunscribe el control de contenido de las condiciones generales a las incorporadas a contratos celebrados con un consumidor (art. 8.2 LCGC).

Sin más demora, nos adentramos en el examen de los distintos controles a los que se someten las condiciones generales de la contratación, a saber, el control de consentimiento y el control de contenido.

## II. CONTROL DE CONSENTIMIENTO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

El primero de los filtros que han de superar las condiciones generales de la contratación es el que vamos a denominar control de consentimiento, el cual, a su vez, debe abordarse desde una doble perspectiva, formal y material, que se manifiesta, respectivamente, en el control de inclusión y el control de transparencia.

### 1. CONTROL DE INCLUSIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

De inicio, las condiciones generales se someten a un control de inclusión (también llamado control de incorporación o de transparencia formal), regulado en los artículos 5 y 7 LCGC, al objeto de dirimir si se han incorporado al contrato. A este control se someten todas las condiciones generales sin excepción, ya se refieran al objeto principal del contrato o a elementos accesorios y con independencia de la condición de consumidor o profesional del adherente<sup>5</sup>.

El artículo 5.1 LCGC establece que las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando el adherente acepte su incorporación y todos los contratantes firmen el contrato, no pudiendo entenderse que concurre tal aceptación cuando la entidad predisponente no haya informado al adherente de la existencia de las condiciones generales y le haya facilitado un ejemplar de las mismas.

Asimismo, *ex* artículo 5.5 LCGC, solo quedan incorporadas al contrato las condiciones generales que se redacten con claridad, concreción y sencillez, siendo nulas de pleno derecho las cláusulas que no se ajusten a tales criterios de transparencia<sup>6</sup>.

Finalmente, declara el artículo 7 LCGC que no quedan incorporadas al contrato las condiciones generales que el adherente no haya tenido la oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de celebrarse el contrato, las que no hayan sido firmadas pese a ser necesario *ex* artículo 5 LCGC y las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, excepto, en cuanto a estas últimas, que hubieran sido expresamente aceptadas de manera escrita por el adherente

y se adecuen a la normativa específica que regula en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

En definitiva, el control de incorporación presenta carácter eminentemente documental y persigue, en esencia, que el adherente conozca la existencia (que no el contenido<sup>7</sup>) de las condiciones generales, quedando así determinada la prestación a la que se obliga cada parte y fijadas las reglas a las que estas deben atenerse para resolver cualquier problema que pueda surgir durante la fase de ejecución del contrato (CANIZARES LASO, 2015, 78). A tal efecto, el control de inclusión se define en un doble sentido, uno positivo y otro negativo: el artículo 5 LCGC establece los requisitos que han de cumplirse para que una condición general se pueda entender incorporada al contrato, mientras que el artículo 7 LCGC señala cuándo no se va a producir tal incorporación. En la práctica, según señala la jurisprudencia<sup>8</sup>, se aplica en primer lugar el filtro negativo del artículo 7 en aras de determinar cuáles son las condiciones generales que el adherente tuvo la oportunidad real de conocer al suscribir el contrato. Superado este primer filtro, se aplica el previsto en el artículo 5 apartados primero y quinto de la LCGC, que pretende garantizar la comprensibilidad gramatical y semántica de las condiciones generales. De esta suerte, «para superar el control de incorporación, debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla que permite una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato»<sup>9</sup>.

Por último, debemos señalar que las condiciones generales que no superen el control de inclusión se entienden no incorporadas al contrato. En otros términos, tales cláusulas son nulas de pleno derecho y, por tanto, se tienen por no puestas, debiendo deshacerse sus efectos desde que se aplicaron (art. 1303 CC)<sup>10</sup>. Tal conclusión se deduce del artículo 5.5 LCGC, que, en su último inciso, añadido por la disposición final cuarta de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, LCCI), declara que «[l]as condiciones incorporadas de modo no transparentes en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho»<sup>11</sup>.

## 2. CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Las condiciones generales definitorias del objeto principal del contrato<sup>12</sup> deben someterse, amén de al control de inclusión recién estudiado, a un control de transparencia material o cualificado, siempre que se incorporen a contratos concertados con consumidores<sup>13</sup>. Aunque hemos dado por hecho que no se va a controlar la transparencia material de todas las cláusulas, sino únicamente de las que presentan carácter esencial, el posicionamiento que se adopte al respecto va a depender de cuáles entendamos que son las consecuencias de la falta de transparencia de una cláusula, a saber, su nulidad automática, de un lado, o la necesidad de someterla a un control de contenido para valorar su posible abusividad, de otro. En el primer caso, pensamos que deberían someterse al control de transparencia material todas las cláusulas, puesto que del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, Directiva 93/13/CEE) no puede extraerse otra conclusión al vincular este precepto el control de contenido de las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato a su falta de transparencia, pero sin excluir del control de transparencia al resto de cláusulas. No obstante, si la falta de transparencia material de una cláusula no determinase

automáticamente su nulidad, el control de transparencia solo cobraría sentido con relación a las cláusulas de carácter esencial, pues únicamente respecto de ellas el artículo 4.2 de la Directiva hace depender el control de contenido de la falta de transparencia. Las restantes cláusulas, por el contrario, se someterían en todo caso (*id est*, fueran transparentes o no) al control de contenido, con lo que su transparencia o ausencia de ella carecería de relevancia práctica, más allá de que la falta de transparencia de una cláusula pudiera tomarse en consideración a la hora de valorar su posible abusividad. Además, habida cuenta del funcionamiento y exigencias de la contratación en masa, coincidimos con MARTÍNEZ ESCRIBANO en que podemos presumir que el consumidor, como regla, no se esfuerza en leer e intentar comprender las cláusulas de carácter accesorio porque no las toma en consideración al contratar (ni, por tanto, las consiente de manera expresa), careciendo de sentido alguno, consiguientemente, someterlas a un control de transparencia. Ahora bien, pese a no ser consentidas específicamente, las cláusulas de carácter accesorio integran el contrato y obligan a las partes, razón por la que, en aras de evitar posibles abusos del profesional predisponente, deben ser sometidas a un control de contenido con independencia de que hayan sido redactadas de manera transparente o no. Por eso, concluye la autora, no hay control de transparencia de las cláusulas de carácter accesorio, «porque es indiferente su resultado» (MARTÍNEZ ESCRIBANO, 2019, 368). En todo caso, la jurisprudencia, generalmente sin aportar ninguna explicación lógica, da por sentado que solo las cláusulas de carácter esencial se someten al control de transparencia<sup>14</sup>.

#### A) *Control de transparencia material: definición y finalidad*

El control de transparencia es definido por el Tribunal Supremo en la archiconocida Sentencia de 9 de mayo de 2013<sup>15</sup> como el parámetro abstracto de validez de las cláusulas predispuestas que, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato, pretende garantizar que el adherente conozca la carga económica y jurídica que para él implica el contrato. Por tanto, el propósito perseguido con el control de transparencia material es garantizar la comprensibilidad de las condiciones generales para un «consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz»<sup>16</sup>. En otros términos, el control de transparencia pretende asegurar, no que cada concreto consumidor ha comprendido real y efectivamente las cláusulas, sino que la información suministrada por el profesional predisponente hubiera permitido a un consumidor medio conocer, antes de la celebración del contrato de préstamo hipotecario —o de la subrogación (novación subjetiva) en un préstamo previamente concedido a un tercero<sup>17</sup>—, la existencia de las condiciones generales y la carga económica y jurídica que para él supondría el contrato al objeto de que pudiera elegir con pleno conocimiento de causa entre las distintas ofertas que tenía disponibles en el mercado (MARTÍNEZ ESCRIBANO, 2019, 88). Como vemos, la transparencia de las condiciones generales ha de valorarse al tiempo de la celebración del contrato, en atención a la información precontractual facilitada al consumidor y a las circunstancias concurrentes en cada caso y, entre ellas, la cualificación que sobre la materia pueda tener el consumidor; si bien no basta con que este tenga formación jurídica y/o se dedique profesionalmente al mundo del Derecho o de la empresa para que se le considere un cliente experto con conocimientos suficientes para detectar la presencia en el contrato de una determinada condición

general y comprender su contenido sin necesidad de que el predisponente le proporcione la debida información precontractual<sup>18</sup>. En definitiva, una cláusula no es transparente cuando el consumidor no puede comprender la incidencia que la misma tiene en la carga económica y jurídica que para él comporta el contrato<sup>19</sup> o cuando las cláusulas de carácter esencial reciben un tratamiento secundario (en muchas ocasiones al entremezclarse con las cláusulas accesorias), no permitiendo al consumidor que conozca el hecho de que tales cláusulas versan sobre el objeto principal del contrato ni, por consiguiente, la influencia que pueden tener en la carga económica y jurídica que para el consumidor supone el contrato<sup>20</sup>. Ambos tipos de estipulaciones podemos englobarlas en la categoría de cláusulas sorprendentes (no expresamente recogidas ni por la Directiva 93/13/CEE ni por la legislación española), que son aquellas cuyo contenido no se corresponde con lo que el consumidor se había representado sobre la base de la información suministrada por el profesional predisponente; esto es, el incumplimiento por el profesional de los deberes de transparencia que le incumben impide que el consumidor pueda conocer la existencia misma de las cláusulas o que pueda representarse debidamente el contenido del contrato<sup>21</sup>.

Con el control de transparencia se reduce el desequilibrio informativo que, por lo general, existe en la contratación bancaria entre la entidad de crédito y el consumidor, permitiéndose a este elegir de manera consciente, libre e informada entre las distintas alternativas de contratación que tiene disponibles en el mercado, lo que cobra una especial relevancia en el contexto actual de la contratación en masa, donde, como sabemos, el adherente no tiene capacidad de negociación para influir en el contenido del contrato. De esta manera, podemos entender que solo cuando una cláusula es transparente puede presumirse que el consumidor la ha consentido realmente (MARTÍNEZ ESCRIBANO, 2019, 368)<sup>22</sup>. Es por ello que la jurisprudencia alude al control de transparencia material como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, idea que, desde nuestra perspectiva, se anuda al entendimiento de que la falta de transparencia de una cláusula conlleva automáticamente su nulidad. Por el contrario, si, como nosotros defendemos, se estima que la falta de transparencia lo que da pie es al control de contenido de la cláusula, el juicio de transparencia no constituye parámetro abstracto de validez de la misma.

#### *B) Deberes de transparencia material a examen*

Tradicionalmente, desde la promulgación de la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LCU), y, posteriormente, de la LCGC, la doctrina presta atención sobre todo a los controles de inclusión y contenido de las condiciones generales y, en mucha menor medida, al control de transparencia material de las mismas. Ciertamente es que la normativa sectorial bancaria contiene determinadas obligaciones que se atribuyen a las entidades de crédito en sede de información precontractual<sup>23</sup>. No obstante, es la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada en materia de nulidad de las cláusulas suelo la que otorga verdadero protagonismo al control de transparencia material de las condiciones generales, revistiendo una especial relevancia a tal efecto la precitada Sentencia de 9 de mayo de 2013. En este pronunciamiento, el Tribunal propone unos parámetros para valorar el cumplimiento del deber de transparencia en la contratación bancaria de préstamos hipotecarios, que se traducen, en esencia, en la información clara y compresión

ble sobre el hecho, en su caso, de que la cláusula define el objeto principal del contrato, sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad, caso de existir, o de la advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas, y sobre simulaciones de escenarios diversos que pueden acontecer durante la ejecución del contrato. Sin embargo, estas pautas son de índole meramente orientativa, de manera que lo que realmente determina la transparencia de las cláusulas es el hecho de que el consumidor haya conocido su existencia y comprendido realmente la carga económica y jurídica que le supone el contrato; en otros términos, «[n]o existen medios tasados para obtener el resultado: un consumidor perfectamente informado»<sup>24</sup>. Se manifiesta así de manera ostensible la distinción tradicional entre los controles de inclusión y transparencia, pues, si bien el primero presenta carácter documental y se fundamenta en la satisfacción de ciertos rigorismos formales legalmente establecidos, la transparencia material no se define por el cumplimiento por la entidad de crédito de unos deberes de información positivizados en normas jurídicas, sino por su finalidad de lograr que el consumidor medio y diligente esté plenamente informado sobre la contratación, correspondiendo *ad hoc* a jueces y tribunales valorar si este propósito se cumple con relación a cada concreta cláusula (PERTÍNEZ VÍLCHEZ, 2017).

Ni la comentada Sentencia de 9 de mayo de 2013 ni su Auto aclaratorio de 3 de junio del mismo año dotan al control de transparencia material de una argumentación ajustada al principio de seguridad jurídica, pues únicamente proporcionan unas pautas que sirven como parámetros orientativos al objeto de valorar la transparencia de las cláusulas, pero no establecen fórmula alguna para anticipar cuándo una cláusula es transparente (CARRASCO PERERA, y CORDERO LOBATO, 2013, 174). Concebido así el control de transparencia material, se le ha criticado que constituye una fuente de inseguridad jurídica porque no se establecen unas exigencias tasadas a cuya satisfacción se anude el cumplimiento del deber de transparencia (CARRASCO PERERA, 2013, 129 y sigs.). De hecho, al enjuiciar un asunto concreto, los órganos jurisdiccionales pueden establecer nuevas pautas de conducta para las entidades de crédito, incluso basadas en normas no aplicables al tiempo de celebrarse el contrato, y declarar nula una determinada condición general que hasta entonces se reputaba legal y jurisprudencialmente válida, aplicándose esta doctrina a contratos celebrados antes de que fueran dictados tales pronunciamientos, aun cuando la entidad de crédito no pudiera conocer en la fecha de suscripción del contrato unos requerimientos de transparencia que fueron establecidos *a posteriori* en sede judicial<sup>25</sup>. Ante esta situación, el legislador procede, en la LCCI, a positivizar ciertas obligaciones activas de información a cargo de las entidades de crédito a cuyo cumplimiento se supedita la transparencia material de las condiciones generales. De este modo, tras regular la información básica que deberá figurar en la publicidad de los préstamos inmobiliarios (art. 6), la información general de los préstamos inmobiliarios (art. 9) y la información precontractual de los préstamos inmobiliarios (art. 10), la LCCI regula, por primera vez de manera expresa, el deber de transparencia material al recoger, en su artículo 14, las normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios.

Declara el artículo 14.1 LCCI que el prestamista debe entregar al prestatario o potencial prestatario, con una antelación mínima de diez días naturales respecto al momento de suscribirse el contrato<sup>26</sup>, la documentación que detallamos seguidamente<sup>27</sup>:



1. La FEIN<sup>28</sup>, que recoge la información personalizada que se ofrece al consumidor, se considera oferta vinculante para la entidad prestamista hasta la firma del contrato, no pudiendo producirse tal firma antes de que transcurran, al menos, diez días naturales desde la entrega de la ficha al cliente<sup>29</sup>.

2. La FiAE, en la que se informa al cliente de la existencia de las cláusulas o elementos relevantes, mencionando, al menos, en su caso: los tipos oficiales de referencia utilizados para determinar el tipo de interés aplicable; la existencia de límites mínimos a la variabilidad a la baja del tipo de interés; la posibilidad de que se produzca el vencimiento anticipado del préstamo de resultados del impago y los gastos que ello entrañaría; la distribución de los gastos aparejados a la concesión del préstamo, y el hecho de que se trata, en su caso, de un préstamo en moneda extranjera.

3. De tratarse de un préstamo a tipo de interés variable, se debe entregar al prestatario un documento separado en el que se haga especial referencia a las cuotas periódicas que debe satisfacer en diversos escenarios simulados de evolución de los tipos de interés.

4. Una copia del proyecto de contrato cuyo contenido se ajuste a las exigencias legales e incluya un desglose de la totalidad de gastos asociados a la firma del contrato.

5. Información clara y veraz de los gastos cuyo pago corresponde al prestamista, de un lado, y al prestatario, de otro, respetando la distribución de gastos establecida en el artículo 14.1.e) LCCI.

6. Cuando el prestamista exija al prestatario la suscripción de una póliza de seguro como garantía del cumplimiento de las obligaciones que para él se derivan del contrato, un seguro de daños sobre el inmueble hipotecado o cualquier otro de los seguros que contempla la normativa del mercado hipotecario, el prestamista debe entregar al prestatario por escrito las condiciones de las garantías de seguro que requiere.

7. Cuando se prevea la formalización del contrato en escritura pública, el prestamista debe informar al prestatario de la obligación que le incumbe de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario que haya elegido como autorizante de la escritura pública de préstamo hipotecario, asesoramiento que ha de recaer sobre el contenido y consecuencias de la información contenida en la documentación que deba entregarse al prestatario con arreglo al artículo 14.1 LCCI.

Además, el prestamista debe proporcionar al prestatario, por exigencia del artículo 14.2 LCCI, toda la información que sea necesaria, respondiendo a las cuestiones que este le plantee sobre el contenido, significado y trascendencia práctica de los documentos entregados y debiendo contener sus explicaciones ejemplos de aplicación práctica de las cláusulas financieras en diversos escenarios simulados de coyuntura económica.

Podemos comprobar cómo el deber de información al que se anuda el control de transparencia material abarca la entrega de una abundante documentación que, en no pocas ocasiones, más que garantizar la información al prestatario, puede producir justamente el efecto contrario al verse este abrumado por una documentación excesiva y, frecuentemente, ininteligible para él al carecer de suficientes conocimientos financieros y económicos para entender unos escritos por lo general redactados en un lenguaje técnico que no está al alcance de la comprensión de un consumidor medio<sup>30</sup>.



*C) Intervención notarial en el control de transparencia*

El análisis del rol desempeñado por el notario en el control de transparencia material debe partir de la referencia al artículo 30.3 Orden EHA/2899/2011, que obliga al notario, como manifestación de su deber genérico de control de la legalidad de los actos y negocios que autoriza, a que deniegue la autorización del préstamo cuando no cumpla con la legalidad vigente. Asimismo, el precepto impone al notario, amén de obligaciones informativas varias, los deberes de: 1) comprobar si el cliente ha recibido adecuadamente y con la suficiente antelación la FIPER y si existen discrepancias entre las condiciones previstas en la oferta vinculante y las plasmadas en el documento contractual finalmente suscrito, y 2) informar al cliente de las obligaciones que incumben a la entidad de poner a su disposición la FIPER y de aceptar las condiciones ofrecidas a aquel en la oferta vinculante dentro de su plazo de vigencia.

Centrándonos en la LCCI, al notario se le atribuye, como profesional del Derecho, un deber de información y asesoramiento al prestatario que se establece como medida de protección de este y, en particular, como garantía de que ha otorgado un consentimiento contractual informado, esto es, sabedor del contenido del contrato y asumiendo sus consecuencias jurídicas. De esta forma, declara el artículo 15.1 LCCI que el prestatario debe comparecer ante el notario de su elección en aras de recibir un asesoramiento presencial, para lo que debe remitirse por vía telemática al precitado fedatario la documentación que detalla el artículo 14.1 LCCI junto a la manifestación firmada por el prestatario de que ha recibido tales documentos y que le ha sido explicado su contenido. El notario debe verificar que la documentación entregada al prestatario cumple con las exigencias del artículo 14.1 LCCI y, en caso afirmativo, ha de extender, antes de la formalización del contrato de préstamo hipotecario, un acta que constituye el eje de los amplios deberes que se imponen al notario en sede de control de la legalidad y la transparencia material del contrato de préstamo. En dicho acta ha de constar el cumplimiento de los plazos legalmente previstos para la entrega al prestatario de la documentación prevista en el artículo 14.1 LCCI, una relación de las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado por el notario, que debe incluir una información individualizada y específica sobre las cláusulas recogidas en la FEIN y en la FiAE (art. 15.2 LCCI). De igual modo, el prestatario debe cumplimentar un test cuyo fin es determinar la documentación entregada y la información suministrada. A nuestro juicio, ni la realización de un test por el prestatario para comprobar la documentación que le ha sido entregada y la información suministrada ni la exigencia de una manifestación por él firmada en la que conste que comprende y acepta el contenido de la documentación recibida parecen coherentes con la fe pública que ampara el acta notarial en el que deben recogerse tales extremos.

Para que el notario pueda extender el acta de transparencia, el prestatario (o su representante), así como las personas físicas que intervengan como fadores o garantes del préstamo, deben personarse de manera gratuita ante aquel como máximo el día anterior al de autorización del contrato de préstamo<sup>31</sup>, configurándose dicha comparecencia, no como un derecho, sino como una verdadera obligación del prestatario (art. 15.3 y 4 LCCI). De este modo, si el prestatario no se persona ante el notario, este no extenderá el precitado acta ni, por consiguiente, autorizará la escritura pública de préstamo hipotecario (art. 22.2 LCCI).

El artículo 15.6 LCCI establece que:

«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».

La referencia contenida en el precepto transcrito a la comprensión por el prestatario de la documentación que le ha sido entregada induce a un sector de nuestra doctrina a preguntarse si el valor probatorio del acta notarial se extiende solo a los hechos objetivos del asesoramiento realizado por el notario y la manifestación del prestatario de que comprende y acepta el contenido de la documentación que se le entrega o si también se extiende al real y efectivo entendimiento de tales documentos por el prestatario. Bajo nuestro punto de vista, la redacción del precepto es suficientemente clara y, por consiguiente, debemos interpretarlo literalmente, entendiendo que el valor probatorio del acta notarial abarca solo el asesoramiento prestado y la manifestación del prestatario de haber comprendido y aceptado el contenido de la documentación recibida, sin que el notario tenga que entrar a valorar si tal entendimiento es cierto, solución lógica si tenemos en cuenta que el nivel de comprensión real alcanzado por el prestatario constituye un hecho interno cuya verificación resulta imposible para el notario<sup>32</sup>. Esta postura resulta coherente, además, con lo previsto por el legislador en el preámbulo de la LCCI, en virtud del cual el notario debe asesorar imparcialmente al prestatario y comprobar que se ha cumplido el principio de transparencia material, constituyéndose así prueba en beneficio de ambas partes (prestamista y prestatario) del hecho objetivo de que el primero ha cumplido con su obligación de entregar en plazo la documentación legalmente exigida. En todo caso, esta cuestión presentaría mayor relevancia si con el control de transparencia material se valorase la comprensibilidad de la información precontractual con relación a cada consumidor. Sin embargo, el carácter objetivo que reviste el control de transparencia, unido al hecho de que la entrega de la documentación recogida en el artículo 14.1 LCCI permite esperar razonablemente que un consumidor medio hubiera podido entender la carga económica y jurídica que asume con el contrato, nos conduce a concluir que el acta notarial positiva permite presumir *iuris tantum* que el principio de transparencia material ha sido cumplido, dificultando sobremanera la viabilidad de toda impugnación judicial del contrato que se fundamente en la falta de transparencia. Ahora bien, ¿qué ocurre si el prestatario solicita las explicaciones adicionales del artículo 14.2 LCCI? Dichas explicaciones permiten «subjeter» la información precontractual (y, con ello, el control de transparencia material), es decir, adaptarla a las circunstancias y necesidades de cada concreto prestatario y a las características del producto ofrecido. De esta manera, si el notario deja constancia en el acta de que el prestamista ha recibido tal información adicional, el contenido del acta, *ex* artículo 15.6 LCCI, se presumirá veraz y hará prueba del cumplimiento del principio de transparencia material aun cuando el concreto prestatario no haya entendido las explicaciones que se le han dado, siempre que el prestamista y el notario no conocieran dicha circunstancia<sup>33</sup>.

Para terminar este somero examen del acta notarial de información previa, debemos aclarar qué ocurre cuando el notario advierte discrepancias entre las condiciones financieras previstas en la FEIN y las recogidas en el contrato de préstamo finalmente suscrito por las partes, cuestión de la que se ocupa la instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy Dirección

General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) de 20 de diciembre de 2019, sobre la actuación notarial y registral ante diversas dudas en la aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario<sup>34</sup>. Al respecto, sostiene el Centro Directivo que, si tales discrepancias son apreciadas por el notario en la fase de preparación del acta, que será lo habitual, debe notificarlo a la entidad de crédito para que subsane los defectos existentes en la FEIN al objeto de poder autorizar el acta y, transcurridos diez días desde la subsanación, la escritura. Si es tras la autorización del acta cuando el notario se percibe de la existencia de discrepancias sustanciales y sobrevenidas, debe denegar la autorización de la escritura, requiriendo a la entidad para que subsane en el plazo de diez días los defectos que pudieran existir. Tras ello, el notario autorizará un nuevo acta o diligenciará el preexistente, al menos un día antes de que se otorgue la escritura. Finalmente, si las discrepancias advertidas entre la FEIN y el documento contractual no son de índole sustancial, ya sea porque las condiciones financieras establecidas en la oferta vinculante son objetivamente más favorables para el cliente que las recogidas en el contrato o porque tales discrepancias no afectan a las condiciones financieras del préstamo, sino a los cálculos subsiguientes, el notario, bajo su responsabilidad, puede autorizar la escritura, si bien haciendo constar en el acta o, incluso, en la propia escritura, la existencia de las discrepancias observadas.

En la escritura pública del préstamo, el notario debe insertar una reseña identificativa del acta de transparencia, expresando el número de protocolo, la fecha de autorización, el notario autorizante y la afirmación de este, bajo su responsabilidad y conforme a lo establecido en el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en el artículo 15 LCCI (art. 15.7 LCCI).

En virtud del artículo 30.2 Orden EHA/2899/2011, el cliente tiene derecho a examinar en el despacho del notario el proyecto de escritura pública de formalización del préstamo con garantía hipotecaria durante los tres días anteriores a su otorgamiento. No obstante, cuando el acto de otorgamiento se lleve a cabo en la notaría, el cliente puede renunciar a dicho plazo siempre que lo haga expresamente y ante el fedatario autorizante, para lo que, en palabras de la precitada instrucción de la Dirección General de 20 de diciembre de 2019, «en el acta previa se debe cuando menos informar al consumidor del indicado derecho, para permitirle su ejercicio, o informarle de la posibilidad de renuncia al mismo, en su caso».

Según lo establecido en la misma instrucción, el notario puede denegar la autorización de la escritura de préstamo si advierte que no se han cumplido debidamente las obligaciones informativas que garantizan la transparencia material en la operación. Por tanto, no puede autorizar la escritura cuando las condiciones financieras recogidas en la FEIN difieran de las establecidas en el documento contractual finalmente suscrito, salvo que estas últimas sean indiscutiblemente mejores para el cliente o que la diferencia no radique en las propias condiciones, sino en los cálculos subsiguientes.

A primera vista, las funciones atribuidas al notario en sede de transparencia pueden inducir a pensar que la LCCI ha reemplazado al predisponente por el notario como sujeto pasivo del deber de transparencia material. Sin embargo, es doctrina jurisprudencial consolidada que la actuación notarial en el marco de la transparencia no puede excluir ni suplir el cumplimiento por el prestamista de los deberes de información precontractual que legalmente tiene atribuidos y que constituyen la base de la transparencia material<sup>35</sup>. De hecho, al notario se le

encomienda la labor; precisamente, de comprobar si el prestamista ha cumplido tales deberes. Sobre esta base, no entendemos por qué el artículo 15.9 LCCI se limita a disponer que la actuación notarial no eximirá al prestamista de proporcionar al prestatario la información adicional que contempla el artículo 14.2, cuando, bajo nuestro punto de vista, dicha previsión debería abarcar también las obligaciones de información documental recogidas en el artículo 14.1 LCCI.

*D) Consecuencias de la falta de transparencia material*

Examinado el control de transparencia material, nos preguntamos por las consecuencias que se derivan del hecho de que una determinada cláusula no lo supere, oscilando nuestra doctrina y jurisprudencia entre los dos posicionamientos que siguen. De una parte, reputar la transparencia material como un tipo de control distinto y separado de los controles de inclusión y contenido, entrañando la no superación de aquel automáticamente la nulidad de las condiciones generales por falta de transparencia<sup>36</sup>. De otra, considerar el control de transparencia material como una especialidad del control de consentimiento, entendiendo, en coherencia con lo previsto en el artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE, que la falta de transparencia material de una condición general no entraña directa y automáticamente su nulidad por abusiva, sino que habilita la realización de un control de contenido para valorar su posible abusividad. Esta divergencia de opiniones surge por la falta de transposición formal al ordenamiento jurídico español del artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE, conforme al cual la apreciación de la abusividad de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución, ni a los servicios o bienes que se hayan de proporcionar como contrapartida, siempre que tales cláusulas se redacten de forma clara y comprensible. Así pues, según el precepto, «cabe el control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación si no es transparente»<sup>37</sup>. *A sensu contrario*, como regla se excluyen del control de contenido las cláusulas de carácter esencial siempre que sean transparentes, puesto que el consumidor atiende (o debe atender) a los elementos esenciales del contrato para decidir si lo celebra o no y, por tanto, conoce la existencia de las cláusulas, comprende su funcionamiento y las consiente, no pudiendo *a posteriori* aducir su abusividad. En tal caso, el contrato solo resulta atacable mediante los remedios tradicionales del Código civil, a saber, la nulidad, la anulabilidad y la rescisión. Si, por el contrario, las cláusulas de carácter esencial no son transparentes, sí se someten al control de contenido. De esta manera, el artículo 4.2 de la Directiva conecta a la falta de transparencia de una cláusula de carácter esencial, no su automática abusividad (y consiguiente nulidad), sino la necesidad de someterla a un control de contenido.

Un paso más da el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, según el cual la falta de transparencia de una cláusula contractual puede constituir uno de los elementos a tomar en consideración a la hora de evaluar su carácter abusivo<sup>38</sup> e, incluso, un elemento indiciario de dicha abusividad<sup>39</sup>.

Más radical aún es la conclusión a la que llega el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de mayo de 2013. En este pronunciamiento, el Alto Tribunal declara que, aun cuando del considerando decimonoveno (no numerado) y del artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE se deduce que, como regla general, no cabe el control de contenido de las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato, no queda eliminada totalmente la posibilidad de realizarse este control, habida

cuenta de que la jurisprudencia comunitaria admite que la normativa nacional pueda autorizarlo<sup>40</sup>. Por su parte, interpretando *a contrario sensu* el artículo 4.2 de la Directiva, declara el Tribunal que las normas definitorias del objeto principal del contrato pueden someterse a un control de abusividad si no están redactadas de forma clara y comprensible. En el asunto enjuiciado, el Tribunal estima que las cláusulas suelo examinadas «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», pues no se proporciona a estos información suficientemente clara de que la cláusula suelo define el objeto principal del contrato (precio) ni de la influencia que la misma puede desplegar en el coste económico que para él entraña el contrato. No obstante, ante la falta de transparencia material de las cláusulas suelo objeto de la *litis*, el Tribunal llega a una conclusión que parece contradictoria con la argumentación sostenida previamente, puesto que declara la nulidad relativa del contrato sin someter las cláusulas examinadas a un control de contenido del que, según el Tribunal, se excluyen las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato. Dicho de otro modo, el Tribunal Supremo entiende el control de transparencia material como distinto y separado del control de inclusión y declara la nulidad de las cláusulas suelo objeto del litigio por falta de transparencia<sup>41</sup>.

Incluso, existen múltiples sentencias en las que el Tribunal Supremo anuda la abusividad de una cláusula a su falta de transparencia, si bien únicamente con relación a las cláusulas suelo<sup>42</sup>.

Puede parecer que esta polémica la ha resuelto el legislador en favor de la nulidad directa y automática derivada de la falta de transparencia de las condiciones generales con la nueva redacción que otorga la disposición final cuarta de la LCCI al artículo 5 LCGC, cuyo segundo inciso señala que «[l]as condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho». Bajo nuestro punto de vista, sin embargo, pese a que el inciso transcrito habla de transparencia en general, entendemos que establece las consecuencias solo de la falta de transparencia formal (y no material), por dos razones: primero, porque el artículo 5 LCGC consagra el principio de transparencia formal; segundo, porque tal inciso considera nulas las condiciones «incorporadas» de modo no transparente, es decir, aquellas que, al no cumplir con los requisitos de incorporación establecidos en el artículo 5 LCGC, carecen de transparencia formal. Por todo ello, postulamos que, en coherencia con lo previsto en el artículo 4.2 de la Directiva, la consecuencia que debe anudarse a la falta de transparencia de las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato no debe ser ni su no incorporación al contrato ni su nulidad directa y automática por abusivas, sino la necesidad de someterlas a un control de contenido que, en nuestro ordenamiento jurídico, debe realizarse con arreglo a lo previsto en los artículos 80 y 82 y siguientes TRLGDCU<sup>43</sup>.

#### *E) Falta de transparencia vs. error vicio*

A modo de conclusión entendemos necesario establecer una nítida línea divisoria entre la falta de transparencia de una cláusula y el error como vicio del consentimiento, realidades que el Tribunal Supremo se encarga de separar desde la Sentencia de 9 de mayo de 2013, si bien sin explicar cuáles son los motivos que justifican tal distinción, motivos que, entendemos, pueden resumirse en los tres

que siguen. En primer lugar, los ámbitos de actuación de la falta de transparencia material y el error vicio son distintos, ya que, aun cuando ambas se conectan con los elementos esenciales del contrato<sup>44</sup>, el error puede apreciarse en cualquier contrato, mientras que la falta de transparencia solamente en los celebrados con consumidores. Segundo, ambas realidades difieren en su *modus operandi*. Así, cuando se juzga la transparencia material ha de considerarse la conducta de la entidad predisponente y valorar si la actividad informativa desplegada por esta es suficiente para que un consumidor medio pueda conocer la existencia de las condiciones generales y la incidencia que las mismas pueden tener en la carga económica y jurídica que para él se desprende del contrato. De esta suerte, el control de transparencia es aséptico, abstracto, objetivo, puesto que se lleva a cabo al margen de las circunstancias subjetivas que envuelven al consumidor (si bien tales circunstancias serán tomadas en consideración a la hora de diseñar el perfil de consumidor medio aplicable en cada caso), careciendo de relevancia, por ende, el hecho de si este debiera o no haber conocido la existencia e incidencia económica de las cláusulas a pesar de no haber sido informado al respecto. Por el contrario, como sostiene la jurisprudencia<sup>45</sup>, los ejes que vertebran la valoración del error como vicio del consentimiento son, de un lado, su carácter sustancial, debiendo recaer sobre elementos esenciales del contrato, y, de otro, la persona que lo sufre y las circunstancias subjetivas que la rodean, no estimándose anulable el contrato cuando el error resulta inexcusable en el sentido de imputable a la falta de diligencia de quien lo sufre<sup>46</sup>. Finalmente, son también distintas las consecuencias que se derivan de la falta de transparencia material y del error vicio, puesto que, si bien este causa la nulidad total del contrato, aquella habilita el control de contenido de la cláusula no transparente.

### III. CONTROL DE CONTENIDO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Las condiciones generales incorporadas a contratos en los que el adherente es un consumidor o usuario se someten, además de al control de consentimiento que acabamos de examinar, a un control de contenido en el que se valora su posible abusividad y que posee una doble vertiente. De un lado, un control preventivo (o «río arriba»), realizado por notarios y registradores, con el que se persigue evitar la inclusión en el contrato de cláusulas abusivas. De otro, un control posterior (o «río abajo») que llevan a cabo los órganos jurisdiccionales con la finalidad de resarcir los daños que al consumidor causa la incorporación al contrato de una cláusula abusiva.

#### 1. CONTROL REGISTRAL DE CONTENIDO DE LAS CONDICIONES GENERALES

No es cuestión pacífica la relativa a si se permite al registrador de la propiedad controlar la abusividad de las condiciones generales a través de su labor de calificación. De hecho, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha experimentado notables cambios en su parecer con respecto tanto a la posibilidad de admitir el control registral como, en caso afirmativo, al alcance de dicho control.

Como punto de partida para el análisis de la doctrina administrativa nos situamos tras la publicación de la LCU. En ese momento, la Dirección permite

al registrador la calificación de una cláusula como abusiva, postura de la que es exponente la resolución de 7 de septiembre de 1988<sup>47</sup>, en la que el Centro Directivo confirma la nota del registrador por la que se deniega la inscripción de la cláusula relativa a la variación del tipo de interés en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria al estar afectada por el defecto insubsanable de dejar la fijación del tipo de interés al arbitrio exclusivo de la entidad de crédito.

Ya en la década de los noventa, la Dirección cambia su doctrina, negando al registrador la posibilidad de valorar la abusividad de las cláusulas contractuales en el ejercicio de su labor de calificación. En este sentido se pronuncia la Resolución de 5 de febrero de 1990<sup>48</sup>, en un supuesto en el que las partes celebran una compraventa a plazos sujeta a condición resolutoria explícita por falta de pago del precio aplazado e intereses convenidos. La Dirección sostiene que los medios de calificación de que dispone el registrador son limitados y no le permiten valorar la abusividad de las cláusulas contractuales conforme al artículo 10 LCU<sup>49</sup>.

Tras la reforma operada en el artículo 10.6 LCU<sup>50</sup> por la LCGC, prohíbe el precepto a los notarios y los registradores de la propiedad y mercantiles que autoricen o inscriban contratos que incorporen cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales. Por su parte, declara el artículo 258.2 del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH) que el registrador debe denegar la inscripción de las cláusulas que sean nulas por abusivas conforme al artículo 10 *bis* LCU<sup>51</sup>. De los referidos preceptos parece inferirse la voluntad del legislador de atribuir a los notarios y registradores facultades de control de la abusividad de las cláusulas contractuales. Pese a ello, la Dirección General de los Registros y del Notariado se mantuvo en la negativa a admitir que la labor de calificación de las cláusulas contractuales abarcara su posible abusividad, lo que no impidió a notarios y registradores que velaran por los intereses de los consumidores y usuarios, si bien sobre la base del Derecho civil e hipotecario, y no del Derecho de consumo. Y es que no debemos olvidar que cuando un sujeto suscribe un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con una entidad de crédito, por el hecho de ostentar, en su caso, la condición de consumidor no pierde la de prestatario, de suerte que, aun cuando la Dirección prohíba a los notarios y registradores que puedan proteger sus intereses con arreglo a la LCU, siempre podrán hacerlo a través de las normas sustantivas civiles e hipotecarias que regulan el negocio jurídico celebrado<sup>52</sup>.

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria (en adelante, LMH), modifica el artículo 12 LH. Tras la reforma, en los préstamos garantizados con hipoteca a favor de las entidades de crédito detalladas en el artículo 2 LMH, la función de calificación del registrador se restringe a las cláusulas de trascendencia real inmobiliaria previstas en el primer párrafo del artículo 12 LH (importe del principal de la deuda, intereses pactados, máximo de la responsabilidad hipotecaria y obligaciones garantizadas). Por el contrario, las cláusulas de vencimiento anticipado y financieras no quedan sujetas a dicho control de calificación, sino que, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real inmobiliaria, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización. Así pues, las cláusulas financieras solo se someten al control de calificación del registrador si se



incorporan a un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre particulares o entre un consumidor y una entidad distinta de las establecidas en el artículo 2 LMH. Por el contrario, cuando el contrato se suscribe entre un consumidor y una entidad de crédito, el artículo 12 LH impide la aplicación del artículo 258.2 LH para controlar la abusividad de las cláusulas financieras, de manera que, cuando las cláusulas de trascendencia real inmobiliaria superen el control de calificación del registrador, las cláusulas financieras deberán transcribirse en todo caso, «aunque se trate de cláusulas que no debieran acceder al Registro por ser contrarias al principio de especialidad, ser nulas por abusivas (aun con sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación) o por cualquier otra causa» (DEL REY BARBA, 2014, 247). Esta fue la interpretación del artículo 12 LH que sostuvo la DGRN en un primer momento tras la reforma del precepto, como puede observarse en su resolución de 21 de diciembre de 2007<sup>53</sup>, según la cual, con relación a las cláusulas financieras «el registrador debe limitar su actuación a hacerlas constar en el asiento, esto es a transcribir sin más las mismas, siempre que las de trascendencia jurídico real inmobiliaria —las enumeradas en el párrafo primero del artículo 12 de la LH— hubieran sido calificadas favorablemente»<sup>54</sup>.

A partir de la segunda mitad del año 2008 se produce un giro en la exégesis que del artículo 12 LH hace la Dirección General de los Registros y del Notariado, como se pone de relieve en la Resolución de 1 de octubre de 2010<sup>55</sup>, que, interpretando los objetivos específicos del artículo 12 LH de manera coordinada y ponderada con la normativa de protección de los consumidores, y teniendo en cuenta la posibilidad de apertura de la ejecución real hipotecaria *ex* artículo 130 LH y los imperativos que establece el Derecho comunitario, limita la función calificadora del registrador con relación a las cláusulas de vencimiento anticipado y financieras a aquellas que estén afectadas de una tacha apreciable objetivamente, sin que puedan analizar aquellas otras que, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados o cuya abusividad se ponga en tela de juicio con base en el principio de buena fe o en el artículo 82.1 TRLGDCU, solo puedan ser declaradas abusivas por decisión judicial<sup>56</sup>. Por tanto, la intervención registral en el control de la abusividad de las condiciones generales no puede fundamentarse en la mera existencia de un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Sin embargo, sí puede denegar el registrador la inscripción de tales cláusulas en las tres hipótesis siguientes: 1) cuando concurra alguno de los supuestos de hecho de los artículos 85 a 90 TRLGDCU, ambos inclusive; 2) cuando las cláusulas sean ilegales por contravenir lo dispuesto en una norma imperativa o prohibitiva, y 3) cuando las cláusulas hayan sido declaradas nulas en sentencia judicial, ya se halle o no inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación<sup>57</sup>.

## 2. CONTROL JUDICIAL DE CONTENIDO DE LAS CONDICIONES GENERALES

Pese a la indudable relevancia del control preventivo de contenido, es en sede judicial donde el examen de abusividad de las condiciones generales alcanza su mayor extensión. A continuación, estudiamos los aspectos esenciales del control judicial de contenido, comenzando por la determinación de las cláusulas que se someten al mismo para continuar con la forma en que dicho control se lleva a la práctica y finalizar con las consecuencias que se derivan de la abusividad de las condiciones generales.

A) *Control de contenido de las cláusulas de carácter esencial*

Como cuestión preliminar, debemos preguntarnos qué cláusulas se someten al control de contenido y, en particular, si es posible aplicar dicho control, amén de a las cláusulas accesorias, a las de carácter esencial. El legislador español no se pronuncia expresamente sobre el particular: no transpone formalmente a nuestro ordenamiento el artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE ni hace un uso generalizado de la posibilidad que le brinda el artículo 8 *bis* de la norma comunitaria de extender la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración. Esta situación genera en los autores dudas en torno a la posibilidad de controlar judicialmente la abusividad de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, pudiendo distinguirse tres sectores doctrinales nítidamente diferenciados. Primero, quienes, en una postura claramente mayoritaria, entienden aplicable el artículo 4.2 de la Directiva en el marco del Derecho español, de modo que, salvo en caso de falta de transparencia, las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato no se someten al control de contenido<sup>58</sup>. Segundo, quienes interpretan el silencio del legislador español al no transponer formalmente el artículo 4.2 de la Directiva como representativo de su voluntad de incrementar el nivel de protección del consumidor respecto del que contempla la norma comunitaria en el sentido de autorizar que se controle judicialmente en todo caso (y no solo en la hipótesis de falta de transparencia) la abusividad de las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato y de la relación calidad/precio. Tercero, quienes, alejando su argumentación de lo previsto en el artículo 4.2 de la Directiva, consideran que no debe valorarse la abusividad de las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato porque ello atentaría contra el propio fundamento del control de contenido; dicho de otro modo, al control de contenido se someten las cláusulas predispuestas porque respecto de las mismas el adherente no ha podido formar su voluntad, circunstancia que no puede darse con relación a las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato (aquellos sobre los que el adherente ha podido y debido formar su voluntad contractual, *id est*, la prestación y el precio), puesto que el consumidor las ha debido tomar en consideración a la hora de contratar<sup>59</sup>, con lo que no forman parte de las condiciones generales, sino particulares<sup>60</sup>.

Sobre el particular, resulta ineludible la referencia a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 3 de junio de 2010<sup>61</sup>, de la que debemos destacar dos afirmaciones generales de marcada relevancia a los presentes efectos: en primer lugar, el artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE no tiene carácter imperativo y vinculante, no quedando obligados los Estados miembros, por ende, a incorporarlo a sus respectivos ordenamientos jurídicos (§ 39); segundo, la Directiva es de mínimos, de manera que los Estados miembros pueden incrementar el nivel de protección del consumidor autorizando el control judicial de todas las cláusulas (incluidas las definitorias del objeto principal del contrato) y en todo caso (esto es, no solo cuando no sean transparentes) (§ 43). Ninguna objeción puede oponerse a estas afirmaciones, que encajan a la perfección en el espíritu y articulado de la Directiva. Sin embargo, mucho más discutibles resultan las declaraciones realizadas por el Tribunal con relación al Derecho español, que transcribimos literalmente:

1. «en el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en

el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible» (§ 42).

2. «debe observarse que, al autorizar la posibilidad de un control jurisdiccional completo del carácter abusivo de las cláusulas, como las contempladas en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva [...], contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la normativa española de que se trata en el litigio principal permite garantizar al consumidor, conforme al artículo 8 de la Directiva, una protección efectiva más elevada que la prevista por esta» (§ 43).

Conforme a estas consideraciones, el Tribunal concluye que, habida cuenta de que los Estados miembros pueden elevar el nivel de protección de los consumidores y que no están obligados a incorporar a sus respectivos Derechos la previsión contenida en el artículo 4.2 de la Directiva, el silencio del legislador español al no transponer el mencionado precepto debe interpretarse como una autorización para que pueda controlarse la abusividad de todas las cláusulas (también de las que afectan al objeto principal del contrato) y en todo caso (*id est*, aun siendo transparentes). Desde nuestra perspectiva, esta solución no resulta admisible por tres razones esencialmente. Primero, porque el Tribunal europeo carece de competencia *ex* artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea para determinar el Derecho aplicable en los Estados miembros y el significado de las lagunas que puedan existir en los Derechos nacionales. Segundo, porque la solución genuina que adopta la jurisprudencia comunitaria cuando no se adapta el Derecho nacional a una Directiva es la exégesis del Derecho interno por los jueces y tribunales nacionales, en la medida de lo posible, «a la luz del tenor literal y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva, y de esa forma atenerse al artículo 189, párrafo tercero, del Tratado CE [...] (actualmente artículo 249 CE, párrafo tercero)»<sup>62</sup>. Y tercero, porque, dejando al margen los dos motivos anteriores, la conclusión a la que llega el Tribunal solo sería admisible en la hipótesis de que el legislador español hubiera eludido voluntariamente la transposición del artículo 4.2 de la Directiva con la intención de extender el ámbito de aplicación del control de contenido a todas las cláusulas contractuales y, de este modo, incrementar el nivel de protección del consumidor. Sin embargo, no es esto lo que realmente ocurrió en España, donde el silencio del legislador no se debe a una omisión consciente y voluntaria, sino a un error en la tramitación parlamentaria de la ley de transposición de la Directiva, a saber, la LCGC (CÁMARA LAPUENTE, 2013, 102).

Esta postura del Tribunal europeo, inducida por la propia jurisprudencia del Alto Tribunal español y por las afirmaciones de la Abogacía General en el asunto enjuiciado (CÁMARA LAPUENTE, 2013, 103-104)<sup>63</sup>, es rechazada por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, que aclara que el silencio del legislador español debe interpretarse en el sentido de entender vigente en nuestro país el artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE. Hasta entonces, la jurisprudencia del Tribunal Supremo era contradictoria. Así, verbigracia, mientras la Sentencia de 1 de julio de 2010<sup>64</sup> sigue la doctrina del Tribunal europeo en el pronunciamiento que acabamos de comentar, la de 18 de junio de 2012<sup>65</sup> adopta el posicionamiento radicalmente opuesto. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, zanja definitivamente la cuestión concluyendo que las cláusulas de carácter esencial, conforme al artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE, no se someten,

como regla general, al examen de su abusividad, sin perjuicio de que las mismas sí sean objeto de un doble control de transparencia (formal y material) y de que los Estados miembros puedan ampliar el control de contenido a todas las cláusulas, incluidas las definitorias del objeto principal del contrato (opción de la que no ha hecho uso el legislador español). Sobre esta base, el Tribunal Supremo concluye, con fundamento en el artículo 4.2 de la Directiva, que las cláusulas suelo enjuiciadas no se someten al control de contenido, pero sí de consentimiento, declarando la nulidad de las mismas por falta de transparencia material.

En definitiva, *ex* artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE, las cláusulas de carácter esencial no se someten, salvo que no sean transparentes, al control de contenido. De esta suerte, cuanto más amplio sea el concepto «objeto principal del contrato» más limitado es el ámbito de aplicación del control de contenido, motivo por el cual la jurisprudencia comunitaria interpreta de forma restrictiva dicho concepto<sup>66</sup>.

#### *B) Control de contenido a examen*

Aclaradas las cláusulas que se someten al control de contenido, nos centramos ahora en su análisis, que debe partir del artículo 82.1 TRLGDCU, que recoge su formulación general al declarar que se considerarán abusivas las estipulaciones no negociadas individualmente y las prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor, causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que del contrato se derivan para las partes. Vemos cómo son tres los requerimientos que han de satisfacerse para que una cláusula se estime abusiva<sup>67</sup>: 1) que la contratación sea con condiciones generales; 2) que el contrato se celebre entre un profesional-predisponente y un consumidor-adherente, y 3) que la cláusula cause, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones contractuales de las partes. Se trata de un desequilibrio jurídico, no económico, pues pone en relación los derechos y obligaciones que para las partes se derivan del contrato, y no las prestaciones que corresponden a cada una de ellas (BLANCO GARCÍA, 2013, 203; MARÍN LÓPEZ, 2013, 38).

Como podemos comprobar, tanto la norma comunitaria como la española de transposición delimitan de manera abstracta los elementos que atribuyen carácter abusivo a una cláusula no negociada individualmente, pero no aclaran qué ha de entenderse a estos efectos por buena fe y desequilibrio importante en los derechos y obligaciones contractuales de las partes en perjuicio del consumidor, cuestión de la que sí se ocupa, sin embargo, la jurisprudencia comunitaria. Así, señala el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) en Sentencia de 14 de marzo de 2013<sup>68</sup> que la apreciación del desequilibrio debe basarse en la comparativa entre los derechos y obligaciones que para las partes se derivan del contrato, de un lado, y del Derecho dispositivo, de otro, existiendo tal desequilibrio cuando el contrato deje al consumidor en una situación jurídica menos favorable que aquella que resultaría de aplicar el Derecho nacional supletorio (al que habría de recurrirse en ausencia de pacto entre las partes). Este desequilibrio, además, debe ser causado en contra de las exigencias de la buena fe, constituyendo el equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes el objetivo que persigue el control de contenido y la buena fe la guía que nos permite valorar si el desequilibrio, en caso de existir, motiva la abusividad de la condición general. En otros términos, la buena fe «[p]roporciona el criterio para analizar las razo-

nes por las que la cláusula impuesta se separa considerablemente del derecho dispositivo» (MARÍN LÓPEZ, 2013, 38). La exigencia de buena fe implica una evaluación global de todos los intereses en juego, debiendo el profesional tratar de forma leal y equitativa con el consumidor y tomar en consideración sus intereses legítimos<sup>69</sup>. El concepto buena fe nos merece tres observaciones fundamentales:

1. Según el Tribunal europeo en el pronunciamiento de referencia, el profesional no actúa en contra de la buena fe cuando «podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual» (§ 69). Pese a que de las palabras del Tribunal se puede inferir lo contrario, entiende MARÍN LÓPEZ que esta «voluntad virtual» o «voluntad hipotética» del consumidor no constituye un nuevo test para determinar el carácter abusivo de una cláusula, siendo lo decisivo, no que el concreto consumidor hubiera aceptado dicha cláusula de haber existido negociación individual, sino si la separación del Derecho dispositivo está justificada con arreglo a las pautas de la buena fe, esto es, que no responde únicamente a los intereses del profesional (MARÍN LÓPEZ, 2013, 42-43)<sup>70</sup>.

2. La exigencia de la buena fe no se puede interpretar como limitada a la esfera subjetiva ni del consumidor ni del profesional. De este modo, «no es necesario que el empresario predisponente merezca un reproche —doloso o culposo— para que la cláusula sea abusiva», sino que «[b]asta con que, de hecho, se produzca ese desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, y que no haya razón que justifique semejante desviación del derecho dispositivo» (MARÍN LÓPEZ, 2013, 39). Asimismo, la buena fe debe proyectarse «sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido», más aún tratándose de préstamos hipotecarios, «en los que es notorio que el consumidor confía en la apariencia de neutralidad de las concretas personas de las que se vale el empresario (personal de la sucursal) para ofertar el producto»<sup>71</sup>.

3. Para valorar el carácter abusivo de una cláusula se debe atender a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y a todas las circunstancias concurrentes al tiempo de su celebración, así como a las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa (arts. 4.1 Directiva 93/13/CEE y 82.3 TRLGDCU).

El anexo de la Directiva 93/13/CEE recoge una relación de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas. No obstante, según el artículo 3.3 de la norma comunitaria, dicha lista tiene carácter indicativo y no exhaustivo<sup>72</sup>, con lo que una cláusula no incorporada al catálogo puede ser declarada abusiva, de igual modo que la mera inclusión de una cláusula en el listado no entraña automáticamente su abusividad, si bien, como señala el Informe de la Comisión, de 27 de abril de 2000, sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, «constituye una valiosa herramienta tanto para los jueces como para las autoridades y los operadores económicos». El contenido de la precitada lista debe aparecer íntegramente en las legislaciones nacionales de transposición, exigencia que, en nuestro país, se ha traducido en la incorporación en los artículos 85 a 90 TRLGDCU, ambos inclusive, de una «lista negra» de cláusulas que son siempre abusivas. Así pues, el catálogo que recoge la legislación española, si bien sigue siendo *numerus apertus* (como el comunitario), tiene carácter vinculante, y no

meramente indicativo. Por tanto, son abusivas en todo caso, con arreglo a la legislación española, las cláusulas que: 1) vinculen el contrato a la voluntad del empresario; 2) limiten los derechos de consumidor y usuario; 3) determinen la falta de reciprocidad del contrato; 4) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba; 5) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o 6) contravengan las reglas sobre competencia y Derecho aplicable.

El control de contenido opera también en los supuestos en los que ciertos elementos de una cláusula o alguna cláusula aislada se hayan negociado individualmente, si bien las normas sobre cláusulas abusivas se aplicarán al resto del contrato, esto es, a las cláusulas en las que dicha negociación individual entre las partes no ha existido (art. 82.2 TRLGDCU). Por razones obvias, al profesional interesa que las cláusulas contractuales se estimen particulares, pues, de este modo, excluye su sometimiento a los controles de consentimiento y contenido. Sin embargo, el empresario que afirme que una cláusula ha sido negociada individualmente asume el *onus probandi* de dicha circunstancia (arts. 3.2 *in fine* Directiva 93/13/CEE y 82.2 *in fine* TRLGDCU).

### C) Consecuencias de la abusividad

Finalmente, nos preguntamos por las consecuencias que se derivan de la abusividad de una determinada condición general. El control de contenido de las condiciones generales tiene carácter legal, pues es el legislador quien establece las pautas que han de seguirse para valorar su posible abusividad y, para ello, diseña un modelo de normas equitativas con el que deben compararse las condiciones generales incorporadas al contrato con el propósito de determinar si estas se apartan injustificadamente y en perjuicio del consumidor del modelo ofrecido por el Derecho dispositivo (*id est*, por las normas aplicables de no existir tales condiciones generales)<sup>73</sup>.

¿Qué consecuencias se derivan de la abusividad de una condición general? Hemos de partir de la base de que tal abusividad conlleva, además de la contravención de la Moral (OLIVA BLÁZQUEZ, 2016, *Límites a...*, 325), la nulidad de la condición general (arts. 6.3 CC, 8.2 LCGC y 83 I TRLGDCU). Por su parte, los efectos de la declaración de nulidad de las condiciones generales los establece el artículo 10.1 LCGC al declarar que «no determinará la ineficacia total del contrato, si este puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia» (*vid.* art. 9.2 LCGC). En estos términos plasma el precepto el principio *utile per inutile non vitiatur* en la contratación con condiciones generales. Concretamente con relación a los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, el artículo 6.1 Directiva 93/13/CEE recoge el precitado principio al declarar que los Estados miembros «dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas».

Ahora bien, ¿produce la nulidad de una condición general una laguna en el contrato? Y, en caso afirmativo, ¿cuál es la fuente a la que hemos de acudir para cubrirla?<sup>74</sup>. En su redacción original, el artículo 83.2 TRLGDCU indicaba que la parte del contrato afectada por la nulidad de las cláusulas abusivas se integraría conforme a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código civil y al principio de buena fe objetiva. A tal efecto, la norma otorgaba al juzgador facultades para intervenir en el contrato e integrar y moderar su contenido; concretamente, se



imponía al juez que declarase la nulidad de las cláusulas la integración del contrato y se le concedían facultades moderadoras que recaerían, cuando subsistiera el contrato, sobre los derechos y obligaciones de las partes, y cuando no, sobre las consecuencias de su ineficacia en los casos en que determinara un perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Solo cuando las cláusulas subsistentes en el contrato generasen una situación no equitativa en las posiciones de las partes que el juez no pudiera subsanar podría este declarar la ineficacia del contrato. No obstante, la posibilidad atribuida al juzgador de integrar y reconstruir el contrato fue declarada contraria al Derecho de la Unión Europea por la jurisprudencia comunitaria, que solo permite al juez aplicar de manera supletoria una norma dispositiva de Derecho nacional ante una cláusula declarada abusiva cuando sea necesario para la subsistencia del contrato en beneficio del consumidor, en aras de evitar que el juez se vea obligado a anular totalmente el contrato viéndose el consumidor expuesto a consecuencias perjudiciales<sup>75</sup>. En los restantes casos, el juez, ante una cláusula abusiva, lo único que debe hacer es inaplicarla. En el ordenamiento español, la facultad del juez de integrar la parte del contrato afectada por la abusividad de una cláusula se suprime con la reforma operada en el artículo 83 TRLGDCU por la 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.

#### IV. CLÁUSULAS SUELO

Una vez analizados los controles de consentimiento y contenido vamos a exponer, desde una perspectiva crítica y tras examinar al completo la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, el modo en que tales controles han sido aplicados a las cláusulas suelo. No obstante, como cuestión preliminar, debemos preguntarnos si la LCGC resulta aplicable a las cláusulas suelo contenidas en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria. La duda al respecto deriva del artículo 4 II LCGC, según el cual dicha Ley no resulta aplicable a las condiciones generales «que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes». Esta cuestión la aborda el Tribunal Supremo en la precitada Sentencia de 9 de mayo de 2013, donde resuelve que las cláusulas suelo sí se someten a la LCGC, puesto que la normativa sectorial, si bien impone a la entidad de crédito ciertos deberes de información sobre la incorporación de tales cláusulas a los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, «no impide la existencia de cláusulas suelo, ni en defecto de pacto supone su existencia ni, finalmente, indica los términos en los que la cláusula viene expresada en el contrato»<sup>76</sup>.

##### 1. CONTROL DE INCLUSIÓN DE LAS CLÁUSULAS SUELO

El control de inclusión de las cláusulas suelo ha planteado escasa problemática en la jurisprudencia, puesto que el Tribunal Supremo considera que el cumplimiento de las exigencias establecidas en la regulación sectorial en materia de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores es suficiente para entender debidamente incorporadas al contrato tales cláusulas<sup>77</sup>. Con cierto detalle



expone el Tribunal Supremo los motivos por los que una cláusula suelo supera el control de incorporación en el asunto enjuiciado por la Sentencia de 24 de enero de 2018<sup>78</sup>: la cláusula está redactada en unos términos que permiten la comprensión de su objeto y no se advierte que haya existido un oscurecimiento en la explicación de tal objeto ni que se hubiera eludido una forma más nítida de explicarlo, ofreciéndose toda la información financiera del préstamo hipotecario en una sola hoja en la que a vuelapluma pueden reconocerse los aspectos más relevante sobre sus condiciones financieras<sup>79</sup>.

## 2. CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL DE LAS CLÁUSULAS SUELO

Es en el control de transparencia material donde las cláusulas suelo han hallado su principal escollo, puesto que, en innumerables ocasiones, el Tribunal Supremo ha concluido que la información precontractual suministrada al consumidor no bastaba para que un consumidor medio pudiera conocer la trascendencia que la cláusula suelo tenía en la carga económica y jurídica que para él suponía el contrato. Las cláusulas suelo, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, los convierten, de manera razonablemente previsible para el prestamista y sorprendente para el consumidor, en préstamos a interés mínimo fijo en los que el prestatario difícilmente podrá beneficiarse de las bajadas experimentadas en el tipo de referencia. No obstante, pese a la indudable influencia que la cláusula suelo despliega en la fijación del precio del préstamo, en la mayoría de los casos las entidades de crédito le han brindado un tratamiento impropialemente secundario, no informando de la manera debida al consumidor sobre su relevancia con relación al objeto principal del contrato. En el asunto enjuiciado por la Sentencia de 9 de mayo de 2013, el Tribunal Supremo sustenta la falta de transparencia de las cláusulas suelo enjuiciadas en una serie de motivos que, no obstante, se establecen como pautas meramente orientativas, de manera que lo que realmente determina la transparencia de las cláusulas suelo es el hecho de que, con la información precontractual facilitada, un consumidor medio hubiera podido conocer su existencia y comprendido realmente su influencia en la carga económica y jurídica que para él supone el contrato. Ahora bien, el hecho de que los parámetros para la valoración de la transparencia material que ofrece la Sentencia de 9 de mayo de 2013 no tengan carácter exhaustivo no entraña en modo alguno que puedan tomarse en consideración otros criterios que nada tengan que ver con el significado y alcance del control de transparencia o que, incluso, contradigan dicha institución, como sería el caso de la suscripción por el prestatario, paralelamente al contrato de préstamo hipotecario y vinculado inescindiblemente a este, de un contrato de permuta de tipos de interés (*swaps*)<sup>80</sup>.

En muchas sentencias se brinda una relevancia capital en la evaluación de la transparencia de las cláusulas suelo, no solo a su plasmación en la información precontractual facilitada al consumidor, sino también a su ubicación en los documentos informativos y en la escritura de préstamo hipotecario. Así, el Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de abril de 2015<sup>81</sup> sustenta la falta de transparencia de una cláusula suelo, *inter alia*, en el hecho de que la misma «se ubicó [en la escritura] entre una abrumadora cantidad de datos, dentro de los cuales quedaba enmarcada y diluía la atención del consumidor» y «se encontraba ubicada en un lugar secundario de la reglamentación contractual, y no en un lugar destacado».

Por su parte, el magistrado don Ignacio SANCHO GARGALLO, en el voto particular formulado a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de

2014<sup>82</sup>, postula que para valorar la transparencia de las cláusulas suelo se ha de considerar, no solo su ubicación en la escritura y el modo en que se ha presentado al consumidor la información precontractual, sino también el conocimiento general que sobre tales cláusulas existía al tiempo de celebrarse el contrato.

Por último, resulta destacable también el rol que en la valoración de la transparencia de una cláusula suelo desempeña la cualificación que pueda tener el consumidor. En la contratación en masa, el consumidor atiende a la hora de contratar a los elementos esenciales del contrato, sobre los que presta un consentimiento pleno. El resto del clausulado no tiene que ser examinado detenidamente por el consumidor al contratar, pudiendo confiar, en pos de la agilidad del mercado, en la información precontractual que le proporciona el predisponente. De esta suerte, el consumidor no está obligado a examinar con detalle las condiciones generales para detectar las cláusulas que, pese a influir de manera decisiva en el precio del negocio, reciben un tratamiento secundario inadecuado, pudiendo modificar sorpresivamente para el consumidor la carga económica y jurídica que le supone el contrato. Lo relevante es la información precontractual que se facilita al consumidor, salvo que este, por su formación, profesión, experiencia previa o por cualquier otra circunstancia conociera la existencia y trascendencia de la cláusula suelo sin necesidad de estudiar el contrato en profundidad. Ahora bien, no es suficiente que este posea formación jurídica y/o se dedique profesionalmente al mundo del Derecho o de la empresa para que se le repunte un cliente experto con conocimientos suficientes para detectar la presencia en el contrato de una determinada condición general y comprender su contenido sin necesidad de estudiar con detalle el contrato ni de obtener por parte del predisponente la debida información precontractual<sup>83</sup>.

#### *A) Transparencia en los supuestos de novación*

También cuando se produce la novación del préstamo hipotecario o un acuerdo transaccional entre las partes debe la cláusula suelo ser sometida a un control de transparencia material, salvo que haya sido negociada individualmente, como ocurre en el asunto enjuiciado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2021<sup>84</sup>.

Asimismo, del hecho de que en la escritura de subrogación se ampliara el plazo de amortización del préstamo o se redujera el tipo de interés remuneratorio inicialmente aplicable y, por consiguiente, el límite a su variabilidad a la baja, no puede deducirse automáticamente (*id est*, sin que exista ningún otro elemento de juicio) ni el carácter negociado ni la transparencia de la cláusula suelo<sup>85</sup>.

Puede ocurrir que, tras la celebración de un contrato de préstamo hipotecario con inclusión de una cláusula suelo no transparente, la entidad de crédito y el prestatario pacten un suelo inferior (novación objetiva). En tal caso, la nueva cláusula será válida siempre que haya sido negociada individualmente o, tratándose de una condición general, que sea transparente y no abusiva<sup>86</sup>. No obstante, la validez y eficacia de la nueva cláusula no convalida la inicialmente pactada, de suerte que el prestatario puede reclamar judicialmente la devolución de las cantidades indebidamente pagadas como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo hasta su novación.

Finalmente, pueden el consumidor y la entidad de crédito, mediante novación, pactar la reducción o, incluso, la supresión del límite a la variabilidad a la baja del interés que hubieran podido convenir en el contrato de préstamo hipotecario.

Los términos de la novación, en la generalidad de los casos, serán predispuestos por la entidad de crédito, con lo que es preciso comprobar que superan el control de transparencia, esto es, que el prestatario ha otorgado su consentimiento a sabiendas de las consecuencias económicas y jurídicas de su aceptación.

¿Qué ocurre si en la novación, amén de la reducción o supresión del suelo, se pacta la renuncia por el prestatario al ejercicio de cualquier acción judicial tendente a recuperar los importes pagados como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo desde la fecha de celebración del contrato? Esta cuestión es abordada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) en la reciente Sentencia de 9 de julio de 2020<sup>87</sup>, que distingue entre los supuestos en que el consumidor renuncia a hacer valer ante los tribunales nacionales sus pretensiones relativas a la cláusula suelo inicial, de un lado, y a la nueva (nacida de la transacción), de otro. En el primer caso, el Tribunal parte de la validez de la cláusula de renuncia siempre que proceda de un consentimiento libre e informado, es decir, emitido por un consumidor consciente del carácter no vinculante de la cláusula y de las consecuencias que la renuncia implica. Tales extremos corresponde comprobarlos al juez nacional, quien debe apreciar si la entidad de crédito suministró al prestatario, antes de la celebración del acuerdo modificativo, información suficiente sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo (según el nivel de certidumbre que en tal momento existía con relación a dicha abusividad) y de las consecuencias jurídicas que de tal renuncia se derivaban para el consumidor. Por su parte, la cláusula por la que el prestatario renuncia para el futuro a los derechos que le reconoce la Directiva 93/13/CEE y, en particular, al ejercicio de las acciones relativas a la nueva cláusula suelo, no le vincula, pues, por definición, el consumidor no puede comprender las consecuencias de su adhesión a una cláusula de renuncia referida a las controversias que pudieren surgir *ad futurum*<sup>88</sup>.

#### B) Consecuencias de la falta de transparencia de las cláusulas suelo

Declarada la falta de transparencia material de una concreta cláusula suelo, la labor fundamental que debemos afrontar es la determinación de las consecuencias derivadas de dicha falta de transparencia. Sobre el particular, el Tribunal Supremo declara en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 que, aun cuando del considerando decimonoveno (no numerado) y del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE se deduce que, como regla general, no cabe el control de contenido de las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato (como lo es la cláusula suelo, que, a juicio del Tribunal, forma parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario y, por ende, define el objeto principal del contrato), no queda eliminada totalmente la posibilidad de realizarse este control, habida cuenta de que la jurisprudencia comunitaria admite que la normativa nacional pueda autorizarlo<sup>89</sup>. Por su parte, interpretando *a contrario sensu* el artículo 4.2 de la Directiva, declara el Tribunal que las normas definitorias del objeto principal del contrato pueden someterse a un control de abusividad si no están redactadas de forma clara y comprensible. En el asunto enjuiciado, el Tribunal estima que las cláusulas suelo examinadas «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», pues no se proporciona a estos información suficientemente clara de que la cláusula suelo define el objeto principal del contrato (precio) ni de la

influencia que la misma puede desplegar en el coste económico que para él se deriva del contrato. No obstante, ante la falta de transparencia material de las cláusulas suelo objeto de la *litis*, el Tribunal llega a una conclusión que parece contradictoria con la argumentación sostenida previamente, pues declara la nulidad relativa del contrato sin someter las cláusulas examinadas a un control de contenido del que, según el Tribunal, se excluyen las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato. Dicho de otro modo, el Tribunal Supremo considera el control de transparencia material como distinto y separado del control de inclusión y declara la nulidad por abusivas de las cláusulas suelo litigiosas por falta de transparencia. Asimismo, señala el Tribunal Supremo que «la nulidad de la cláusula suelo no queda subsanada por el hecho de que el consumidor se haya visto beneficiado durante un tiempo de las bajadas del índice de referencia»<sup>90</sup>.

A nuestro entender, esta doctrina jurisprudencial no es correcta, pues el efecto que debe anudarse a la falta de transparencia de las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato, en coherencia con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, no debe ser ni su no incorporación al contrato ni su nulidad directa y automática por abusivas, sino la necesidad de someterlas a un control de contenido que en nuestro ordenamiento jurídico debe realizarse con arreglo a lo previsto en los artículos 80 y 82 y siguientes TRLGDCU.

*C) Extensión temporal de los efectos restitutorios derivados de la nulidad de las cláusulas suelo*

Finalmente, abordamos una cuestión con respecto a la cual nuestra jurisprudencia ha experimentado una notable evolución en su parecer, a saber, la extensión temporal de los efectos restitutorios derivados de la nulidad de la cláusula suelo. El análisis de esta cuestión debemos iniciarlo con el examen de la Sentencia de 9 de mayo de 2013, en la que el Tribunal Supremo parte de la regla clásica *quod nullum est nullum effectum producit*, plasmada en el artículo 1303 del Código civil y con arreglo al cual, declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos e intereses. Sin embargo, el Tribunal señala que los efectos derivados de la regla general de la eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho y, de manera destacada, al principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución española. Así pues, tomando en consideración las circunstancias concurrentes en el asunto enjuiciado<sup>91</sup>, el Tribunal resuelve la irretroactividad de la sentencia, «de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia».

A partir del pronunciamiento de 9 de mayo de 2013, fueron muchas las sentencias en las que el Tribunal Supremo, tras declarar la nulidad de las cláusulas suelo por falta de transparencia, limitaba los efectos restitutorios de la nulidad a la fecha de publicación de aquella, momento a partir del cual las entidades de crédito no pueden alegar su buena fe, ya que es posible para ellas indagar y esclarecer, según la información precontractual suministrada, si las cláusulas suelo incorporadas a los contratos de préstamo hipotecarios por ellas celebrados con consumidores son transparentes y, en caso negativo, dejar de aplicarlas. De

esta forma, si se declara la nulidad de una determinada cláusula suelo por falta de transparencia, las entidades de crédito tendrán que devolver las cantidades indebidamente cobradas al consumidor en aplicación de dicha cláusula, con sus intereses legales desde la fecha de cobro, a partir de la fecha de publicación de la Sentencia de 9 de mayo de 2013<sup>92</sup>. Como señala el magistrado don Francisco Javier ORDUÑA MORENO en el voto particular formulado a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2015<sup>93</sup>, «[a] parecer, [desde la celebración del contrato hasta el 9 de mayo de 2013] la función tuitiva que dispensa la norma estuvo de “vacatio legis”».

A esta doctrina jurisprudencial se opone el mismo magistrado en el voto particular que formula a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015<sup>94</sup>, al que se adhiere el magistrado don Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. El magistrado disidente parte de la base de que la razón de ser de la ineficacia derivada de una cláusula abusiva no se enmarca en el fenómeno de la retroactividad, pues este viene referido a la vigencia de las normas en el tiempo y se produce cuando una ley nueva incorpora como Derecho transitorio las disposiciones que han de regir las relaciones jurídicas afectadas por el cambio legislativo, lo que no sucede en el ámbito de la ineficacia derivada de la abusividad de las cláusulas al no establecer la normativa aplicable ningún efecto retroactivo sobre el particular. Así pues, el magistrado excluye la retroactividad como fundamento técnico de la naturaleza y alcance de la ineficacia derivada de la cláusula abusiva<sup>95</sup>. En la contratación seriada, la ineficacia contractual, más allá de la referencia genérica a la nulidad, se instrumenta mediante el control de abusividad y transparencia, que operan como controles de legalidad. Por tanto, si la restitución de las cantidades indebidamente cobradas por la entidad es corolario de la nulidad de la cláusula suelo por abusiva, la devolución debe retrotraerse al momento de celebración del contrato de préstamo, que es cuando el predisponente tenía que haber cumplido sus deberes de información al consumidor, o al de aplicación de la cláusula, si esta no entró en juego durante un cierto tiempo por resultar el interés remuneratorio pactado superior al límite mínimo establecido al mismo. La solución alternativa, *id est*, la restitución limitada a la fecha de publicación de la Sentencia de 9 de mayo de 2013, entrañaría la integración parcial de la eficacia de una cláusula suelo nula, transmittiéndose al predisponente una moraleja clara de la que puede hacer uso *ad futurum*: la posibilidad de incumplir los deberes de transparencia que le incumben sin sanción inicial alguna.

Un hito en el estudio del tema ahora abordado lo constituye la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016<sup>96</sup>, que se plantea como cuestión prejudicial si el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula incluida en un contrato celebrado con un consumidor; circunscribiéndose tales efectos a las cantidades indebidamente pagadas por este en aplicación de dicha cláusula con posterioridad al pronunciamiento judicial que declara su nulidad (efectos *ex tunc*). El Tribunal sostiene que, con arreglo al artículo 6.1 de la Directiva, una cláusula declarada abusiva nunca ha existido y, por ende, no puede desplegar efectos frente al consumidor, debiendo tener la declaración de abusividad de la cláusula como consecuencia el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se hallaría el consumidor de no haberse incluido en el contrato la cláusula nula. Así pues, la nulidad de una cláusula contractual abusiva debe generar el efecto restitutorio de las cantidades que resulten indebidamente pagadas en aplicación de la

cláusula ineficaz, siendo esta la única solución coherente con el efecto disuasorio que el artículo 6.1 de la Directiva, en relación con el artículo 7.1 del mismo texto, pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en contratos celebrados entre profesionales y consumidores. Si bien es cierto que corresponde a los Estados miembros la determinación de las condiciones en virtud de las cuales se declarará la abusividad de una cláusula contractual y se materializarán los efectos de tal declaración (art. 6.1 de la Directiva), los Estados no gozan de libertad absoluta al respecto, pues la declaración de abusividad de las cláusulas debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que el consumidor se encontraría de no haberse incorporado al contrato la cláusula abusiva. En la Sentencia de 9 de mayo de 2013, el Tribunal Supremo resuelve que la declaración de nulidad de las cláusulas suelo litigiosas no afecta a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos efectuados antes de la fecha en que se dictó la propia sentencia, de suerte que, con arreglo al principio de seguridad jurídica, la devolución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor en aplicación de la cláusula suelo abusiva queda limitada a los importes pagados tras la publicación de la sentencia. Esta solución es rechazada por el Tribunal europeo, que, si bien permite a los Estados que puedan aplicar sus normas procesales internas que confieran fuerza de cosa juzgada a una resolución, les impide que puedan aplicar limitaciones en el tiempo a la interpretación de una norma comunitaria, pues ello corresponde en exclusiva al Tribunal de Justicia. Así pues, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, podía haber resuelto que la nulidad de la cláusula suelo no afectaba a situaciones decididas con carácter definitivo por pronunciamientos judiciales anteriores con fuerza de cosa juzgada, pero no podía decidir, como hizo, la limitación en el tiempo de los efectos restitutorios derivados de la nulidad de una cláusula, pues ello afectaría indebidamente al contenido esencial del derecho que corresponde al consumidor a no quedar vinculado por una cláusula contractual declarada abusiva. Con base en la argumentación sucintamente expuesta, resuelve el Tribunal de Justicia que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo de una cláusula suelo.

Apenas un mes después de ver la luz esta sentencia, se dicta en España el Real Decreto 1/2017, con el propósito, según su preámbulo, de reforzar la protección de los consumidores mediante el establecimiento de un cauce que les facilite la resolución extrajudicial de los conflictos que puedan tener con las entidades de crédito a raíz de la precitada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016. Sin embargo, pese a la posibilidad brindada por el mencionado real decreto, son numerosísimas las resoluciones en las que el Tribunal Supremo, tras la sentencia del Tribunal europeo y con fundamento en ella, condena a la entidad de crédito a la devolución, con los intereses legales desde la fecha de cada cobro, de las cantidades abonadas indebidamente por el consumidor desde el momento de aplicación de la cláusula suelo, y no desde la publicación de la Sentencia de 9 de mayo de 2013<sup>97</sup>.

### 3. CONTROL DE CONTENIDO DE LAS CLÁUSULAS SUELO

El Tribunal Supremo infiere la nulidad de las cláusulas suelo automáticamente de su falta de transparencia, sin entrar a valorar su posible abusividad.

Es por ello que no contamos con una doctrina jurisprudencial completa sobre la aplicación del control de contenido en sede de cláusulas suelo, más allá de las referencias aisladas que procedemos a exponer.

En primer lugar, sostiene *obiter dicta* el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 que la licitud de la cláusula suelo no depende de que exista un equilibrio o equidistancia entre el suelo y el techo predispuestos por la entidad de crédito. De hecho, continúa el Tribunal, son lícitas incluso las cláusulas que únicamente establecen un límite a la baja (y no al alza) a la variabilidad de los tipos de interés, entendiéndose que la oferta en un mismo apartado del contrato de las cláusulas suelo y techo distorsiona la información proporcionada al consumidor, al crear la apariencia de que el techo opera como contraprestación o factor de equilibrio del suelo.

Segundo, declara el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de mayo de 2017<sup>98</sup> que el juicio que el artículo 82.1 TRLGDCU impone sobre la incompatibilidad de la cláusula (suelo, en este caso) con las exigencias de la buena fe no depende de que la entidad predisponente tuviera o no previsiones certeras acerca de la evolución a la baja de los tipos de interés, sino de si podía estimar razonablemente que, tratando de forma legal y equitativa con el consumidor, este aceptaría la incorporación al contrato de una cláusula suelo en el marco de una negociación individual.

Finalmente, en otros muchos pronunciamientos el Tribunal Supremo sostiene que las cláusulas suelo no transparentes son siempre desequilibradas (en el sentido del art. 82.1 TRLGDCU) y, por tanto, abusivas, puesto que dicha falta de transparencia genera «un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor; objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe», pues impide al consumidor representarse fielmente el impacto económico que conllevará la aplicación de la cláusula suelo en caso de bajada del índice de referencia<sup>99</sup>.

## V. CONCLUSIONES

I. Las condiciones generales de la contratación se someten a un control de consentimiento (integrado, a su vez, por los controles de inclusión y transparencia material) y a un control de contenido.

II. El control de inclusión, al que se someten todas las condiciones generales sin excepción, presenta carácter documental y con él se busca, en esencia, que el adherente conozca la existencia de tales cláusulas. Las condiciones generales que no superen el control de inclusión se entienden no incorporadas al contrato, debiendo restituirse sus efectos desde el momento de su aplicación.

III. Con relación a las cláusulas suelo, el control de inclusión ha planteado escasa problemática en la jurisprudencia, pues el Tribunal Supremo entiende que el cumplimiento de las exigencias establecidas en la regulación sectorial en materia de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores es suficiente para entender debidamente incorporadas tales cláusulas al contrato.

IV. Las cláusulas de carácter esencial incorporadas a contratos celebrados con consumidores se someten, además de al control de inclusión, a un control de transparencia material cuya finalidad es garantizar la comprensibilidad de las condiciones generales para un consumidor medio. El artículo 14.1 LCCI establece unos deberes de entrega de documentación a cargo del prestamista cuyo cumplimiento permite presumir la transparencia de las condiciones generales. El notario desempeña un rol destacado en la comprobación del cumplimiento por el prestamista de los deberes de transparencia que legalmente tiene atribuidos.



La actuación notarial en el marco de la transparencia no puede excluir ni suplir el cumplimiento por el prestamista de los deberes de información precontractual que legalmente tiene atribuidos. La consecuencia que debe anudarse a la falta de transparencia de las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato no debe ser ni su no incorporación al contrato ni su nulidad directa y automática por abusivas, sino la necesidad de someterlas a un control de contenido.

V. Es en el control de transparencia material donde las cláusulas suelo hallan su principal escollo, puesto que, en innumerables ocasiones, el Tribunal Supremo concluye que la información precontractual suministrada al consumidor resulta insuficiente para que un consumidor medio pueda conocer la trascendencia que la cláusula suelo tiene en la carga económica y jurídica que para él supone el contrato.

VI. Cuando una cláusula suelo es declarada nula, la entidad está obligada a restituir al consumidor las cantidades indebidamente satisfechas como consecuencia de su aplicación desde la celebración del contrato de préstamo, que es cuando el predisponente tenía que haber cumplido sus deberes de información, o al de aplicación de la cláusula suelo, si esta no entró en juego durante un cierto tiempo por resultar el interés remuneratorio pactado superior al límite mínimo establecido al mismo. Por el contrario, la restitución limitada a la fecha de publicación de la Sentencia de 9 de mayo de 2013 entrañaría la integración parcial de la eficacia de una cláusula suelo nula, transmitiéndose al predisponente una moraleja clara de la que puede hacer uso *ad futurum*: la posibilidad de incumplir los deberes de transparencia que le incumben sin sanción inicial alguna.

VII. Cuando se produce la novación del préstamo hipotecario también debe la cláusula suelo ser sometida a un control de transparencia material si no ha sido negociada individualmente. Según la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2020, el prestatario puede, en el marco de una novación, ante una cláusula suelo nula que se modifica para el futuro, renunciar al ejercicio de las acciones judiciales tendentes a recuperar las cantidades satisfechas como consecuencia de su aplicación, si bien dicha renuncia debe ser expresión de un consentimiento libre e informado, es decir, emitido por un consumidor consciente del carácter no vinculante de la cláusula y de las consecuencias que la renuncia implica. Tales extremos corresponde comprobarlos al juez nacional, quien debe apreciar si la entidad de crédito suministró al prestatario, antes de la celebración del acuerdo modificativo, información suficiente sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo (según el nivel de certidumbre que en tal momento existía con relación a dicha abusividad) y de las consecuencias jurídicas que de tal renuncia se derivaban para el consumidor. Sin embargo, no vincula al prestatario la renuncia para el futuro al ejercicio de las acciones relativas a la cláusula suelo que surja de la novación, pues, por definición, el consumidor no puede comprender las consecuencias de su adhesión a una cláusula de renuncia referida a las controversias que pudieren surgir *ad futurum*.

VIII. Por último, las condiciones generales incorporadas a contratos en los que el adherente es un consumidor se someten, amén de a los controles de inclusión y transparencia, a un control de contenido para valorar su posible abusividad. Dicho control de contenido se desarrolla desde una doble vertiente. De un lado, un control preventivo llevado a cabo por notarios y registradores con la finalidad de evitar la inclusión en el contrato de cláusulas abusivas. De otro, un control posterior que se desarrolla en sede judicial para resarcir los daños que al consumidor causa la incorporación al contrato de una cláusula abusiva.

IX. La labor calificadora del registrador con relación a la abusividad de las condiciones generales no puede fundarse en el juicio subjetivo sobre la existencia de un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que determine la abusividad de una cláusula contractual con base en el artículo 82.1 TRLGDCU. El registrador solo puede denegar la inscripción cuando en el contrato exista alguna cláusula afectada por una tacha apreciable objetivamente, ya sea por tratarse de una de las descritas en los artículos 85 a 90 TRLGDCU, por contravenir una norma imperativa o prohibitiva o por haber sido declarada nula en sentencia judicial.

X. En sede judicial, el control de abusividad se lleva a cabo según lo previsto en los artículos 80 y 82 y siguientes TRLGDCU. Concretamente, es el artículo 82.1 TRLGDCU el que recoge la formulación general del control de contenido, siendo tres las exigencias que, conforme a dicho precepto, han de cumplirse para que una cláusula se estime abusiva, a saber, que la contratación sea con condiciones generales, que el contrato se celebre entre un profesional-predisponente y un consumidor-adherente y que la cláusula cause, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones contractuales de las partes. Para comprobar si existe tal desequilibrio deben compararse los derechos y obligaciones que para las partes se derivan del contrato con el Derecho dispositivo, existiendo desequilibrio a los efectos del artículo 82.1 TRLGDCU cuando el contrato deje al consumidor en una situación jurídica menos favorable que aquella que resultaría de aplicar el Derecho nacional supletorio. No obstante, dicho desequilibrio solo determina la abusividad cuando es contrario a las exigencias de la buena fe, de manera que, una vez que se constata que el contrato se aleja, en perjuicio del consumidor, de lo previsto en el Derecho dispositivo, hay que comprobar si las razones que han motivado tal distanciamiento están justificadas conforme al principio de la buena fe. Finalmente, los artículos 85 a 90 TRLGDCU, ambos inclusive, contemplan una «lista negra» de cláusulas que son siempre abusivas.

XI. Las condiciones generales que no superen el control de contenido son nulas de pleno derecho, lo que no determina la ineficacia total del contrato si este puede subsistir sin tales cláusulas. La regla general es que, cuando el juez declare que una determinada cláusula es abusiva, debe simplemente inaplicarla. Sin embargo, la jurisprudencia comunitaria prevé de manera excepcional que el juez pueda aplicar supletoriamente una norma dispositiva de Derecho nacional cuando sea necesario para la subsistencia del contrato en beneficio del consumidor en aras de evitar que el juez se vea obligado a anular totalmente el contrato viéndose el consumidor expuesto a consecuencias perjudiciales.

XII. Con relación a la cláusula suelo, nuestra jurisprudencia sostiene que la licitud de la cláusula suelo no depende de que exista un equilibrio o equidistancia entre el suelo y el techo predispuestos por la entidad de crédito. Asimismo, la compatibilidad de la cláusula con las exigencias de la buena fe no depende de que la entidad de crédito dispusiera de previsiones certeras sobre la evolución de los tipos de interés, sino de si podía estimar razonablemente que un consumidor informado aceptaría la incorporación al contrato de una cláusula suelo en el marco de una negociación individual.

## VI. JURISPRUDENCIA

### 1. PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- ATS de 3 de junio de 2013.
- ATS de 8 de junio de 2016.
- STS de 17 de junio de 1994.
- STS de 22 de julio de 1994.
- STS de 18 de marzo de 1995.
- STS de 13 de noviembre de 1998.
- STS de 2 de octubre de 2000.
- STS de 22 de febrero de 2001.
- STS de 12 de julio de 2002.
- STS de 30 de enero de 2003.
- STS de 4 de marzo de 2009.
- STS de 1 de julio de 2010.
- STS de 18 de junio de 2012.
- STS de 9 de mayo de 2013.
- STS de 8 de septiembre de 2014.
- STS de 24 de marzo de 2015.
- STS de 25 de marzo de 2015.
- STS de 22 de abril de 2015.
- STS de 29 de abril de 2015.
- STS de 18 de enero de 2017.
- STS de 24 de febrero de 2017.
- SSTS de 20 de abril de 2017.
- SSTS de 18 de mayo de 2017.
- STS de 25 de mayo de 2017.
- STS de 1 de junio de 2017.
- STS de 6 de junio de 2017.
- STS de 8 de junio de 2017.
- STS de 27 de junio de 2017.
- SSTS de 18 de julio de 2017.
- SSTS de 19 de julio de 2017.
- SSTS de 20 de julio de 2017.
- STS de 16 de octubre de 2017.
- STS de 2 de noviembre de 2017.
- SSTS de 7 de noviembre de 2017.
- STS de 15 de noviembre de 2017.
- STS de 16 de noviembre de 2017.
- STS de 23 de noviembre de 2017.
- SSTS de 24 de noviembre de 2017.
- STS de 29 de noviembre de 2017.
- STS de 21 de diciembre de 2017.
- STS de 10 de enero de 2018.
- SSTS de 17 de enero de 2018.
- STS de 23 de enero de 2018.
- SSTS de 24 de enero de 2018.
- STS de 26 de enero de 2018.
- STS de 30 de enero de 2018.
- STS de 1 de febrero de 2018.

- SSTS de 22 de marzo de 2018.
- STS de 23 de marzo de 2018.
- SSTS de 11 de abril de 2018.
- STS de 24 de abril de 2018.
- STS de 26 de abril de 2018.
- STS de 22 de mayo de 2018.
- STS de 24 de mayo de 2018.
- STS de 28 de mayo de 2018.
- STS de 4 de junio de 2018.
- SSTS de 7 de junio de 2018.
- SSTS de 13 de junio de 2018.
- STS de 15 de junio de 2018.
- SSTS de 20 de junio de 2018.
- SSTS de 26 de junio de 2018.
- STS de 27 de junio de 2018.
- SSTS de 3 de julio de 2018.
- SSTS de 4 de julio de 2018.
- SSTS de 18 de julio de 2018.
- STS de 19 de julio de 2018.
- STS de 11 de septiembre de 2018.
- STS de 12 de septiembre de 2018.
- STS de 13 de septiembre de 2018.
- SSTS de 20 de septiembre de 2018.
- STS de 25 de septiembre de 2018.
- STS de 28 de septiembre de 2018.
- STS de 10 de octubre de 2018.
- STS de 11 de octubre de 2018.
- STS de 17 de octubre de 2018.
- SSTS de 8 de noviembre de 2018.
- STS de 19 de noviembre de 2018.
- STS de 20 de noviembre de 2018.
- STS de 21 de noviembre de 2018.
- STS de 29 de noviembre de 2018.
- SSTS de 5 de diciembre de 2018.
- SSTS de 12 de diciembre de 2018.
- STS de 13 de diciembre de 2018.
- STS de 18 de diciembre de 2018.
- STS de 11 de enero de 2019.
- SSTS de 15 de enero de 2019.
- STS de 25 de enero de 2019.
- SSTS de 31 de enero de 2019.
- STS de 4 de febrero de 2019.
- SSTS de 5 de febrero de 2019.
- STS de 14 de febrero de 2019.
- STS de 18 de febrero de 2019.
- STS de 13 de marzo de 2019.
- STS de 26 de marzo de 2019.
- SSTS de 27 de marzo de 2019.
- STS de 4 de abril de 2019.
- STS de 9 de abril de 2019.
- STS de 7 de mayo de 2019.

- STS de 17 de mayo de 2019.
- STS de 3 de junio de 2019.
- STS de 9 de junio de 2020.
- SSTS de 10 de junio de 2019.
- SSTS de 25 de junio de 2019.
- SSTS de 26 de junio de 2019.
- SSTS de 16 de julio de 2019.
- SSTS de 18 de julio de 2019.
- STS de 9 de octubre de 2019.
- SSTS de 10 de octubre de 2019.
- STS de 11 de octubre de 2019.
- SSTS de 18 de octubre de 2019.
- STS de 12 de noviembre de 2019.
- STS de 28 de noviembre de 2019.
- SSTS de 5 de diciembre de 2019.
- STS de 17 de diciembre de 2019.
- STS de 8 de enero de 2020.
- STS de 15 de enero de 2020.
- SSTS de 20 de enero de 2020.
- SSTS de 23 de enero de 2020.
- STS de 28 de enero de 2020.
- STS de 4 de febrero de 2020.
- STS de 27 de febrero de 2020.
- STS de 11 de marzo de 2020.
- STS de 19 de mayo de 2020.
- STS de 22 de junio de 2020.
- STS de 23 de junio de 2020.
- STS de 15 de diciembre de 2020.
- STS de 19 de enero de 2021.
- STS de 26 de enero de 2021.

## 2. PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE de 27 de junio de 2000.
- STJUE de 3 de junio de 2010.
- STJUE de 26 de abril de 2012.
- STJUE de 14 de junio de 2012.
- STJUE de 14 de marzo de 2013.
- STJUE de 30 de mayo de 2013.
- STJUE de 16 de enero de 2014.
- STJUE de 30 de abril de 2014.
- STJUE de 21 de enero de 2015.
- STJUE de 26 de febrero de 2015.
- STJUE de 23 de abril de 2015.
- STJUE de 28 de julio de 2016.
- STJUE de 21 de diciembre de 2016.
- STJUE de 20 de septiembre de 2017.
- STJUE de 3 de marzo de 2020.
- STJUE de 9 de julio de 2020.

3. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 7 de septiembre de 1988.
- RDGRN de 5 de febrero de 1990.
- RDGRN de 4 de mayo de 1992.
- RDGRN de 1 de junio de 1992.
- RDGRN de 29 de junio de 1992.
- RDGRN de 6 de julio de 1992.
- RDGRN de 14 de enero de 2008.
- RDGRN de 1 de febrero de 2008.
- RDGRN de 8 de febrero de 2008.
- RDGRN de 22 de febrero de 2008.
- RDGRN de 28 de febrero de 2008.
- RRDGRN de 29 de febrero de 2008.
- RDGRN de 14 de mayo de 2008.
- RDGRN de 16 de mayo de 2008.
- RDGRN de 19 de mayo de 2008.
- RDGRN de 20 de mayo de 2008.
- RDGRN de 1 de octubre de 2010.
- RDGRN de 4 de noviembre de 2010.
- RDGRN de 21 de diciembre de 2010.
- RDGRN de 11 de enero de 2011.
- RDGRN de 18 de noviembre de 2013.
- RDGRN de 5 de febrero de 2014.
- RDGRN de 3 de octubre de 2014.
- RDGRN de 28 de abril de 2015.
- RDGRN de 25 de septiembre de 2015.
- RDGRN de 21 de octubre de 2015.
- RDGRN de 10 de noviembre de 2015.
- RDGRN de 17 de noviembre de 2015.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1991). *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*. Madrid: Civitas.
- BASOZABAL ARRUE, X. (2016). Límites imperativos en materia de condiciones financieras del préstamo. En: M. Espejo Lerdo de Tejada y J. P. Murga Fernández (dir.), *Vivienda, préstamo y ejecución*. Cizur Menor: Aranzadi (425-469).
- BLANCO GARCÍA, A. I. (2013). Control de oficio de las cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7, 195-217.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2013). El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 junio 2010 (CAJA MADRID) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo (No es abusiva la cláusula que define el objeto principal del contrato, salvo por falta de transparencia). *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 98-115, disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/313>.
- CANIZARES 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, Á. (2013). La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7, 126-163.
- CARRASCO PERERA, Á. y CORDERO LOBATO, E. (2013). El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación. STS de 9 de mayo de 2013. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7, 164-183.
- DEL REY BARBA, S. (2014). La calificación registral de las cláusulas abusivas en las hipotecas. En: M. Olmedo Cardenete e I. Sánchez Ruiz de Valdivia (dir.), *Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal*. Valencia: Tirant lo Blanch, ed. digital (227-265).
- DÍEZ DE LOS RÍOS FLORES, M. (2016). La Ficha Europea del Crédito Hipotecario (FEIN). En: M. S. Flores Doña y J. T. Raga Gil (dir.), *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*. Madrid: Dykinson (379-404).
- DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M.I. (2017). La aparente corrección parcial del control de transparencia a propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016. *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 9, núm. 1, 406-429.
- GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2013). Presente y futuro de la garantía hipotecaria. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 735, 19-36.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2013). La «voluntad virtual» del consumidor, ¿un nuevo test para determinar la abusividad de una cláusula no negociada en contratos con consumidores? (STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11). *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5, 35-43.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2019). Control de transparencia, cláusulas abusivas y consentimiento contractual. Reflexiones a partir de la última jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre novación y transacción de cláusulas suelo. *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 1, 361-397.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (2011). Comentario al artículo 82 TR LGDCU. En: S. Cámara Lapuente (dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*. Madrid: Colex (768-788).
- MUÑOZ GARCÍA, C. (2020). Integración y sustitución de cláusulas nulas por abusivas en contratos bancarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 778, 1386-1404.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2016). El impacto de la Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes de uso residencial. *Academia Sevillana del Notariado*, tomo XXVII (Ejemplar dedicado a: Conferencias del curso académico 2015/2016), 97-156.
- (2016). Límites a la autonomía privada en el Derecho de los contratos: la moral y el orden público. En: M.Á. Parra Lucán (coord.), *La autonomía privada en el derecho civil*. Cizur Menor: Aranzadi (295-360).
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013). Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario. *InDret*, núm. 3, 1-28.
- (2017). Transparencia material y transparencia documental en los contratos de préstamo hipotecario. En: M.L. Moreno-Torres Heredia (dir.), *Los contratos de crédito inmobiliario*. Cizur Menor: Aranzadi, ed. digital.
- (2019). El deber de transparencia en la Ley 5/2019 de Crédito Inmobiliario: información documental, explicaciones adecuadas y valor probatorio del acta notarial. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 154, ed. digital.
- ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, L. (2014). El papel del notario en la información al consumidor. Especial referencia a las cláusulas de los préstamos hipotecarios. En: M. Olmedo Cardenete e I. Sánchez Ruiz de Valdivia (dir.),



- Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal.* Valencia: Tirant lo Blanch, ed. digital (267-276).
- SÁENZ DE JUBERA, B. (2019). Control de transparencia material y actuación notarial conforme a la jurisprudencia y la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario. *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 2, 235-265.
- SÁNCHEZ LERÍA, R. (2018). Sobre el deber de transparencia en el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. En: R. Sánchez Lería y L. Vázquez-Pastor Jiménez (coord.), *Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales*. Madrid: Reus (85-107).
- SIGÜENZA LÓPEZ, J. (2016). La necesidad de repensar el actuar sistema de ejecución hipotecario. En: M. Espejo Lerdo de Tejada y J. P. Murga Fernández (dir.), *Vivienda, préstamo y ejecución*. Cizur Menor: Aranzadi (497-523).
- VÁZQUEZ MUIÑA, T. (2016). El control de transparencia de las cláusulas contractuales predispuestas: un control autónomo residenciado en el artículo 60 TRLGDCU. En: M. S. Flores Doña y J. T. Raga Gil (dir.), *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*. Madrid: Dykinson (557-567).
- VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. (2016). Comentario al artículo 258 de la Ley Hipotecaria. En: A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*. Cizur Menor: Aranzadi (1819-1828).

## NOTAS

<sup>1</sup> Por todas, SSTs (salvo indicación expresa en contrario, todas las sentencias referidas en el presente trabajo corresponden a la Sala de lo Civil) de 18 de junio de 2012 (*RJ* 2012, 8857) y 29 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 5632). *Vid.* también la STS de 4 de marzo de 2009 (*RJ* 2009, 1626) y 22 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 1360).

<sup>2</sup> STS de 29 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 5632).

<sup>3</sup> *RJ* 1998, 8742.

<sup>4</sup> *Vid.* también la STS de 29 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 2042).

<sup>5</sup> STS de 11 de marzo de 2020 (*RJ* 2020, 944).

<sup>6</sup> La exégesis de las condiciones generales se rige por las disposiciones del Código civil sobre la interpretación de los contratos, con excepción de las dos especialidades previstas, respectivamente, en los artículos 6.1 y 2 LCGC: de un lado, en caso de contradicción entre las condiciones generales y particulares incorporadas al contrato prevalecen estas, salvo que aquellas resulten más beneficiosas para el adherente; de otro, las dudas que puedan surgir en la interpretación de las condiciones generales oscuras deben resolverse en favor del cliente-adherente (si este es consumidor esta norma se aplica solo cuando se ejercita una acción individual), regla que responde a toda lógica si tomamos en consideración que tales cláusulas han sido predispuestas por la entidad de crédito, debiendo esta, por ende, responsabilizarse de las posibles oscuridades en que haya podido incurrir al redactarlas. Vemos cómo a la falta de claridad de las condiciones generales se le atribuyen dos consecuencias jurídicas distintas: la no inclusión en el contrato, de un lado, y la interpretación *contra proferentem*, de otro. ALFARO ÁGUILA-REAL resuelve esta antinomia reservando la consecuencia jurídica de mayor entidad (la no inclusión) para los supuestos más graves de falta de claridad, y la consecuencia jurídica de menor trascendencia (la aplicación de la regla *contra proferentem*) para las hipótesis de mera ambigüedad —ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1991). *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*. Madrid: Civitas, 286—.

<sup>7</sup> No resultaría económicamente eficiente exigir al consumidor que suscribe un contrato de adhesión la lectura, estudio y comprensión de todas las condiciones generales y su comparación con las ofertadas por el resto de competidores —MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (2011). Comentario al artículo 82 TR LGDCU., En: S. Cámara Lapuente (dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*. Madrid: Colex, 717—.

<sup>8</sup> Por todas, STS de 28 de mayo de 2018 (*RJ* 2018, 2281); 25 de enero de 2019 (*RJ* 2019, 137); 15 de enero de 2020 (*RJ* 2020, 653), y 20 de enero de 2020 (*RJ* 2020, 66).

<sup>9</sup> STS de 25 de enero de 2019 (*RJ* 2019, 137).

<sup>10</sup> STS de 18 de octubre de 2019 (*RJ* 2019, 4102).

<sup>11</sup> Bien es cierto que la ubicación idónea para esta disposición hubiera sido, sin duda alguna, el artículo 8 LCGC, que se ocupa de regular los supuestos de nulidad. No obstante, su enclave en el artículo 5, justo después de establecerse que las cláusulas generales deben ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, nos da argumentos suficientes para deducir que la nulidad de las cláusulas se impone como consecuencia de su falta de transparencia formal (*id est*, de la no superación del control de inclusión), y no de su falta de transparencia material, cuyas consecuencias son bien distintas, como veremos más adelante. La misma conclusión extraemos del artículo 83 II del 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 (en adelante, TRLGDCU), habida cuenta de que, al igual que el artículo 5.5 *in fine* LCGC, aquel precepto es añadido por la LCCI (en este caso, por la disposición final octava) con la misma literalidad. Además, el TRLGDCU no aborda en su articulado el deber de transparencia material, con lo que carece de sentido entender que su artículo 83 II establece las consecuencias del incumplimiento de un deber cuya regulación se contiene en otras normas distintas. A favor de la nulidad de las cláusulas en los supuestos de falta de transparencia formal se pronuncia nuestra jurisprudencia, pudiendo citarse, a título meramente ejemplificativo, la STS de 18 de octubre de 2019 (*RJ* 2019, 4102), que, de los artículos 9.2 y 10.1 LCGC, colige que «cuando una condición general de la contratación no supera el control de inclusión, debe declararse su nulidad, con la consecuencia de que se restituyan sus efectos desde que se aplicó, conforme al artículo 1303 del Código civil».

<sup>12</sup> En lo que sigue, aludimos a las mismas como «cláusulas de carácter esencial», refiriéndonos a las restantes como «cláusulas de carácter accesorio». Las primeras son aquellas que regulan las prestaciones esenciales del contrato (*id est*, definen la esencia misma de la relación contractual) y, por tanto, lo caracterizan. *Vid.* la STJUE (Sala Primera) de 3 de junio de 2010 (TJCE 2010\162); STJUE (Sala Tercera) de 23 de abril de 2015 (TJCE 2015\179), y STJUE (Sala Segunda) de 20 de septiembre de 2017 (TJCE 2017\171). Por su parte, las cláusulas de carácter accesorio tienen un contenido normativo, pues definen los derechos y obligaciones que corresponden a cada una de las partes contratantes.

<sup>13</sup> Lo decisivo para que puedan llevarse a cabo los controles de transparencia y contenido es que el prestatario tenga la condición de consumidor al tiempo de celebrarse el contrato. Así, la STS de 18 de enero de 2017 (*RJ* 2017, 922) declara que, al ofrecerse el préstamo con garantía hipotecaria para la adquisición de un local dedicado a oficina, los prestatarios no reúnen la condición de consumidores, «[s]in que ello pueda quedar contradicho por una mera hipótesis, como un incierto y futuro cambio de destino del local, ya que lo relevante es la finalidad en el momento de celebrarse el contrato». En muchos otros pronunciamientos, el Tribunal Supremo excluye el control de transparencia y abusividad de ciertas cláusulas por no ostentar el prestatario la condición de consumidor, pudiendo citarse, a título ejemplificativo, las SSTs de 7 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 4763); 23 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 6184); 10 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 58); 7 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2397); 3 de julio de 2018 (*RJ* 2018, 2789 y *RJ* 2018, 2797); 28 de septiembre de 2018 (*RJ* 2018, 4076); 13 de diciembre de 2018 (*RJ* 2018, 5413); 13 de marzo de 2019 (*RJ* 2019, 916); 3 de junio de 2019 (*RJ* 2019, 2181); 10 de octubre de 2019 (*RJ* 2019, 3851); 18 de octubre de 2019 (*RJ* 2019, 4103); 28 de noviembre de 2019 (*RJ* 2019, 4947); 15 de enero de 2020 (*RJ* 2020, 653); 28 de enero de 2020 (*RJ* 2020, 114), y 27 de febrero de 2020 (*RJ* 2020, 515). Hemos de aclarar que el préstamo y la subrogación que pudiere tener lugar son operaciones distintas y, por tanto, si el prestatario inicial no fuera consumidor (*v. gr.*, el promotor) y quien se subroga en el préstamo sí ostentase tal condición, solo las cláusulas contenidas en la escritura de subrogación se someterán a los controles de transparencia material y contenido. En este sentido, SSTs de 17 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 34 y *RJ* 2018, 162); 23 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 249); 24 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 181); 26 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 194); 24 de mayo de 2018 (*RJ* 2018, 2139); 4 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2366);

13 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2454); 20 de septiembre de 2018 (*RJ* 2018, 4044 y *RJ* 2018, 4160), y 23 de junio de 2020 (*JUR* 2020, 200943).

<sup>14</sup> Por todas, SSTs de 8 de junio de 2017 (*RJ* 2017, 2509); 9 de octubre de 2019 (*RJ* 2019, 3849); 5 de diciembre de 2019 (*RJ* 2019, 4975 y *RJ* 2019, 5206); 8 de enero de 2020 (*RJ* 2019, 5390), y 23 de enero de 2020 (*RJ* 2020, 75).

<sup>15</sup> *RJ* 2013, 3088.

<sup>16</sup> STJUE (Sala Segunda) de 20 de septiembre de 2017 (TJCE 2017/171). *Vid.* también las SSTs de 24 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 845) y 15 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 4730).

<sup>17</sup> Afirma la STS de 24 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 181): «el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subrogue en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato». En igual sentido, SSTs de 24 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 5063); 17 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 34 y *RJ* 2018, 162); 23 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 249); 26 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 194); 24 de abril de 2018 (*RJ* 2018, 2190); 4 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2366); 14 de febrero de 2019 (*RJ* 2019, 539); 23 de enero de 2020 (*RJ* 2020, 69), y 22 de junio de 2020 (*JUR* 2020, 200943).

<sup>18</sup> STS de 8 de junio de 2017 (*RJ* 2017, 2509).

<sup>19</sup> STS de 15 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 4730).

<sup>20</sup> Por todas, SSTs de 8 de junio de 2017 (*RJ* 2017, 2509); 7 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 4759); 17 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 34); 23 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 249); 24 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 181); 24 de abril de 2018 (*RJ* 2018, 2190), y 22 de mayo de 2018 (*RJ* 2018, 2387).

<sup>21</sup> Para un análisis en profundidad de las cláusulas sorprendentes, *Vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1991). *Las condiciones... op. cit.*, 241-275.

<sup>22</sup> Hablamos de presunción porque la comprensibilidad de las cláusulas, como hemos señalado, no se valora con relación a cada concreto consumidor, sino que se trata de un control objetivo que se vincula a un consumidor medio.

<sup>23</sup> *Vid.* el artículo 3 de la derogada Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (en adelante, Orden de 5 de mayo de 1994) y la sección 2.<sup>a</sup> del capítulo II de la vigente Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (en adelante, Orden EHA 2899/2011).

<sup>24</sup> ATS de 3 de junio de 2013 (*RJ* 2013, 3617), aclaratorio de la STS de 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3088).

<sup>25</sup> En este sentido, DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M.I. (2017). La aparente corrección parcial del control de transparencia a propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016. *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 9, núm. 1, 412-413.

<sup>26</sup> El periodo que establece el artículo 14.6 I Directiva 2014/17/UE es de siete días como mínimo, si bien se ofrece a los Estados miembros la posibilidad de ampliarlo, opción de la que, como vemos, ha hecho uso el legislador español. No obstante, pese a ampliar el plazo previsto por la norma comunitaria, el periodo de diez días que contempla el artículo 14.1 LCCI entraña una reducción respecto del establecido por el artículo 23.5 Orden EHA 2899/2011 para la entrega de la oferta vinculante, cuya validez abarcaría, salvo que mediaren circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, los catorce días naturales siguientes a su fecha de entrega. El artículo 14.6 III b) Directiva 2017/14/UE claramente diseña el plazo como renunciante por el prestatario al declarar que «[c]uando un Estado miembro especifique un periodo de reflexión antes de la celebración de un contrato de crédito [...] el consumidor podrá aceptar la oferta durante el periodo de reflexión». Coincidimos con PERTÍÑEZ VÍLCHEZ en que, si la configuración de un periodo de reflexión irrenunciable busca la protección del prestatario frente a una renuncia impuesta por el prestamista, debería admitirse tal renuncia cuando se justifique el interés del prestatario en celebrar el contrato de préstamo y disponer del capital antes de que transcurra el plazo —PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2019). El deber de transparencia en la Ley 5/2019 de Crédito Inmobiliario: información

documental, explicaciones adecuadas y valor probatorio del acta notarial. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 154, ed. digital—. Sin embargo, el legislador español concibe el periodo de reflexión como irrenunciable en el artículo 10.1 LCCI, según el cual la información precontractual de los préstamos inmobiliarios se debe entregar con la suficiente antelación, «que nunca será inferior a diez días naturales». Este precepto resulta indisponible para las partes contratantes *ex* artículo 3 I LCCI. Así pues, el carácter irrenunciable que el artículo 10.1 LCCI confiere al periodo de reflexión, junto a la sanción disciplinaria a la que se enfrenta el notario por el incumplimiento del plazo de información precontractual previo a la autorización de la escritura en los préstamos y créditos hipotecarios sobre vivienda residencial —infracción calificada como muy grave por el artículo 43.Dos.2.A)h)e) de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social—, determinan que, en la práctica, el notario respete en todo caso el periodo de reflexión, aun cuando ello implique desatender el interés real del prestatario.

<sup>27</sup> Esta documentación debe también remitirse por vía telemática, junto a la manifestación firmada por el prestatario en la que declare haber recibido la información con las pertinentes explicaciones de su contenido, al notario elegido por el prestatario a los efectos del artículo 15 LCCI, que analizaremos más adelante.

<sup>28</sup> Para un análisis en profundidad, *vid.* DÍEZ DE LOS RÍOS FLORES, M. (2016). La Ficha Europea del Crédito Hipotecario (FEIN). En: M. S. Flores Doña y J. T. Raga Gil (dir.), *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*. Madrid: Dykinson (379-404).

<sup>29</sup> La parte A del Anexo I de la LCCI contiene el modelo normalizado de FEIN que el prestamista debe proporcionar al prestatario o potencial prestatario, reemplazando las indicaciones entre corchetes por la información que corresponda. En la parte B del precitado Anexo I constan las instrucciones que debe seguir el prestamista para cumplimentar la ficha.

<sup>30</sup> Coincidimos con OLIVA BLÁZQUEZ en que «llega un momento en que la información no solo resulta inútil, por cuanto es inasumible para el consumidor, sino que puede ser contraproducente, ya que este comienza a desconfiar del negocio que pretende concluir ante la avalancha de advertencias que recibe antes de contratar, que acaban interpretándose como una suerte de táctica exoneratoria que emplea el empresario para eludir futuras responsabilidades derivadas de un contrato peligroso y complejo» —OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2016). El impacto de la directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes de uso residencial. *Academia Sevillana del Notariado*, tomo XXVII (Ejemplar dedicado a: Conferencias del curso académico 2015/2016), 134—.

<sup>31</sup> Por lo general, el día antes de la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo tanto la entidad de crédito como el consumidor ya han decidido contratar, con lo que el asesoramiento en este momento corre el riesgo de constituir un mero trámite formal.

<sup>32</sup> En este sentido, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2019). El deber... *op. cit.*; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2017). Transparencia material y transparencia documental en los contratos de préstamo hipotecario. En: M.L. Moreno-Torres Heredia (dir.), *Los contratos de crédito inmobiliario*. Cizur Menor: Aranzadi, ed. digital; SÁENZ DE JUBERA, B. (2019). Control de transparencia material y actuación notarial conforme a la jurisprudencia y la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario. *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 2, 260; SÁNCHEZ LERÍA, R. (2018). Sobre el deber de transparencia en el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. En: R. Sánchez Lería y L. Vázquez-Pastor Jiménez (coord.), *Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales*. Madrid: Reus (102, nota al pie núm. 28).

<sup>33</sup> En esta dirección parece apuntar PERTÍÑEZ VÍLCHEZ al sostener que: no sería proporcionado establecer una presunción de superación del deber de transparencia material, una vez acreditado el cumplimiento de las obligaciones de documentación precontractual establecidas, que admitiese sin embargo, de manera excepcional, una prueba en contrario, que pudiera fundarse en la ausencia de las explicaciones adecuadas a las que se refieren el artículo 16 de la Directiva 2014/17/UE y el artículo 14.2 LCCI, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2019). El deber... *op. cit.*

<sup>34</sup> RCL 2019, 1924.

<sup>35</sup> Por todas, SSTs de 8 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 4660); 7 de noviembre de 2017 (RJ 2017, 4759); 16 de noviembre de 2017 (RJ 2017, 4899); 22 de marzo de 2018 (RJ 2018,

1892); 11 de abril de 2018 (*RJ* 2018, 1730); 22 de mayo de 2018 (*RJ* 2018, 2387); 7 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2410); 11 de septiembre de 2018 (*RJ* 2018, 3638); 12 de septiembre de 2018 (*RJ* 2018, 3993); 20 de septiembre de 2018 (*RJ* 2018, 4265); 20 de noviembre de 2018 (*RJ* 2018, 5116); 11 de enero de 2019 (*RJ* 2019, 17); 27 de marzo de 2019 (*RJ* 2019, 1201); 11 de octubre de 2019 (*RJ* 2019, 3858), y 9 de junio de 2020 (*RJ* 2020, 1571).

<sup>36</sup> Por todas, SSTs de 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3088); 8 de septiembre de 2014 (*RJ* 2014, 4660); 24 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 845), y 8 de junio de 2017 (*RJ* 2017, 2509). En la doctrina administrativa, *vid.* RDGRN de 5 de febrero de 2014 (*RJ* 2014, 1178). Entre nuestros autores, SÁENZ DE JUBERA, B. (2019). Control de... *op. cit.*, 238; VÁZQUEZ MUÑOZ, T. (2016). El control de transparencia de las cláusulas contractuales predispuestas: un control autónomo residenciado en el artículo 60 TRLGDCU. En: M.S. Flores Doña y J. T. Raga Gil (dir.), *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*. Madrid: Dykinson (560-561). Esta es la tendencia seguida también por el artículo II-9:402 DCFR, en virtud del cual: «(1) A person who supplies terms which have not been individually negotiated has a duty to ensure that they are drafted and communicated in plain, intelligible language. (2) In a contract between a business and a consumer a term which has been supplied by the business in breach of the duty of transparency imposed by paragraph (1) may on that ground alone be considered unfair» (énfasis añadido).

<sup>37</sup> Por todas, SSTs de 24 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 5261); 24 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 182); 23 de marzo de 2018 (*RJ* 2018, 1892); 11 de octubre de 2019 (*RJ* 2019, 3858), y 12 de noviembre de 2019 (*RJ* 2019, 4528).

<sup>38</sup> SSTJUE (Sala Primera) de 26 de abril de 2012 (TJCE 2012, 98) y 16 de enero de 2014 (TJCE 2014, 7).

<sup>39</sup> STJUE (Sala Tercera) de 28 de julio de 2016 (TJCE 2016\296).

<sup>40</sup> Por todas, la STJUE (Sala Primera) de 3 de junio de 2010 (TJCE 2010\162), && 40 y 49.

<sup>41</sup> *Vid.* también el ATS de 8 de junio de 2016 (*JUR* 2016, 129083) y la STS de 2 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 4558).

<sup>42</sup> Como exponentes de esta doctrina podemos citar las SSTs de 24 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 845); 8 de junio de 2017 (*RJ* 2017, 2509); 7 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 4759); 17 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 34); 23 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 249); 24 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 181); 4 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2366); 11 de septiembre de 2018 (*RJ* 2018, 3638); 9 de octubre de 2019 (*RJ* 2019, 3849); 5 de diciembre de 2019 (*RJ* 2019, 4975) y *RJ* 2019, 5206); 8 de enero de 2020 (*RJ* 2019, 5390); 23 de enero de 2020 (*RJ* 2020, 75); 4 de febrero de 2020 (*RJ* 2020, 440), y 22 de junio de 2020 (*RJ* 2020, 211352).

<sup>43</sup> En este sentido, 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, 93 y sigs.

<sup>44</sup> El error debe recaer sobre un elemento que fue esencial para que se otorgara el consentimiento contractual y la transparencia solo se controla con respecto a las cláusulas de carácter esencial.

<sup>45</sup> Por todas, STS de 8 de junio de 2017 (*RJ* 2017, 2509).

<sup>46</sup> STS de 16 de octubre de 2017 (*RJ* 2017, 4332).

<sup>47</sup> *RJ* 1988, 7000.

<sup>48</sup> *RJ* 1990, 727.

<sup>49</sup> *Vid.* también las RRDGRN de 4 de mayo de 1992 (*RJ* 1992, 4835); 1 de junio de 1992 (*RJ* 1992, 5814); 29 de junio de 1992 (*RJ* 1992, 5951), y 6 de julio de 1992 (*RJ* 1992, 6521).

<sup>50</sup> Actual artículo 84 TRLGDCU.

<sup>51</sup> Este precepto encuentra correspondencia en el artículo 82 TRLGDCU.

<sup>52</sup> Este razonamiento es coherente con la previsión que contenía el artículo 7 LCU. En la jurisprudencia, *vid.* las SSTs de 17 de junio de 1994 (*RJ* 1994, 4932); 22 de julio de 1994 (*RJ* 1994, 6581), y 18 de marzo de 1995 (*RJ* 1995, 1964; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil).

<sup>53</sup> *RJ* 2008, 2086.

<sup>54</sup> En igual sentido, RRDGRN de 14 de enero de 2008 (*RJ* 2008, 2091); 1 de febrero de 2008 (*RJ* 2008, 633); 8 de febrero de 2008 (*RJ* 2008, 639 y *RJ* 2008, 2094); 22 de febrero de 2008 (*RJ* 2008, 2790); 28 de febrero de 2008 (*RJ* 2008, 2793); 29 de febrero de 2008 (*RJ*

2008, 2793 y *RJ* 2008, 8269); 14 de mayo de 2008 (*RJ* 2008, 8279); 16 de mayo de 2008 (*RJ* 2008, 3154); 19 de mayo de 2008 (*RJ* 2008, 7714), y 20 de mayo de 2008 (*RJ* 2008, 7715).

<sup>55</sup> *RJ* 2010, 5273.

<sup>56</sup> *Vid.* también RRDGRN de 4 de noviembre de 2010 (*RJ* 2011, 2461); 21 de diciembre de 2010 (*RJ* 2011, 263), y 11 de enero de 2011 (*RJ* 2011, 269).

<sup>57</sup> RRDGRN de 4 de noviembre de 2010 (*RJ* 2011, 2461); 18 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 8046); 3 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 5512); 28 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 3300); 25 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 4623); 21 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 6493); 10 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 6495); 17 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 6496), y 19 de octubre de 2016 (*RJ* 2016, 5285).

<sup>58</sup> Por todos, SÁENZ DE JUBERA, B. (2019). Control de... *op. cit.*, 238.

<sup>59</sup> Por todos, ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1991). *Las condiciones...* *op. cit.*, 138-142; BASOZABAL ARRUE, X. (2016). Límites imperativos en materia de condiciones financieras del préstamo. En: M. Espejo Lerdo de Tejada y J. P. Murga Fernández (dir.), *Vivienda, préstamo y ejecución*. Cizur Menor: Aranzadi (445-446).

<sup>60</sup> Por todos, ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, L. (2014). El papel del notario en la información al consumidor. Especial referencia a las cláusulas de los préstamos hipotecarios. En: M. Olmedo Cardenete e I. Sánchez Ruiz de Valdivia (dir.), *Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal*. Valencia: Tirant lo Blanch, ed. digital (273). La postura contraria sostiene la STS de 29 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 2042), según la cual: «Que la cláusula de un contrato celebrado con un consumidor regule un elemento esencial del contrato no obsta a que tenga la consideración legal de condición general de la contratación si concurren los requisitos para ello (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad), ni la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 1992/93/CEE ni de las normas de Derecho interno que la transponen, como es el caso de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación».

<sup>61</sup> TJCE 2010\162.

<sup>62</sup> STJUE de 27 de junio de 2000 (*JUR* 2018, 83004).

<sup>63</sup> En este sentido se pronuncia también el abogado general Sr. Maciej Szpunar en sus conclusiones presentadas el 10 de septiembre de 2019 al asunto C-125/18 (§ 100), si bien tales conclusiones no son seguidas por el TJUE en la sentencia de 3 de marzo de 2020 (TJCE 2020\3), que resuelve el precitado asunto.

<sup>64</sup> *RJ* 2010, 6554.

<sup>65</sup> *RJ* 2012, 8857.

<sup>66</sup> Por todas, STJUE (Sala Cuarta) de 30 de abril de 2014 (TJCE 2014\105).

<sup>67</sup> STS de 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3088).

<sup>68</sup> TJCE 2013\89.

<sup>69</sup> Considerando decimosexto (no numerado) de la Directiva 93/13/CEE.

<sup>70</sup> En la misma línea, BASOZABAL ARRUE, X. (2016). Límites imperativos... *op. cit.*, 448.

<sup>71</sup> STS de 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3088). *Vid.* también las SSTS de 2 de octubre de 2000 (*RJ* 2000, 8131); 22 de febrero de 2001 (*RJ* 2001, 2609); 12 de julio de 2002 (*RJ* 2002, 6047), y 30 de enero de 2003 (*RJ* 2003, 2024).

<sup>72</sup> El TJUE (Sala Novena), en sentencia de 26 de febrero de 2015 (TJCE 2015\93), se refiere a la relación de cláusulas contenida en el precitado anexo de la Directiva como una «lista gris».

<sup>73</sup> A falta de Derecho dispositivo aplicable al caso, las normas con las que establecer la aludida comparación vienen determinadas, *ex* artículo 1258 del Código civil, por la buena fe, el uso y la Ley —ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1991). *Las condiciones...* *op. cit.*, 82—.

<sup>74</sup> Para un análisis en profundidad, *vid.* MUÑOZ GARCÍA, C. (2020). Integración y sustitución de cláusulas nulas por abusivas en contratos bancarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 778, 1386-1404.

<sup>75</sup> Por todas, SSTJUE (Sala Primera) de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012\143); 30 de mayo de 2013 (TJCE 2013\145); 21 de enero de 2015 (TJCE 2015\4), y 21 de diciembre de 2016 (TJCE 2016\309), y STJUE (Sala Cuarta) de 30 de abril de 2014 (TJCE 2014\105). En la jurisprudencia nacional, *vid.* la STS de 22 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 1360).

<sup>76</sup> En igual sentido, STS de 29 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 2042).



<sup>77</sup> STS de 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3088).

<sup>78</sup> *RJ* 2018, 182.

<sup>79</sup> En igual sentido, STS de 11 de octubre de 2019 (*RJ* 2019, 3858).

<sup>80</sup> STS de 8 de junio de 2017 (*RJ* 2017, 2509).

<sup>81</sup> *RJ* 2015, 2042.

<sup>82</sup> *RJ* 2014, 4660.

<sup>83</sup> STS de 8 de junio de 2017 (*RJ* 2017, 2509). En el asunto enjuiciado, el Tribunal señala que el hecho de que el marido de la demandante fuera licenciado en Derecho por una universidad mexicana, que hubiera homologado en España su título de licenciado y que trabajase en una empresa que prestaba asesoramiento para el establecimiento de empresas en México no lo convierte en experto en el tipo de contrato suscrito por su esposa. *Vid.* también las SSTS de 24 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 5261) y 12 de noviembre de 2019 (*RJ* 2019, 4528).

<sup>84</sup> *RJ* 2021, 9.

<sup>85</sup> SSTS de 17 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 162); 26 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 194); 11 de abril de 2018 (*RJ* 2018, 1730); 13 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2440), y 23 de enero de 2020 (*RJ* 2020, 69).

<sup>86</sup> STS de 13 de septiembre de 2018 (*RJ* 2018, 3839); 18 de febrero de 2019 (*RJ* 2019, 498), y 17 de diciembre de 2019 (*RJ* 2019, 5120).

<sup>87</sup> *JUR* 2020, 207111.

<sup>88</sup> Esta doctrina es seguida por nuestro Tribunal Supremo, *inter alia*, en las Sentencias 15 de diciembre de 2020 (*RJ* 2020, 4360) y de 26 de enero de 2021 (*RJ* 2021, 123).

<sup>89</sup> Por todas, la STJUE (Sala Primera) de 3 de junio de 2010 (TJCE 2010\162), §§ 40 y 49.

<sup>90</sup> ATS de 3 de junio de 2013 (*RJ* 2013, 3617), aclaratorio de la STS de 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3088).

<sup>91</sup> En particular: 1) las cláusulas suelo son lícitas; 2) su inclusión en los contratos de préstamo a interés variable responde a razones objetivas; 3) no son cláusulas inusuales o extravagantes; 4) su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado; 5) la condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos, sino en la falta de transparencia; 6) la falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información precontractual proporcionada al consumidor; 7) no consta que las entidades crediticias hayan incumplido las exigencias reglamentarias de información impuestas por la Orden de 5 de mayo de 1994; 8) la finalidad de la fijación del tope mínimo pretende mantener un rendimiento mínimo de los préstamos hipotecarios que permita a las entidades de crédito resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones; 9) las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, que son las que los prestatarios tienen en cuenta al tiempo de decidir sus comportamientos económicos; 10) la sustitución del acreedor está permitida legalmente, y 11) la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico.

<sup>92</sup> Por todas, SSTS de 25 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 735) y 29 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 2042).

<sup>93</sup> *RJ* 2015, 2042.

<sup>94</sup> *RJ* 2015, 735.

<sup>95</sup> El magistrado disidente, firmante de la STS de 9 de mayo de 2013, reconoce en el voto particular de referencia que, en dicho pronunciamiento, el Tribunal incurre en un error de concepto en el planteamiento de la cuestión al encuadrar en la retroactividad la razón de ser de la ineficacia de la cláusula suelo. En la sentencia de 2013, el Tribunal Supremo elabora una fundamentación técnica de la ineficacia basada en los efectos retroactivos tanto del alcance del concepto de nulidad como de la propia sentencia dictada. De esta suerte, se asimilan los planos de la ineficacia y la retroactividad y, en consecuencia, se pronuncia el Tribunal sobre la devolución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor en aplicación de una cláusula suelo ineficaz con base en el fenómeno de la retroactividad.

<sup>96</sup> TJCE 2016\309.

<sup>97</sup> Por todas, SSTS de 24 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 602); 20 de abril de 2017 (*RJ* 2017, 1559, *RJ* 2017, 1577 y *RJ* 2017, 1578); 18 de mayo de 2017 (*RJ* 2017, 2204, *RJ* 2017,



2220 y *RJ* 2017, 2227); 25 de mayo de 2017 (*RJ* 2017, 2561); 1 de junio de 2017 (*RJ* 2017, 2499); 6 de junio de 2017 (*RJ* 2017, 2806); 27 de junio de 2017 (*RJ* 2017, 3024); 18 de julio de 2017 (*RJ* 2017, 3370, *RJ* 2017, 3374 y *RJ* 2017, 4401); 19 de julio de 2017 (*RJ* 2017, 3372 y *RJ* 2017, 3381); 20 de julio de 2017 (*RJ* 2017, 3376, *RJ* 2017, 3377, *RJ* 2017, 3379, *RJ* 2017, 4399, y *RJ* 2017, 4400); 21 de diciembre de 2017 (*RJ* 2017, 6043); 30 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 283); 22 de marzo de 2018 (*RJ* 2018, 1136); 24 de abril de 2018 (*RJ* 2018, 2190); 26 de abril de 2018 (*RJ* 2018, 1789); 22 de mayo de 2018 (*RJ* 2018, 2387); 15 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2452); 20 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2678, *RJ* 2018, 2679 y *RJ* 2018, 2680); 26 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2926 y *RJ* 2018, 3102); 27 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 3263); 4 de julio de 2018 (*RJ* 2018, 2799 y *RJ* 2018, 2802); 18 de julio de 2018 (*RJ* 2018, 2961, *RJ* 2018, 2964, *RJ* 2018, 3139 y *RJ* 2018, 3347); 19 de julio de 2018 (*RJ* 2018, 2965); 25 de septiembre de 2018 (*RJ* 2018, 4210); 10 de octubre de 2018 (*RJ* 2018, 4445); 11 de octubre de 2018 (*RJ* 2018, 4281 y *RJ* 2018, 4466); 17 de octubre de 2018 (*RJ* 2018, 4298); 8 de noviembre de 2018 (*RJ* 2018, 4745, *RJ* 2018, 4749, *RJ* 2018, 4750, *RJ* 2018, 4755 y *RJ* 2018, 5155); 19 de noviembre de 2018 (*RJ* 2018, 5172); 21 de noviembre de 2018 (*RJ* 2018, 5109); 29 de noviembre de 2018 (*RJ* 2018, 5354); 5 de diciembre de 2018 (*RJ* 2018, 5385, *RJ* 5424 y *RJ* 2018, 5434); 12 de diciembre de 2018 (*RJ* 2018, 5443 y *RJ* 2018, 5447); 18 de diciembre de 2018 (*RJ* 2018, 5491); 15 de enero de 2019 (*RJ* 2019, 59; *RJ* 2019, 83 y *RJ* 2019, 104); 31 de enero de 2019 (*RJ* 2019, 240 y *RJ* 2019, 246); 4 de febrero de 2019 (*RJ* 2019, 319); 5 de febrero de 2019 (*RJ* 2019, 305, *RJ* 2019, 311 y *RJ* 2019, 327); 26 de marzo de 2019 (*RJ* 2019, 1189); 27 de marzo de 2019 (*RJ* 2019, 1201, *RJ* 2019, 1212, *RJ* 2019, 1222 y *RJ* 2019, 1233); 4 de abril de 2019 (*RJ* 2019, 1252); 9 de abril de 2019 (*RJ* 2019, 1340); 7 de mayo de 2019 (*RJ* 2019, 1931); 17 de mayo de 2019 (*RJ* 2019, 1960); 10 de junio de 2019 (*RJ* 2019, 2440 y *RJ* 2019, 2448); 25 de junio de 2019 (*RJ* 2019, 2609 y *RJ* 2019, 2619); 26 de junio de 2019 (*RJ* 2019, 2621 y *RJ* 2019, 2629); 16 de julio de 2019 (*RJ* 2019, 2807, *RJ* 2019, 2831 y *RJ* 2019, 3001); 18 de julio de 2019 (*RJ* 2019, 2836 y *RJ* 3267); 9 de octubre de 2019 (*RJ* 2019, 3849); 10 de octubre de 2019 (*RJ* 2019, 3856 y *RJ* 2019, 3943); 5 de diciembre de 2019 (*RJ* 2019, 4975); 20 de enero de 2020 (*RJ* 2020, 818); 4 de febrero de 2020 (*RJ* 2020, 440), y 19 de mayo de 2020 (*JUR* 2020, 165091). En la sentencia de 29 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 5632), el Tribunal Supremo no concede la devolución íntegra de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de la cláusula suelo al entender que los prestatarios consintieron la limitación temporal acordada en primera instancia al no recurrir la sentencia en apelación.

<sup>98</sup> *RJ* 2017, 2561.

<sup>99</sup> STS de 24 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 181). *Vid.* también las SSTs de 24 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 845); 8 de junio de 2017 (*RJ* 2017, 2509); 7 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 4759); 17 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 34); 23 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 249); 4 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2366); 11 de septiembre de 2018 (*RJ* 2018, 3638); 9 de octubre de 2019 (*RJ* 2019, 3849); 5 de diciembre de 2019 (*RJ* 2019, 4975 y *RJ* 2019, 5206); 8 de enero de 2020 (*RJ* 2019, 5390); 23 de enero de 2020 (*RJ* 2020, 75); 4 de febrero de 2020 (*RJ* 2020, 440), y 22 de junio de 2020 (*RJ* 2020, 211352).