



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

El problema del control de transparencia de las cláusulas contractuales en la jurisprudencia y doctrina modernas

Presentado por:

Gonzalo Miguel Herrero

Tutelado por:

Germán de Castro Vítóres

Valladolid, 15 de julio de 2020

Desde el año 2013 asistimos a la creación por parte de la jurisprudencia del llamado “control de transparencia” con la STS de 9 de mayo de 2013, de gran repercusión al afectar a las llamadas cláusulas suelo sobre consumidores, que ha ido evolucionando a lo largo de estos últimos siete años, ya sea a través de sentencias comunitarias, como de tribunales españoles, desde el Supremo hasta las Audiencias Provinciales.

Es con la Ley 5/2019 donde se plasma el carácter legal del este llamado control de transparencia, tan discutido en la doctrina y que se analiza a lo largo de este trabajo, analizando las distintas opiniones de los autores, así como sus debates siempre enfocado en la protección de los consumidores y usuarios, al entender que los contratos entre empresarios tienen su propio régimen de protección.

Palabras clave: contratos, consumidores, cláusulas abusivas, transparencia.

Since 2013 we have attended the creation by the jurisprudence of the so-called “transparency control” with the STS of May 9th, 2013 which had a big impact because it affects the consumers who has floor clauses in their contracts, which has been progressing over these past seven years, either through community sentences, or by Spanish courts, from the Supreme Court to the Provincial Courts.

It is with Law 5/2019 where we find this transparency control reflected on a rule, so much discussed in the doctrine and that is analyzed throughout this work, analyzing the different opinions of the authors, as well as their always focused debates in the protection of consumers and users, by understanding that contracts between entrepreneurs have their own set of rules.

Key words: contracts, consumers, abusive clauses, transparency.

Contenido

1. NOCIONES BÁSICAS Y NORMATIVA APLICABLE	5
1.1. Los contratos de adhesión	5
1.2. Las condiciones generales de la contratación	7
1.3. Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación y 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. 7	
1.4. Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.	9
1.5. Real Decreto-Ley 1/2017, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusula suelo	10
1.6. Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.....	10
2. CONTROL DE INCORPORACIÓN, DE CONTENIDO Y CONTROL DE TRANSPARENCIA.....	10
2.1. Control de incorporación.....	11
2.2. Control de contenido	14
2.3. Control de transparencia.....	16
3. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA: EVOLUCIÓN.....	20
3.1. 2013: El origen del control de transparencia. STS de 9 de mayo	21
3.2. 2015: El año del “cambio en el control de transparencia”	28
3.3. 2016: Nuevo debate, ¿es aplicable el control de transparencia a profesionales?.....	30
3.4. 2017: El TS adopta la posición del TJUE	34
3.5. 2020: Un año de previsibles cambios en materia de transparencia ...	39
4. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN LA NORMATIVA ACTUAL. ESPECIAL ESTUDIO DE LA LEY 5/2019, DE 15 DE MARZO, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO	41
5.1. La Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrado con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.....	41
5.2. Circular 2/2018, de 1 de junio, de la Fiscalía General del Estado: nuevas directrices en materia de protección jurídica de los derechos de los consumidores y usuarios.	45

5.3. Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y su normativa complementaria.	46
CONCLUSIONES.....	59
BIBLIOGRAFÍA	62
Legislación	62
Doctrina.....	63
Jurisprudencia.....	67

1. NOCIONES BÁSICAS Y NORMATIVA APLICABLE

Antes de explicar qué es el control de transparencia y su evolución, es conveniente hacer una aproximación a los conceptos que delimitan el objeto de este trabajo.

1.1. Los contratos de adhesión

Partiendo de que un **contrato**, tal y como define MARTÍNEZ DE AGUIRRE¹ es un acuerdo de voluntades entre dos o más personas, dirigido a crear obligaciones entre ellos, del que nacen efectivamente obligaciones. En un sentido estricto tiene relevancia para el Derecho de obligaciones, siendo proyectado su resultado en el campo del derecho patrimonial porque es el cauce habitual para la creación, modificación, transmisión y extinción de derechos reales.

Pero en el supuesto de los **contratos de adhesión** se produce una deformación del concepto clásico, dice OSSORIO SERRANO², como consecuencia del desarrollo de la vida económica y las nuevas necesidades del mercado, llegando a generalizarse esta figura rápidamente, aplicándose en todos los ámbitos donde pueda llegar a existir un contrato.

Este tipo de contrato quiebra los principios mencionados anteriormente, ya que, en la adhesión (muy frecuentes en la vida actual), una de las partes formula unilateralmente el proyecto de contrato que está dispuesta a celebrar y, la otra parte, si quiere celebrarlo, no puede hacer otra cosa que aceptar las condiciones que se le imponen. De esta forma. Empresas como puedan ser de transportes, de suministros, banca, seguros y un largo etcétera, colocadas en una situación ventajosa respecto a los particulares, solo contratan en las condiciones que ellas mismas fijan. Ni en fase preparatoria del contrato, ni negociaciones previas, existe un verdadero concierto de dos voluntades colocadas en plano de igualdad. El particular (consumidor o usuario), frente a la

¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Curso de Derecho Civil II. Volumen I. Teoría general de la obligación y el contrato*. Madrid, Ed. Edisofer, 2018, pp. 307-308.

² OSSORIO SERRANO, J.M., en *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos* SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Coord.). Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch. 2018, p. 140.

gran empresa, no tiene más libertad que la de decir sí o no, la de contratar o no; pero en realidad, ni esa mínima libertad tiene y, esto es debido a que, en la gran mayoría estos contratos deben celebrarse necesariamente, ya que, de no hacerlo, el consumidor o usuario tendría que renunciar a un servicio bancario o a servicios básicos como agua, luz y gas, entre muchísimos otros.

Todo ello, sin perder de vista lo dispuesto en el artículo 1262 del Código Civil³, al disponer que el consentimiento contractual se manifiesta por el concurso de la oferta y aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Así, estos dos factores tienen en la formación del contrato idéntico valor. Quien recibe una oferta, puede aceptarla o no, modificarla, hacer una contraoferta, pero en el caso del contrato de adhesión, cada una de las partes tiene un papel predeterminado e invariable. Una de las partes (“la más fuerte”) hace la oferta, que tiene carácter general, dirigida al público (*ad incertam personam*), a través de circulares, formularios, anuncios y, en ocasiones, mediante agentes que ofrecen el contrato, pero siempre con unas condiciones fijadas anteriormente y que no se pueden modificar, siendo ésta la nota característica.

Desde los años treinta del siglo XX, la jurisprudencia española ha recurrido a una interpretación finalista y progresista del artículo 1288, que establece que: “*La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad*”. El fin de esta interpretación, dice LASARTE, es proteger a los ciudadanos frente a los poderes económicos que preparan y redactan las condiciones generales de la contratación. Así, el Tribunal Supremo con criterios acertados establece dos requisitos mínimos para una interpretación *contra proferentem*, contra el proponente⁴: por un lado, que el clausulado contractual se haya redactado unilateralmente por el predisponente y, por el otro lado, que sea inherente a la cláusula una oscuridad material favorable para el predisponente, como llegan a afirmar distintas

³ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

⁴ Diccionario del Español Jurídico, del Consejo General del Poder Judicial y la Real Academia Española, disponible en <https://dej.rae.es/>

Sentencias, como la de 18 de mayo de 1954, 4 de noviembre de 1973 o 13 de diciembre de 1986, entre muchas otras.

1.2. Las condiciones generales de la contratación

El artículo 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación⁵, **define** a la condición general de la contratación como aquellas cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

LASARTE afirma que en la actualidad contratos de adhesión y condiciones generales de la contratación (CGC) son sustancialmente dos caras de la misma moneda, pese a que algunos autores plantean el tema de diversa manera, afirmando que el juego de las CGC queda reservado a los casos en que las mismas no se ponen en conocimiento del cliente, consumidor o usuario⁶.

1.3. Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación y 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.

Es la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en la que define qué se entiende por cláusula abusiva, consumidor y profesional, cuyo reflejo encontramos en la actual legislación vigente, con la Ley 7/1998 y el RD Legislativo 1/2007.

⁵ En adelante LCGC.

⁶ LASARTE ÁLVAREZ, C. *Principios de derecho civil. 3, Contratos*. 20ª ed. Madrid. Ed. Marcial Pons, 2018. P. 71

La Directiva establece en su artículo 3 que *las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán **abusivas** si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.*⁷

De este modo, se entiende por **consumidor**, siguiendo el artículo 2 de la Directiva, a toda persona física que, en los contratos regulados por ésta, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional. En el mismo precepto, se entiende por **profesional** toda aquella persona física o jurídica que, en las operaciones reguladas por la Directiva, actúa dentro de su actividad profesional, con independencia de si es pública o privada.

Por **cláusula** se entiende a aquella condición general que está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, que no tiene por qué ser abusiva.

En cualquier caso, la LCGC establece como requisito de incorporación para los contratos, como establece en su artículo 5, que las cláusulas deberán ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Además, con la entrada en vigor de la Ley 5/2019 (disposición final 4.1) se añade al precepto que las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho.

Es el artículo 80 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias⁸ donde se recogen los requisitos de incorporación de las cláusulas al contrato, para aquellos que se celebren con consumidores, siendo los siguientes:

- Buena fe y justo equilibrio entre derechos y obligaciones de las partes. De esta forma, se excluye la utilización de cláusulas abusivas.

⁷ Directiva 13/93/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

⁸ En adelante TRLGDCU o Texto Refundido.

- Concreción, claridad y sencillez en la redacción. Deberá ser posible una comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen de manera previa o simultánea a la celebración del contrato que, en cualquier caso, deberá reflejarse en el documento contractual. La exigencia de claridad y sencillez no puede determinar que las relaciones contractuales pierdan matizaciones o complejidad. Lo exigible es que la redacción de cualquier CGC no complique más la relación contractual en sí (cfr. STS de 28 de mayo de 2018).
- Accesibilidad y legibilidad: debe permitirse al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En este sentido, una reforma legal en 2014 impone que la letra del contrato deberá ser superior al milímetro y medio con el contraste suficiente para una lectura sencilla.

1.4. Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Esta Orden Ministerial se basa, siguiendo a TOMÁS MARTÍNEZ y GÓMEZ URQUIJO⁹, en la “transparencia, la confianza del consumidor, y la estabilidad financiera son las bases sobre las que se apoya la nueva gobernanza del sistema financiero en la Unión Europea. La crisis económica ha enfatizado las deficiencias que persisten en este ámbito y que dificultan el mejor aprovechamiento por parte de los ciudadanos europeos de las ventajas del mercado interior en lo que se refiere a los servicios financieros. Se trata de un mercado aún muy fragmentado que la UE opta por armonizar mediante Directivas y en el que los Estados por tanto tienen un papel decisivo”. En definitiva, en 2011 se buscaban normas con el fin de garantizar la adecuada protección a los usuarios bancarios.

⁹ TOMÁS MARTINEZ, G y GÓMEZ URQUIJO, L. Breve comentario a la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Diario La Ley, Nº 7842, Sección Doctrina, 20 de Abril de 2012, Año XXXIII, Ref. D-163, Editorial LA LEY (LA LEY 4043/2012).

1.5. Real Decreto-Ley 1/2017, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusula suelo

A raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016, se promulgó el Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero; para favorecer la devolución a los consumidores por parte de las entidades financieras, de los intereses percibidos de más, por aplicación indebida de las cláusulas suelo (desde 2013). Así, se establece un sistema de reclamación previa a la vía judicial, de carácter voluntario para el consumidor, durante el cual, las partes no podrán ejercitar acciones judiciales ni extrajudiciales, hasta que no exista una resolución a este sistema de reclamación previa.

1.6. Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario

A raíz de toda la legislación anterior, además de las distintas sentencias de los distintos órganos jurisdiccionales, desde la Sentencia de 9 de mayo de 2013, surge la Ley 5/2019, con el fin de proteger al consumidor, prestatarios, garantes o fiadores, todos ellos, personas físicas.

Se analizará en profundidad en un epígrafe del trabajo.

2. CONTROL DE INCORPORACIÓN, DE CONTENIDO Y CONTROL DE TRANSPARENCIA.

Es evidente la relación entre la protección de la formación del consentimiento contractual y los deberes de información que, tanto doctrina como jurisprudencia, atribuyen a los **controles de incorporación y transparencia**, calificándolos como controles que recaen sobre el consentimiento prestado por el adherente, como **controles de validez** e incluso, llegando a sustituir el consentimiento contractual como fuente de validez de las cláusulas por el cumplimiento de los deberes de incorporación y de transparencia por parte del predisponente.

En cualquier caso, hablar de control de validez puede tener distinto significado según se adopte una postura doctrinal o jurisprudencial. No es

posible hablar de una doctrina mayoritaria con relación a la concreción de la naturaleza y la finalidad de los controles de incorporación y de transparencia.

Si se aceptase la tesis de ALFARO¹⁰ sobre que el consentimiento contractual se ajusta a los elementos esenciales del contrato y las condiciones generales son impuestas (por afectar a elementos no esenciales), ya se reconoce el valor negocial a la voluntad del adherente, siempre y cuando el objeto de las cláusulas es elemento esencial. Así, puede contradecirse con la postura que se adopte en cuanto a naturaleza y función de los controles de incorporación y transparencia. Esto es debido a que una parte de la doctrina jurisprudencial ha llegado a negar casi en su totalidad el valor negocial de la voluntad en los contratos de adhesión con consumidores, afectando así al consentimiento recaído sobre los elementos esenciales del contrato cuando hablamos de control de transparencia¹¹.

2.1. Control de incorporación.

Advierte CARRASCO que el consentimiento será válido para los supuestos en que una de las partes no intervino en negociación alguna, de tal forma que “consintió someterse” y también será válido cuando una de las partes no procedió a la lectura del contrato, limitándose a firmar lo que la otra parte estipuló en este; especificando que el sometimiento de la otra parte no impide que se tenga por válido, con la excepción de la contratación por adhesión, donde al aplicarse condiciones generales o cláusulas predispuestas, deben cumplir las exigencias previstas para su efectiva incorporación a los contratos para entenderlo perfeccionado siguiendo lo dispuesto en el art. 1262 CC (concurso de oferta y aceptación)¹². Todo ello tiene su argumento legal, además, en los arts. 5 y 7 LCGC y 80.1.b) TRLGDCU que vienen a decir que la

¹⁰ ALFARO ÁGUILA-REAL, J. Cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato. BLOG Almacén de Derecho. Disponible: <https://almacenederecho.org/clausulas-predispuestas-describen-objeto-principal-del-contrato/>

¹¹ DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M.I. El consentimiento en la contratación por adhesión. Control de transparencia y Dolo in contrahendo. Valencia. Ed. Tirant Lo Blanch, 2019. Pp. 85-86.

¹² CARRASCO PERERA, A, Derecho de Contratos, 2ª ed. Pamplona. Aranzadi, 2017. Pp. 138 y ss.

integración de las condiciones generales en un contrato dependerá de su aceptación por el adherente, sin que pueda entenderse producida la aceptación si el predisponente no informó de la existencia de estas condiciones y no hubiese proporcionado al adherente una copia de ese clausulado, si bien, su incumplimiento dependerá de la cláusula o cláusulas afectadas.

Ahora bien, la aplicación del control de incorporación no se encuentra tan limitado como ocurre con el control de contenido (art. 4.2 Directiva 93/13/CEE), por lo que toda condición general o cláusula predispuesta en la contratación por adhesión puede ser sometida al control de inclusión. Con todo ello, en caso de que una cláusula predispuesta o condición general no supera este control, debe plantearse el alcance prestado por el adherente, sin perjuicio de la nulidad relativa del contrato para que pueda subsistir tras la declaración de no incorporación o nulidad de la cláusula cuestionada. Además, el art. 10 LCGC establece que la no incorporación de condiciones generales o su declaración de nulidad provocará la ineficacia parcial del contrato, si puede subsistir en el tiempo a pesar de la desaparición de aquellas, que se establecerá mediante sentencia.¹³

Hay autores como ALFARO que dicen que las condiciones generales son impuestas y que, por ello, la función de los requisitos de incorporación es de publicidad en fase precontractual o de formación del contrato garantizando al adherente el conocimiento del contrato y su clausulado. Ahora bien, en fase de ejecución del contrato los requisitos de inclusión pretenden garantizar que el adherente conozca al detalle las condiciones generales a la hora de su aplicación. Así, continua el autor, el cumplimiento de los requisitos de inclusión por parte del predisponente resulta absolutamente insuficiente para legitimar que el adherente está consintiendo, legitima suficientemente aquellas cláusulas que, por escoger una de entre las regulaciones que resultan conformes con la buena fe, deben considerarse válidas¹⁴.

¹³ DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M.I, Op. Cit, pp. 86 y ss.

¹⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, J. Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales. Madrid. Civitas, 1991, pp. 196 y ss.

Otro sector doctrinal, encabezado por PERTÍÑEZ entiende que el fin último de los criterios de inclusión es que el consumidor tenga conocimiento de que el contrato se encuentra regulado por cláusulas predispuestas y que tenga la posibilidad de conocimiento de su contenido, siguiendo la tesis de ALFARO al distinguir entre elementos esenciales (que recae sobre el consentimiento) y las cláusulas sobre elementos no esenciales (impuestos), tratando de que conozca y entienda la cláusula del contrato a través de los requisitos de incorporación, no garantiza el consentimiento pleno del consumidor del contenido de las cláusulas predispuestas unilateralmente por el empresario, pues de esta manera no se entendería su ulterior sometimiento al control de abusividad¹⁵.

En definitiva, el control de incorporación es de aplicación a cláusulas vinculadas con elementos esenciales como las que regulan elementos no esenciales, pero, en todo caso, el requisito de imposición debe vincularse a la libertad de contratación del adherente, distinguiendo entre imposición y voluntad del adherente sobre un contrato predispuesto. Sea como fuere, la jurisprudencia ha equiparado las situaciones de imposición con la de ausencia de negociación, siguiendo lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 93/13 y recalcado en la STS 9 de mayo de 2013¹⁶, “se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión”. Con todo, imponer condiciones generales no viene determinada por la ausencia de consentimiento, sino por la falta de negociación.

Además, con la creación del “control de transparencia” como “doble filtro de transparencia” se confirma la admisibilidad de la aplicación del control de incorporación a las cláusulas referidas a los elementos esenciales porque “el control de transparencia, como parámetro de abstracto de validez, cuando se

¹⁵ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F en CÁMARA LAPUENTE, S (Dir.) Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores, Texto Refundido (RDL 1/2007). Madrid. Colex, 2011, pp. 697.

¹⁶ STS de 9 de mayo de 2013 (LA LEY 34973/2013).

proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tienen como objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica como jurídica¹⁷. Por ello, el control de incorporación se aplica a todo tipo de cláusulas predispuestas, mientras que el control de transparencia consiste en un control que se aplica en exclusiva a cláusulas que tratan sobre los elementos esenciales.

2.2. Control de contenido

MARTÍNEZ DE AGUIRRE¹⁸ establece que el control de contenido de las cláusulas no negociadas individualmente cuando se dan en contratos con consumidores se articula en tres niveles, de mayor a menor abstracción:

- a) Con carácter general el contenido debe responder a los principios de “buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas” (art. 80.1.c TRLGDCU).
- b) Se considera cláusula abusiva aquella estipulación no negociada individualmente y aquellas prácticas no consentidas expresamente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que se deriven del contrato (art. 82 TRLGDCU).
- c) Se consideran abusivas las cláusulas contenidas en los artículos 85 a 90 del TRLGDCU (por remisión del art. 82.4), por vincular el contrato a voluntad del empresario, limitar los derechos del consumidor, se dé falta de reciprocidad en el contrato, impongan al consumidor garantías desproporcionadas o la carga de la prueba indebidamente, sean desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato o contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

¹⁷ STS de 9 de mayo de 2013, Op. Cit.

¹⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., Op. Cit. Pp. 423-427

Se pregunta el autor acerca de si pueden ser objeto del control de contenido aquellas cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato (cosa o servicio, precio y la relación entre ellos). La Directiva 93/13 en su art. 4.2 establece que “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”. Se trata de una regla que no se ha transpuesto de forma expresa a nuestro Derecho interno, generando dudas a la hora de su aplicación en los Juzgados y Tribunales Españoles. Es razonable entender, conforme a lo establecido en la Directiva que las cláusulas que contienen los elementos esenciales del contrato, aunque puedan ser consideradas como condiciones generales no negociadas individualmente (STS de 9 de mayo de 2013) no son susceptible de un control de contenido como el establecido para las cláusulas abusivas (cfr. SSTS de 18 de junio de 2018 y 9 de mayo de 2013). Sin embargo, quedan sujetas a un doble control de inclusión y de transparencia (arts. 5 y 7 LCGC y 80.1 TRLGDCU, respectivamente), que en este caso debe permitir al consumidor comprender la importancia real de la cláusula en el desarrollo razonable del contrato.

En este aspecto, el autor siguiendo a CÁMARA, afirma que, en síntesis, el Tribunal Supremo ha pasado de entender que la falta de transparencia de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato desemboca en una abusividad directa, al encontrar un fundamento genérico o presunto del desequilibrio que causa la falta de transparencia (en sentencias de 2015 se fundamenta en la privación de comparar las diferentes ofertas del mercado) para pasar a una abusividad ponderada como establece el TJUE, de tal forma que, cabe un control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación si no es transparente.

En resumen, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el control de transparencia es un parámetro de validez abstracto, que se funda en los deberes especiales de información precontractual que corresponden al predisponente y que es distinto de la evaluación del consentimiento propia de

la acción de anulabilidad por error-vicio y que, a partir de 2017 se transforma una transparencia objetiva basada en ese deber de información precontractual en una transparencia subjetiva, centrándose en la evaluación de la comprensión y consentimiento de un concreto consumidor que aproxima falta de transparencia tanto a vicio de consentimiento como a falta de negociación.

Por su parte, el art. 83 TRLGDCU se modificó por Ley 3/2014 siendo su redacción en ese momento la siguiente: “Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”. Este precepto se ha visto modificado recientemente por la Instrucción de 13 de junio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que interpreta determinados aspectos de la redacción dada por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario que se analizará posteriormente.

2.3. Control de transparencia

Una parte de la jurisprudencia entiende que el contrato de adhesión es una modalidad contractual diferente del contrato por negociación y que su eficacia depende de que el predisponente cumpla los deberes especiales de incorporación y transparencia.

Con la STS de 18 de junio de 2012¹⁹, en materia de préstamo hipotecario y sobre la nulidad de un contrato con clausulado sobre intereses abusivos nos dice que: “la normativa de consumo, y particularmente la de contratación bajo condiciones generales, tiene una marcada función de configurar el ámbito contractual y, con ello, de incidir en el tráfico patrimonial”. Con todo ello, se puede considerar que otro de los elementos que caracterizan la contratación por adhesión es que las normas reguladoras de este tipo de contratos contienen medidas con un fin general, es decir, la protección del interés público.

¹⁹ STS de 18 de junio de 2012 (LA LEY 144032/2012).

Siguiendo esto con la STS de 9 de mayo de 2013, aparece por primera vez el concepto de **control de transparencia** que se aplica sobre las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato, considerándolo como “parámetro de abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del “error propio” o “error vicio”, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo”, es decir, un abandono de las tesis contractualistas en el enfoque de que la validez de las cláusulas no depende del consentimiento del adherente, sino que la validez de las cláusulas dependerán de distintos requisitos sobre el predisponente. En definitiva, el control de transparencia tiene como objetivo que el adherente “conozca o pueda conocer con sencillez la carga económica como jurídica del contrato” (fundamento jurídico duodécimo).

Existen numerosas sentencias del Tribunal Supremo, a destacar sobre todo desde el año 2017, que manifiestan la importancia de la información sobre los elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato²⁰.

Si bien que algunas sentencias desde ese periodo relegan de toda referencia al control de transparencia como parámetro abstracto de validez, ignorando toda referencia a la marginación del consentimiento del adherente, de tal forma que el control de transparencia se centra en garantizar la libre

²⁰ STS de 24 de noviembre de 2017 (LA LEY 163953/2017).

contratación al comprobar si el adherente comprendió de forma sencilla las cláusulas controvertidas “sin necesidad de un análisis minucioso y pormenorizado del contrato”²¹, afectando todo ello a la validez el consentimiento contractual por lo que se acepta lo que se pudo comprender.

Algunos autores, como PANTALEÓN, hablan de la existencia de hasta diez distintas tesis para hablar de la falta de transparencia contractual²², que resumidamente vienen a ser:

1. La falta de transparencia material de las cláusulas que se refieren a los elementos esenciales del contrato, aunque se trate de cláusulas predispuestas e impuestas por los empresarios a los consumidores, es una cuestión completamente distinta de la cuestión de la abusividad o el control de contenido de las condiciones generales de la contratación entre empresarios y consumidores.
2. Sobre la primera, en caso de consentimiento viciado del consumidor, debe jugar la autonomía privada (art. 1255 CC) debiendo el éste leer y comprender el clausulado. Sobre la segunda, una cuestión de irrelevancia jurídica del consentimiento del consumidor en un ámbito en el que no puede jugar justa y eficientemente y, por lo tanto, no debe jugar la autonomía privada.
3. Para la segunda cuestión parece que la respuesta adecuada es la nulidad de pleno derecho de la condición general abusiva, es decir, tenerla por no puesta, apreciable de oficio y sin plazo de caducidad para el ejercicio de la acción. Para la primera cuestión parece que una apreciación de oficio es inadecuada.
4. En la primera cuestión es inadecuado que el consumidor solo pudiera solicitar la anulación total del contrato pero que con la legislación vigente no hay por qué llegar a tal extremo.

²¹ SSTS de 8 de junio de 2017 (LA LEY 59486/2017) o 10 de abril de 2018 (LA LEY 25514/2018), entre muchas otras.

²² PANTALEÓN PRIETO, F. 10 tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato. Blog: Almacén de Derecho, disponible en: <https://almacenederecho.org/10-tesis-la-falta-transparencia-las-clausulas-referidas-los-elementos-esenciales-del-contrato> (12 de marzo de 2017).

5. La falta de transparencia material es un supuesto de dolo empresarial y por tanto de vicio del consentimiento con la existencia de maquinaciones insidiosas (art. 1269 CC). En este sentido opina también Alfaro Águila-Real.
6. La opinión de la doctrina, con carácter general, es que en caso de dolo grave el contrato debe ser anulado y, la parte que sufrió el perjuicio puede elegir si mantener o no la vigencia del contrato (art. 1270 CC).
7. En caso de haber sufrido esas maquinaciones insidiosas, se podrá indemnizar por daños y perjuicios a la parte lesionada.
8. Consecuencia de lo anterior es que la falta de transparencia sobre elementos esenciales del contrato el consumidor que quiera mantener la vigencia del contrato tendrá a su disposición la acción de dolo incidental (no apreciable de oficio, y extingible mediante confirmación y por caducidad) para conseguir que el resultado indemnizatorio.
9. La indemnización se podrá conseguir simplemente teniendo la cláusula no transparente por no puesta.
10. El art. 4.2 de la Directiva 93/13/CE no contraviene lo anterior porque dicho precepto no se pronuncia sobre la consecuencia jurídica de la falta de transparencia.

Ahora bien, existen sentencias que combinan la consideración del control de transparencia como parámetro abstracto de validez de las cláusulas predispuestas, la vigencia de la autonomía privada contractual acerca de los elementos esenciales en la contratación por adhesión y la ausencia de consentimiento contractual por el incumplimiento del deber de transparencia, tal y como recoge la STS de 29 de enero de 2018 en relación a la ya mencionada STS de 9 de mayo de 2013 al establecer el control de transparencia como un control de validez, al afirmar que: “incluso en los contratos de adhesión con consumidores, rige la autonomía de la voluntad de los contratantes respecto del precio y la contraprestación, esto presupone la plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, para lo cual es preciso que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las

condiciones de la contraprestación antes de la celebración del contrato. Como explica la doctrina, la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor. En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento”²³.

También existen otras sentencias previas, entre finales de 2015 y 2017 que aluden a la importancia de información previa con el fin de que el adherente pueda comparar las distintas ofertas contractuales y escoger la más beneficiosa, además de entender que el requisito de transparencia se caracteriza por ser un requisito de validez de las cláusulas predispuestas y excluyentes del consentimiento contractual como fuente de validez. En todo caso, este aspecto se tratará específicamente al hablar de la legislación vigente más moderna, con la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

3. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA: EVOLUCIÓN

El Tribunal Supremo considera que las cláusulas suelo pueden considerarse abusivas si no superan un “**doble control de transparencia**”, tal y como se recoge en la STS de 9 de mayo de 2013. Así, se distingue entre dos clases de controles, uno previsto en la Ley sobre Condiciones generales de la Contratación (LCGC) donde la no superación implica la no incorporación de la cláusula al contrato (arts. 5 y 7 LCGC) y, además, el Tribunal Supremo considera que las cláusulas relativas al objeto principal del contrato están sujetas, además de a este control, a uno abstracto de validez de la cláusula recogido en el art. 80.1 TRLGDCU.

²³ STS de 29 de enero de 2018 (LA LEY 1075/2018).

3.1.2013: El origen del control de transparencia. STS de 9 de mayo

La STS de 9 de mayo de 2013 configura el doble control de transparencia en el Fundamento de Derecho n.º 12, ap. 209 y ss., de forma exclusiva para contratos con consumidores.

El art. 80.1 TRLGDCU viene a recoger que en contratos con consumidores en los que se utilicen cláusulas no negociadas, deben recoger los requisitos de “a) *Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...];* b) *Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido*”.

La transparencia documental de la cláusula requiere que el documento que recoja cierta información que permite al consumidor percibir que se trata de una cláusula sobre el objeto principal del contrato, pudiendo incidir o haciéndolo en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonable completo de cómo afecta a la ejecución y cumplimiento del contrato.

En definitiva, siguiendo el IC 2000, el principio de transparencia existe “para garantizar que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para tomar su decisión con pleno conocimiento de causa”²⁴. En este sentido, la STJUE de 21 de marzo de 2013 (Caso RWE Vertrieb AG) en su apartado 49 viene a establecer, con referencia a una cláusula que permite modificar al profesional unilateralmente el coste del servicio contratado destacaba que debía exponerse de forma transparente, de tal forma que “el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste”²⁵.

Con todo ello, el Tribunal Supremo destaca dos ideas básicas, por un lado, que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula

²⁴ Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de Abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (IC 2000). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52000DC0248&from=ES>

²⁵ STJUE de 21 de marzo de 2013, C-92/2011 (LA LEY 16295/2013).

aisladamente considerada y que exige la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, no es suficiente para evitar el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del contrato, si no es transparente. La segunda idea es que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato. Sobre esta última idea, la Ley 5/2019, refuerza la protección al consumidor en este aspecto con un refuerzo del papel del notario, como se analizará posteriormente.

Sobre este aspecto, una parte de la doctrina encabezada por CARRASCO²⁶, opina que estamos ante una sentencia singular no por el enjuiciamiento de las cláusulas suelo, sino por el propio control de transparencia, autónomo del control de inclusión (arts. 5 LCGC y 80.1.b) TRLGDCU) y de abusividad (arts. 82 y ss. TRLGDCU) y que tampoco es susceptible de control por error vicio del art. 1266 CC. Opina este sector doctrinal que se trata de una sentencia que en principio solo sería relevante para las cláusulas suelo en contratos de financiación con consumidores, ha pasado a serlo en cualquier ámbito contractual que utilice condiciones generales, debiendo cumplir por ello, los requisitos de incorporación y no abusividad y debiendo ser “sustancialmente” transparentes, de forma que sea posible “un control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato”.

Sobre la tesis de transparencia sostienen que el Tribunal Supremo lo hace con numerosas incertidumbres, formulando las siguientes preguntas: “¿es la cláusula suelo un elemento esencial del contrato como considera el Tribunal Supremo? ¿Son condiciones generales las que definen el objeto del contrato? ¿Cabe o no cabe control sobre elementos esenciales del contrato? ¿O sólo cabe control de cláusulas que regulan elementos esenciales cuando las

²⁶ CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E. “El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación» en Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 7, 2013, p. 164-183. Disponible en: <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/357>

mismas no son «sustancialmente» transparentes? ¿Se aplica el test de transparencia a toda condición general sea o no aplicada a consumidores? Y, por cierto, ¿cabe un control de transparencia de oficio? Además, opinan que con esta sentencia de 2013 no se van a aclarar los litigios, sino que con la creación de distintas reglas basadas en valoraciones para el caso en concreto producirá resultados impredecibles en futuras resoluciones judiciales en un ámbito que requiere una especial seguridad jurídica, tanto por el sector bancario como por el hecho de la contratación con consumidores.

Otro de los argumentos que sostienen es que la nulidad por falta de transparencia sustancial carece de fundamento legal en el sentido que la normativa utilizada no se ha aplicado de forma correcta y por ello, no se puede concluir, por falta de argumentación, si las cláusulas suelo no son sustancialmente transparentes, incurriendo en desequilibrio y, por tanto, en abusividad. Se cuestionan si al no ser transparentes entonces hay abusividad *per se*, sin que sea preciso analizar que hay abusividad por desequilibrio censurable en base al art. 82.1 TRLGDCU. Así, concluyen en este aspecto que, si el Tribunal quiere decir eso, se debe descartar la abusividad de la cláusula suelo conforme al precepto mencionado.

Otro aspecto cuestionado es la falta de consecuencias por la inexistencia de transparencia sustancial de la cláusula incorporada, donde en un primer momento se considera que su consecuencia por someterse al control de abusividad no está excluido con respecto a cláusulas sustanciales incorporadas no transparentes (art. 4.2 Directiva 93/13/CEE). En todo caso, la resolución no explica cuál es la norma legal en la que se funda para declarar la nulidad de las cláusulas suelo, incluso admitiendo que las cláusulas sustanciales incorporadas al contrato que no son transparentes en sí mismas, están sujetas a control de abusividad. La realidad nos dice que, descartado el carácter abusivo de la cláusula, más allá del error vicio, no hay ninguna otra norma que permita fundar la nulidad de la cláusula.

Otro sector doctrinal encabezado por PERTÍÑEZ²⁷ y con el antecedente de la STJUE de 3 de junio de 2010 (Asunto C-484/94), nos dice que el control de cláusulas relativas al objeto principal del contrato debe ser un control de transparencia, si bien, los requisitos de claridad y comprensibilidad son poco importantes debido a que a pesar de cumplir esos dos requisitos puede provocar una expectativa errónea del consumidor sobre la oferta. Continúa diciendo que la mayor protección que puede conferir el ordenamiento español a un consumidor y con relación a cláusulas sobre el objeto principal del contrato no debe consistir en cambiar un control de transparencia por un control del equilibrio del precio, sino en permitir ir más allá de lo previsto en el art. 4.2 de la Directiva, en el sentido de la existencia de transparencia de forma que las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no eludan el control de contenido por su redacción clara y comprensible, sino que puedan ser consideradas abusivas, por perjudicar al consumidor, consistente en alterar el valor de la oferta en el mercado, tal y como pudo legítimamente haber sido percibida por éste.

Añade que la falta de transparencia que se denuncia de los contratos entre consumidores y entidades bancarias no es la transparencia interna de la cláusula (claridad o comprensibilidad) sino a la incidencia que haya podido tener la inclusión de dicha cláusula en la defraudación de la expectativa legítima del consumidor sobre la oferta, es decir, sobre el tipo de interés que se creía estar contratando.

Este sector doctrinal dice que “cuando se trata de la transparencia de los elementos esenciales, no está en juego solamente la claridad y la comprensibilidad de las palabras, sino el significado y el valor de la oferta en el mercado”. La falta de transparencia se equipara con el engaño que supone para el consumidor la inclusión de la cláusula suelo, faltando la información precontractual y a la que se le dio poca importancia, dejándolo en un segundo plano, pudiendo ser decisivo en la decisión de contratar o no hacerlo.

²⁷ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”. InDret, Julio de 2013. Disponible en: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/995.pdf>

Por ello, concluye PERTÍÑEZ que la cláusula suelo podría ser lícita si la entidad bancaria hubiera informado de forma suficiente y previa a la celebración del contrato al consumidor. La sentencia establece unos umbrales exigentes en la obligación de transparencia y, esto se debe, a la exigencia para la validez de la cláusula que se hubiera proporcionado al consumidor “simulaciones de escenarios diversos relacionados con el escenario razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar o el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad”. Incluso debe proporcionarse información sobre “el comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo”.

Bien es cierto que el autor critica que la sentencia no acierta al establecer el fundamento normativo de la obligación de transparencia, hacer alusión al art. 80.1 TRLGDCU implica al menos, dos errores, como son que el precepto mencionado impone unos requisitos de transparencia superiores a los previstos en el art. 5 LCGC al ser normas coincidentes y redundantes y, el ámbito de aplicación del texto refundido de consumidores es el de todas las cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores. Aplicar el doble filtro de transparencia en base al art. 80.1, no solo se aplicaría a las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, sino en general a todas las cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores, lo que llevaría al absurdo de convertir el refuerzo de la transparencia en la regla general exigible respecto de las cláusulas económicas y jurídicas.

Ahora bien, se podría incluir el control de transparencia dentro del art. 60 TRLGDCU, porque es donde se recoge la información previa al contrato y, por tanto, donde se puede deducir el deber general de información previa a la celebración de un contrato y sobre las características esenciales de los bienes o servicios objeto de este, así como su precio. En este sentido, podría incluirse también el control de transparencia dentro de las previsiones del art. 20 del mismo texto legal, al regular la información necesaria para la oferta comercial de bienes o servicios. Estos dos preceptos en relación a la declaración de nulidad de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato por falta de transparencia podrían considerarse el resultado natural del incumplimiento de

esos deberes generales de información, cuando el empresario trate de incorporar al contrato cláusulas que debían haber sido informadas al consumidor en la fase precontractual por este deber, ya que la defraudación sobre el precio y su contraprestación mediante la inclusión de condiciones generales es difícil de reconducir al carácter esencial del art. 1266 CC y que, por ende, el consumidor no está interesado en la nulidad total del contrato.

En definitiva, el control de transparencia de las cláusulas relativas al objeto principal se entiende de una manera amplia que implica el deber de claridad y comprensibilidad, el supuesto de hecho de las omisiones engañosas se relaciona con la declaración de abusividad por un defecto de transparencia sobre el objeto principal del contrato, cuando mediante una condición general incorporada al contrato siguiendo los requisitos del art. 5 LCGC, se defina el precio y/o la contraprestación de una forma que debía haber sido conocida previamente a la celebración del contrato y, por ello, podría haber influido en aceptar o no ese contrato.

Sobre este aspecto, ya señalaba ORDUÑA, como recoge DE CASTRO²⁸, que es preciso dar nuevas respuestas, un tanto creativas y adaptadas a la nueva realidad contractual, necesaria y aceptada, pero que con tal de que su dinámica no nutra un constante enriquecimiento injustificado de los predisponentes a causa de los “muchos pocos” que sustraen a los adherentes, quien por falta de conocimiento, tiempo y medios puedan evitarlo. En este sentido, no será hasta 2019 cuando se puedan plasmar estas ideas de protección hacia el adherente (consumidor).

En el año 2014 nos encontramos con dos sentencias, una a nivel comunitario, la STJUE de 30 de abril de 2014²⁹ Con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014³⁰. En ambas se viene a decir que el

²⁸ DE CASTRO VÍTORES, G. Reflexiones de actualidad acerca del desequilibrio contractual y cláusulas abusivas, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario n.º 746, p. 2852.

²⁹ STJUE de 30 de abril de 2014, C-26/2013 (LA LEY 46630/2014).

³⁰ STS de 8 de septiembre de 2014 (LA LEY 143790/2014).

control de transparencia, siguiendo a ORDUÑA³¹, responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente en orden a la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales.

Siguiendo a ORDUÑA, debe concluirse según lo anterior que “el control de transparencia, como parte del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo sobre la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada”³². Este planteamiento es el que se recoge en la STJUE de 30 de abril de 2014, cuando al resolver la cuestión prejudicial establece que: “el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo”.

³¹ ORDUÑA MORENO, F.J. (2015) en LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. *Ponencias XV Valladolid (Noviembre 2015) sobre Responsabilidad Civil y Derecho de Circulación*. Madrid. Sepín. 2015, pp. 387 a 407.

³² ORDUÑA MORENO, F.J., Op. Cit.

Por su parte, la STS de 8 de septiembre de 2014 se refiere a la tutela preventiva que deben realizar los Notarios pudiendo realizar un control de legalidad respecto a la eventual abusividad del clausulado, siempre en favor de la protección del consumidor y usuario (FJ 2º, ap. 9).

3.2.2015: El año del “cambio en el control de transparencia”

Ya en el año 2015, la STS de 25 de marzo³³ empieza a crear debate sobre el control de transparencia, donde en la sentencia se dice en repetidas ocasiones que la falta de transparencia no es motivada por la oscuridad interna de la cláusula concreta, sino por la insuficiencia de información remitiéndose a la sentencia de 9 de mayo de 2013 (falta de información suficientemente clara de un elemento definitorio del objeto principal del contrato – párrafo 225).

En esta sentencia de 2015, encontramos el voto particular del magistrado ORDUÑA MORENO, al que se adhiere también O'CALLAGHAN MUÑOZ valorando el control de transparencia en las condiciones generales como figura sujeta a elaboración o desarrollo jurídico y, por otra parte, la apreciación del control de transparencia y razón de la ineficacia derivada por el ejercicio de la acción individual de impugnación. Cabe advertir que con esta sentencia se fija doctrina con respecto a la STS de 9 de mayo de 2013 declarando como abusiva la cláusula suelo que afecte a un contrato de préstamo con interés variable, siendo necesario restituir los intereses que se hubieran pagado desde la aquella.

Centrándome ya en el voto particular, discrepa de la sentencia en sí y opinan los magistrados que el mismo sirve como estudio y análisis de las consecuencias derivadas del control de transparencia.

Se debe puntualizar que el control de transparencia de la sentencia de 8 de septiembre de 2014 se configura “como un previo y especial deber contractual del predisponente en orden a la comprensibilidad real, en el curso de la oferta comercial y reglamentación seriada, de las consecuencias económicas y jurídicas que se deriven a cargo del consumidor adherente”,

³³ STS de 25 de marzo de 2015 (LA LEY 30006/2015)

donde en sentencias anteriores, “conforme a la naturaleza y función del fenómeno de las condiciones generales, su clave interpretativa o fundamento técnico consistente en un modo de contratar claramente diferenciado del contrato por negociación y, por tanto, con un régimen y presupuesto causal propio y específico”.

En este contexto, esta sentencia hace “una remisión en bloque a la fundamentación dada en la STS de 9 de mayo de 2013 y, en una vaga e indeterminada mención a la buena fe y sin analizar profundamente la contratación seriada, la necesaria conexión con la naturaleza y alcance de la figura o instrumento jurídico del control de abusividad y su ineludible proyección respecto de la naturaleza de la acción que realmente se ejercita y los concretos bienes e intereses que se tutelan, esto es, con necesaria referencia a su plasmación en el marco de la acción individual de impugnación que ejercita el consumidor y la tutela de sus específicos derechos”.

Continúa diciendo que el control de abusividad es un control de eficacia de la reglamentación predispuesta y, por ello, de la ineficacia que pueda derivarse. De esta forma, el control de abusividad opera como un control de legalidad propio, proyectado en orden a la idoneidad de la reglamentación predispuesta en parámetros de equilibrio prestacional y de transparencia real. Por tanto, ese control de abusividad es necesario en orden a valorar la reglamentación predispuesta en el “momento de celebración del contrato”, como concluye diferente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencias de 21 de febrero, 14 de marzo de 2013 y 16 de enero de 2014).

Por todo lo anterior, el control de transparencia, previsto en los arts. 5 de la Directiva 93/13, 5.5 y 7.b) LCGC y 80.1.a TRLGDCU opera como un control de legalidad, donde se comprueba que la cláusula predispuesta tiene una comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas del producto o servicio que se va a contratar y que, éste, conozca la onerosidad o “sacrificio patrimonial” que le supone, así como la posición jurídica en la que se

encontraría con la celebración del mismo (STS de 26 de mayo de 2014, núm. 86/2014). En el ejercicio de acciones individuales, la consecuencia de la nulidad implica la devolución de cantidades ya pagadas con efectos *ex tunc*, es decir, desde el momento de la perfección del contrato predispuesto.

Esa última conclusión se motiva en la naturaleza y función de los elementos que determinan el régimen de eficacia y de la contratación seriada, es decir, por la naturaleza y función del propio fenómeno de las condiciones generales, del control de abusividad y de la acción ejercitada, siempre en relación con la función protectora que los ampara.

En definitiva, el tratamiento de las situaciones de ineficacia contractual es complejo a la hora de su fundamentación jurídica, y sobre todo en aquellos supuestos que se derivan del control de transparencia, siendo necesario delimitar su concreción jurídica.

Por último, cabe decir que desde la STS de 9 de mayo de 2013, y en posteriores sentencias, se da un conocimiento general del alcance de la cláusula suelo haciendo que sea menos desconocida para el consumidor, si bien, el consumidor puede conocerla a través de esta publicidad, de tal forma que se da un control de transparencia poco formal pero importante a los efectos de comprobar su validez y eficacia, sin alterar la proyección del principio de buena fe, como fundamento de los deberes de configuración contractual a cargo del predisponente.

3.3.2016: Nuevo debate, ¿es aplicable el control de transparencia a profesionales?

A todo lo anterior se suma un nuevo debate en relación con los contratos donde las partes sean no consumidores y/o usuarios, es decir, empresarios o profesionales. Por ello, a raíz de la STS de 3 de junio de 2016³⁴, se viene a aclarar, siguiendo a AGÜERO ORTIZ³⁵, una cuestión que las Audiencias

³⁴STS de 3 de junio de 2016 (LA LEY 59016/2016).

³⁵AGÜERO ORTIZ, A. El control de transparencia tan solo es aplicable a consumidores, no a empresarios ni profesionales. Comentario a la STS (Sala de lo Civil) de 3 junio de 2016 (JUR 2016\128769). Disponible en <http://blog.uclm.es/cesco/files/2016/06/El-control-de-transparencia-tan-solo-es-aplicable-a-consumidores-no-a-empresarios-ni-profesionales.pdf>

Provinciales resolvían de forma distinta respecto a la posibilidad de someter el control de transparencia sobre cláusulas suelo sobre contratos entre profesionales o empresarios, no consumidores.

En un primer momento, la STS de 9 de mayo de 2013 aclaró que el control de incorporación de las condiciones generales es de aplicación a cualquier cláusula contractual que tenga dicha consideración con independencia de que el adherente sea consumidor, con independencia de que el adherente sea consumidor, pero que, por el contrario, el control de abusividad queda restringido a la contratación con consumidores. Por lo tanto, ese control de abusividad no será de aplicación para aquellos contratos en los que las partes sean empresarios no consumidores.

Dice AGÜERO los parámetros de abusividad para la contratación con consumidores no son aplicables a la contratación con profesionales, debiendo recurrir a los principios de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones para apreciar la eventual existencia de un abuso contractual en estos negocios. Así, concluye siguiendo lo dispuesto en los arts. 1258 CC y 57 del Código de Comercio que son contrarias a la buena fe aquellas condiciones generales “que supongan un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente”. Es decir, deben ser abusivas y/o contrarias a la buena fe, aquellas cláusulas que comporten una regulación contraria a la legítima expectativa que el adherente pudo tener conforme a lo establecido en el contrato, como consecuencia de un posible abuso de la posición dominante del predisponente.

Respecto a la buena fe, advierte PERTÍÑEZ³⁶ que el recurso a la buena fe del art. 1258 CC es la vía más adecuada para “expulsar de los contratos de

³⁶ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. Buena fe ex art. 1258 CC y nulidad de las cláusulas suelo sorprendivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios. Reflexiones en torno a la

adhesión entre empresarios aquellas cláusulas no negociadas, que por una falta de transparencia en su inclusión en el contrato supongan una frustración de las expectativas legítimas del adherente respecto del contenido del mismo, como puede ser el caso de las cláusulas suelo en cuanto que ésta suponga una alteración significativa del precio del préstamo que legítimamente creía haber consentido el prestatario”.

Por su parte, CÁMARA³⁷ en un comentario a la contratación con condiciones generales en base a esta STS de 3 de julio de 2016, viene a decir que el TS se ha dejado llevar por la relación entre la falta de transparencia y el carácter abusivo directo, en vez de reconducir ese control al de incorporación y, limitando esta doctrina jurisprudencial a los consumidores y, por tanto, excluyendo a los empresarios (cfr. FJ. 4º).

Precisa CÁMARA que conviene hacer dos apuntes sobre la sentencia, donde, de una parte, la decisión de la mayoría de los magistrados discrepa uno en voto particular donde se sostiene que el control de transparencia debe reconducirse al de incorporación y, por tanto, aplicarse también a contratos entre empresarios, concluye sobre esto, que el debate continúa.

De otra parte, es la propia sentencia la que abre la puerta a un control de las cláusulas en contratos entre empresarios fundamentándose en normas del Código Civil, pero “demuestra con el resultado final lo difícil que es obtener un control parecido a partir de un sistema legal que parte de la negociación (Código civil) y cuya cláusula general de buena fe contractual (1258) no estaba diseñada para ello”.

Concluye CÁMARA diciendo que notarios y registradores están llamados a velar por el control de las cláusulas abusivas en favor del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Para ello, se fundamenta en la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado (renombrada como Dirección

STS, 1ª, 3 junio 2016. Disponible en: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1266_es.pdf

³⁷ CÁMARA LAPUENTE, S. Control de cláusulas predisuestas en contratos entre empresarios. BLOG Almacén de Derecho. Disponible en: <https://almacenederecho.org/control-clausulas-predisuestas-contratos-empresarios>

General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en el año 2020) de 10 de febrero de 2016³⁸ y, viene a negar la aplicación del control de transparencia “sustantiva” en relación con intereses remuneratorios excesivos en un préstamo hipotecario a una sociedad mercantil cuyo administrador único hipotecó su vivienda habitual en garantía de devolución del préstamo. En definitiva, hay que analizar en qué condición se contrata un préstamo, si como consumidor o como empresario, como es este supuesto.

Sobre este aspecto, en el año 2018, FERNÁNDEZ BENAVIDES³⁹ dice siguiendo a la doctrina encabezada por ORDUÑA, el 13 de febrero de ese mismo año, tuvo lugar la toma en consideración de la Proposición de Ley de impulso de la transparencia en la contratación predispuesta, proposición que aborda una serie de reformas legales, como en el TRLGDCU, LCGC, Ley del Mercado de Valores o Ley del Seguro.

En todo caso, FERNÁNDEZ se centra en la reforma de uno de los aspectos de la tesis defendida por ORDUÑA, donde pretende introducirse un nuevo artículo 6 bis a la LCGC bajo la rúbrica de “Control de transparencia” y cuyo contenido se resume en tres aspectos: primero, las cláusulas predispuestas ya incorporadas al contrato quedan sujetas al control de transparencia, aplicable de oficio por los jueces y tribunales; segundo, el control de transparencia podrá extenderse a la contratación entre empresarios (siendo el empresario quien acredite el carácter predispuesto de las cláusulas) y, por último; el control de transparencia, tanto para consumidores como empresarios, se realizará conforme al régimen previsto en el TRLGDCU.

En definitiva, dice este autor que “se trataría de ofrecer, en materia de transparencia de condiciones generales, un régimen normativo sustancialmente similar para los consumidores y las empresas. Eso sí, con ciertos matices,

³⁸ Resolución de 10 de febrero de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. BOE de 10 de marzo de 2016. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2016/03/10/pdfs/BOE-A-2016-2432.pdf>

³⁹ FERNÁNDEZ BENAVIDES, M. El penúltimo debate sobre control de transparencia (en contratos entre empresarios). BLOG Hay Derecho-Expansión. Disponible en: <https://hayderecho.expansion.com/2018/02/23/penultimo-debate-control-transparencia-contratos-empresarios/>

dado que en el caso de los empresarios el control se realizaría a instancia de parte, y previa acreditación del carácter predispuesto del clausulado (requisito éste que puede traer consigo interesantes consecuencias en materia de prueba)". Se busca proteger a la "parte débil" de la relación jurídica, con independencia de que sea empresario o consumidor.

Concluye FERNÁNDEZ que el nivel de protección hacia el empresario no puede asemejarse al que disfrutaban los consumidores y usuarios porque las empresas adherentes de condiciones generales disponen de sus propios mecanismos legales de protección tendentes a evitar los posibles abusos que puedan llegar a existir.

3.4.2017: El TS adopta la posición del TJUE

Siguiendo el orden cronológico, a finales del 2016, encontramos un giro en la jurisprudencia comunitaria y, por tanto, con afección a la jurisprudencia nacional, al tener como procedencia un órgano supranacional, y así, el 21 de diciembre de 2016, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (C-154/2015)⁴⁰, rechazando la doctrina del Tribunal Supremo español que limitó en la STS de 9 de mayo de 2013 los efectos restitutorios a las cantidades pagas indebidamente en aplicación de la cláusula considerada como abusiva. Esta limitación viene a equivaler a una privación, con carácter general a todo consumidor que haya celebrado, antes de 2013, un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula. La obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes indebidos genera el correspondiente efecto restitutorio de esos importes.

En definitiva, esta sentencia comunitaria de diciembre de 2016 viene a fallar, "interpretando el art. 6.1 de la Directiva 93/13 en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional, que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del

⁴⁰ STJUE de 21 de diciembre de 2016, C-154/2015, (LA LEY 179803/2016).

art. 3.1 de la Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, ajustando los efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión”.

Esta STJUE determina el deber de restitución al consumidor, buscando proteger la insuficiente protección del consumidor por parte de los tribunales españoles, así como disuadir a la banca de nuevos excesos.

Sobre este aspecto ALFARO⁴¹ considera que el TJUE entiende que, si una cláusula predispuesta que regula el objeto principal del contrato es intransparente, hay que examinar, a continuación, si es abusiva y, en caso de que lo sea, declararla no vinculante. Opina el autor que “es absurdo y sólo se justifica sobre la base de un argumento a contrario extraído del art. 4.2 de la Directiva, en concreto, cuando dice que no hay control de contenido (de “abusividad”) de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato “siempre que” estén redactadas de forma clara y comprensible lo que significaría que si no son transparentes, entonces no se aplicaría la exención del control del contenido que constituye el contenido de la norma del art. 4.2. El TJUE no puede extender la consecuencia jurídica a las cláusulas predispuestas que regulan el objeto principal del contrato sin mayor justificación”.

Si el consumidor no tiene ningún perjuicio económico (que no jurídico), como consecuencia de esa falta de transparencia la cuestión no debe plantearse. En definitiva, es necesaria que esa falta de transparencia “decepcione” al consumidor, es decir, que provoque que la ejecución del contrato no se corresponda con las expectativas razonables a la hora de su celebración. Además, si la falta de transparencia es inocua en términos económicos o beneficia al consumidor, es absurdo hablar de una cláusula predispuesta con falta de transparencia en el sentido de la Directiva.

⁴¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J. Más teoría y menos literatura en el análisis del Derecho. BLOG Almacén de Derecho. Disponible: <https://almacenederecho.org/mas-teoria-menos-literatura-analisis-del-derecho>

En nuestro derecho, siguiendo a CÁMARA y como recoge ALFARO, ha de entenderse que la consecuencia jurídica es la no incorporación de la cláusula al contrato, es decir, la misma que en el caso del carácter abusivo.

Siguiendo el orden cronológico, una de las importantes consecuencias de esta sentencia del TJUE de finales de 2016, es la aprobación del Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, como ya se mencionó anteriormente en este trabajo. Esta norma, resumidamente, viene a intentar facilitar la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor con relación a determinadas cláusulas suelo, que se entienden abusivas por su falta de transparencia siempre que se den en contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria, como se recoge en los requisitos de aplicación. En definitiva, se viene a establecer un proceso extrajudicial para resolver con rapidez las reclamaciones de los consumidores, siendo un proceso voluntario para el consumidor y obligatorio para la entidad financiera cuando lo solicite el cliente, debiendo resolverse en un máximo de tres meses.

Ya con la STS de 24 de febrero de 2017⁴², el Tribunal Supremo adopta la doctrina comunitaria establecida en la STJUE de finales del año 2016. De esta forma y, siguiendo a PERTIÑEZ⁴³, se modifica la doctrina jurisprudencial de las SSTS de 9 de mayo de 2013 y 25 de marzo de 2015, motivada por la primacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional y por el carácter vinculante de las sentencias del TJUE resolviendo cuestiones prejudiciales.

Por ello, esta nueva sentencia dispone: “procede modificar la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo, toda vez que la citada STJUE de 21 de diciembre de 2016 ha considerado que:

a) La limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó

⁴² STS de 24 de febrero de 2017 (LA LEY 4194/2017)

⁴³ PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F. La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios. 2ª Edición, Valencia. Tirant Lo Blanch (2017), pp. 206 y ss.

en la sentencia de 9 de mayo de 2013, se opone al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y equivale a privar con carácter general, a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo, del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria en virtud de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.

b) Dicha jurisprudencia nacional sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo; y tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE”.

Dice el autor que esta sentencia acoge la doctrina sobre la restitución íntegra de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de una cláusula abusiva como se recoge en la STJUE sin matices que puedan dar lugar a una solución distinta. El planteamiento de la cuestión prejudicial se fundamentaba en que “en principio” el art. 6.1 de la Directiva 93/13 debería interpretarse en el sentido de que procede considerar que una cláusula declarada abusiva nunca ha existido y que “en principio”, esta cláusula debe tener como consecuencia el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se podría encontrar el consumidor al no existir esa cláusula. Este planteamiento se rechaza porque “queda claro que cualquier limitación temporal de los efectos restitutorios tras la declaración de abusividad de la cláusula litigiosa infringe el art. 6.1 de la Directiva 13/1993 y que la consecuente obligación de devolución de las cantidades indebidamente cobradas no permite matiz alguno, son pena de no garantizar los derechos del consumidor afectado e infringir el art. 7.1 de la misma directiva”.

Otra cuestión prejudicial que se rechaza es la referida a la valoración del carácter abusivo de una cláusula por un defecto de transparencia. El planteamiento de esta cuestión prejudicial incide en la contradicción de la STS de 9 de mayo de 2013 que consideró que las cláusulas suelo eran abusivas por

falta de transparencia y, por ello, contrarias a la buena fe contractual (art. 82 TRLGDCU) y, a la vez, justificó la limitación en el tiempo de los efectos restitutorios de la nulidad en la pretendida buena fe de las entidades condenadas y es que si hubiera existido esa buena fe de las entidades financieras debería tener incidencia en la declaración misma del carácter abusivo de la cláusula, porque la buena fe es un elemento constitutivo de la cláusula general del art. 82 del TRLGDCU. En todo caso, la STJUE de 21 de diciembre de 2016 establece que declarada abusiva una cláusula, la buena fe del predisponente no justifica la limitación de los efectos de la nulidad.

Dice PERTÍÑEZ que la STS de 24 de febrero aclara que tampoco la hipotética buena fe de las entidades demandadas podría justificar la improcedencia de la condena al pago de los intereses devengados por las cantidades indebidamente cobradas que se deban restituir porque la obligación del art. 1303 CC se refiere al pago del interés legal del dinero, es decir, el abono de los intereses legales devengados por las sumas que se hayan de restituir es una consecuencia automática de la obligación de restituir impuesta por el art. 1.303 CC, con independencia de la buena o mala fe de la parte que venga obligada a la restitución.

Sea como fuere, la importancia de esta STS de 24 de febrero es que sienta doctrina sobre el efecto de cosa juzgada de las sentencias que resolviendo una acción colectiva de cesación hubieran condenado solo a una a la restitución parcial de las cantidades cobradas limitada a 9 de mayo de 2013⁴⁴, porque todo ello podría hacer que las entidades financieras se vieran ante una obligación de restitución difícil de cumplir por la falta de liquidez, con todos los riesgos que eso conlleva.

Escaso un mes antes de la adopción de esta nueva directriz marcada por el Derecho de la Unión Europea, la STS de 29 de enero de 2018 y mencionando jurisprudencia anterior y con relación al control de transparencia, “advierte que en función de la exigencia de transparencia la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la

⁴⁴ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. Op. Cit. Pp. 210.

oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen por sí solos su cumplimiento. En la sentencia 171/2017, de 9 de marzo se mencionó que la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia. Pero, con la puntualización de la sentencia 367/2017, de 8 de junio, lo anterior no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir”.⁴⁵

3.5. 2020: Un año de previsible cambios en materia de transparencia

En 2020 encontramos la STS de 11 de marzo⁴⁶ que fija la nueva jurisprudencia sobre PYMES y autónomos a la hora reclamar cláusulas suelo sobre este colectivo. La sentencia da la razón a un autónomo que solicitó un préstamo para la adquisición de una licencia de taxi con cláusula suelo. En primera instancia se estimó la demanda del autónomo y recurrió la entidad bancaria alegando que el control de transparencia solo procede en los contratos celebrados con consumidores y no con el taxista por tener un fin empresarial.

El Tribunal Supremo explica que, aunque en los contratos con condiciones generales en los que los adherentes no son consumidores no resultan procedentes los controles de transparencia y abusividad, sino únicamente el control de incorporación. Así, se apoya en la sentencia de 28 de mayo de 2018, al decir que “para que una condición general de la contratación supere el control de incorporación debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato. Es decir, junto al parámetro de la claridad y comprensibilidad, debe concurrir el requisito de la posibilidad de conocimiento,

⁴⁵ STS de 29 de enero de 2018 (LA LEY 1075/2018).

⁴⁶ STS de 11 de marzo de 2020 (LA LEY 17044/2020).

puesto que el control de inclusión es, fundamentalmente, un control de cognoscibilidad".

Concluye el Tribunal que al declarar la nulidad de la cláusula suelo al considerar que la entidad prestamista actuó con abuso de posición dominante e infracción de las reglas de la buena fe contractual no ha tenido en cuenta el deber de diligencia empleado por el adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas de la limitación a la variabilidad del tipo de interés del préstamo.

Por último, en los últimos días encontramos la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2020⁴⁷, donde resumidamente (y ante la falta de análisis por la doctrina), en las hipotecas con cláusulas suelo y en las que el consumidor renunció a recurrir a la justicia, el cliente debía saber qué es lo que firmaba de forma clara y sino, se considera abusiva (por falta de transparencia).

La sentencia dice que la novación del contrato podrá ser invalidado el acuerdo entre el banco y el cliente por los que se rebajaban o eliminaban las cláusulas suelo y que puedan ser examinados por un juez y declarados abusivos si no se explican las consecuencias a los usuarios. En definitiva, esa cláusula de renuncia al ejercicio de acciones judiciales puede ser declarada abusiva cuando el consumidor no haya podido disponer de la información pertinente que le hubiera permitido comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para él de tal cláusula, la cual no le vincula.

⁴⁷ STJUE de 9 de julio de 2020, C-698/2018 (LA LEY 65199/2020). Al tratarse de una sentencia reciente y de la que no existe doctrina a la entrega de este trabajo, se menciona brevemente conforme a lo extraído de la misma.

4. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN LA NORMATIVA ACTUAL. ESPECIAL ESTUDIO DE LA LEY 5/2019, DE 15 DE MARZO, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

5.1. La Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrado con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

El objeto de la Directiva, siguiendo a AGÜERO ORTIZ⁴⁸, es establecer un marco común aplicable a contratos sobre créditos al consumo garantizados mediante hipoteca o garantía similar, en relación con bienes inmuebles de uso residencial. En particular, incluye la obligación de evaluar la solvencia previa a la concesión del crédito, requisitos en materia de supervisión, así como en los intermediarios de crédito.

La Directiva viene a establecer el derecho mínimo con el fin de proteger a consumidor, pero sin poder establecer disposiciones distintas a la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y el cálculo de la Tasa Anual Equivalente (TAE). En todo caso, como se analizará brevemente, la legislación española amplía la protección al consumidor.

Su aplicación se hará sobre los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o garantía comparable sobre bienes inmuebles de uso residencial, o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial y sobre los contratos de crédito concedidos para la adquisición o conservación de derechos de propiedad sobre fincas o edificios construidos o por construir.

Esta norma comunitaria viene a fomentar en los Estados miembros, medidas que apoyen la educación de los consumidores sobre la responsabilidad en la contratación de préstamos, gestión de dudas y,

⁴⁸ AGÜERO ORTIZ, A. Directiva 2014/17/UE de 4 de febrero de 2014 sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Disponible en: <http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/03/Directiva-2014-17-UE-de-4-de-febrero-de-2014-sobre-contratos-de-cr%C3%A9dito-.pdf>

específicamente, sobre los contratos de crédito hipotecario. Será necesario disponer de información sobre el procedimiento de concesión de créditos para orientar al consumidor, especialmente cuando sea la primera vez que se solicite, además de la información sobre la orientación que las organizaciones de consumidores y autoridades públicas puedan facilitar al consumidor. Por el contrario, no se establecen qué tipo de medidas se deben adoptar ni cómo se ejecutarán, limitándose a remitirse a la Comisión para que señale ejemplos de prácticas idóneas, además de evaluar la educación financiera de los consumidores de los Estados miembros.

Se establecen unas normas de conducta para la concesión de créditos al consumidor, estableciendo una serie de deberes generales por parte de los prestamistas, intermediarios de crédito y representantes designados de tal forma que los Estados miembros deben exigir que actúen de manera honesta, imparcial, transparente y profesional, teniendo en cuenta los derechos e intereses de los consumidores.

Otra idea fundamental es que las entidades de crédito faciliten a los consumidores la información de este de forma gratuita, sin que pueda imponerse por ella algún coste que sea repercutido al consumidor.

El Capítulo IV de la Directiva trata sobre la información y prácticas previas a la celebración del contrato de crédito. Así, establece en su artículo 10 que las comunicaciones publicitarias y comerciales serán leales, claras y no engañosas. Se prohíbe la redacción de cláusulas que puedan generar falsas expectativas sobre el consumidor en lo referido al coste del crédito o su disponibilidad.

En el art. 11 se establece el deber de información básico en la publicidad, de tal forma, que se debe especificar de forma clara y concisa donde exista un tipo de interés o cantidades relacionadas con el coste del crédito, constandingo, con carácter de mínimos: la identificación de la entidad financiera, que el contrato de crédito está garantizado por una hipoteca, garantía comparable, o derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial; un aviso sobre la incidencia que puedan tener las fluctuaciones del tipo de

cambio en el importe adeudado y, la necesidad de adquirir un producto accesorio cuando sea obligatorio para obtener el crédito u obtenerlo en dichas condiciones, si el coste de este servicio no se pudiera determinar de antemano.

Por su parte, el art. 13 establece que las entidades de crédito deben facilitar en cualquier momento y en soporte duradero la información clara y comprensible sobre los contratos de crédito, siendo su contenido mínimo: identidad y dirección del emisor de la información, fin del crédito, forma de garantía, duración del crédito, tipo de interés (fijo, variable o mixto) y la afectación del mismo al consumidor; si pudiera contratarse en moneda extranjera, indicación de la misma y condiciones; ejemplo del importe total del crédito (coste total, importe total de la deuda y TAE); otros posibles costes; opciones para el reembolso del crédito, descripción de las condiciones de reembolso anticipado; indicación de la necesidad de tasación del inmueble; servicios accesorios que esté obligado a contratar (como puedan ser seguros de vida) y, por último, una advertencia general sobre las consecuencias de incumplimiento de las obligaciones del crédito.

Otro aspecto reseñable es el referido a la información precontractual, donde el consumidor debe contar con una información personalizada para poder comparar las distintas ofertas que le ofrece el mercado y tomar una decisión fundada sobre el que mejores condiciones le ofrezca. Dicha información se entregará en soporte duradero mediante la FEIN o Ficha Europea de Información Normalizada que se deberá entregar sin demora injustificada cuando el consumidor haya acreditado la información sobre sus necesidades, situación financiera y preferencias; con antelación suficiente respecto al momento de vinculación del consumidor, los Estados miembros podrán establecer que la entrega de la FEIN sea obligatoria antes de la entrega de una oferta vinculante.

Los Estados miembros establecerán un periodo de al menos 7 días durante el consumidor pueda comparar ofertas y tomar una decisión, siendo este plazo como un periodo de reflexión, para el caso de que la oferta sea vinculante o un periodo para ejercer el derecho de desistimiento (en este último la entidad de crédito se “ofrecerá” a facilitar al consumidor una copia del

proyecto del contrato de crédito en el momento en que se haga una oferta vinculante para el prestamista).

Se considera que las entidades de crédito han satisfecho los requisitos de información al consumidor cuando hayan facilitado la FEIN antes de celebrarse el contrato.

En definitiva, destaca SÁENZ DE JUBERA⁴⁹ que “esta Directiva 2014/17/UE pone de manifiesto la necesidad de desarrollar un marco común europeo uniforme en materia de crédito, más transparente y eficiente, , en el que los consumidores hayan recobrado la confianza y que resulten eficazmente protegidos; la contratación y concesión irresponsable de créditos es uno de los graves problemas que se han evidenciado en los últimos años y en el que hace especial hincapié esta Directiva (y por ende la Ley 5/2019, de 15 de marzo, por la que se efectúa, parcialmente, su transposición en España). En las previsiones de la Directiva 2014/17/UE se acogen disposiciones tendentes, no sólo a la protección del consumidor (aunque sí especialmente), sino también a la protección del propio mercado de crédito; y, a tal fin, desarrolla una serie de disposiciones a adoptar por los Estados miembros”.

La Directiva debía haberse transpuesto en España en marzo de 2016, pero no es hasta la Ley 5/2019 cuando se produce esa transposición de forma parcial y con remisiones varias a lo largo de su articulado y en la disposición final decimoquinta a normas reglamentarias que desarrollen y complementen la Directiva. En definitiva, la normativa española va más allá y amplía el contenido de la Directiva, como se analizará inmediatamente, a través de Real Decreto⁵⁰ y una Orden Ministerial⁵¹.

⁴⁹ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019. Valencia, Tirant Lo Blanch (2019), pp. 15-17.

⁵⁰ Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y se adoptan otras medidas en materia financiera

⁵¹ Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, por la que se modifican la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

5.2. Circular 2/2018, de 1 de junio, de la Fiscalía General del Estado: nuevas directrices en materia de protección jurídica de los derechos de los consumidores y usuarios.

En la introducción a la Circular se dice que el estatuto de protección de los derechos de los consumidores y usuarios puede calificarse de complejo y esencialmente dinámico. Se dice complejo por la diversidad de fuentes normativas (desde la Unión Europea hasta las Comunidades Autónomas).

En el apartado 3 de la Circular se habla de la protección de inversores minoristas en referencia a la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 que señala en su Considerando 4 que "la crisis financiera ha dejado al descubierto algunos puntos débiles en el funcionamiento y la transparencia de los mercados financieros". Lo anterior "ha dejado clara la necesidad de fortalecer el marco regulador de los mercados de instrumentos financieros (...) con el fin de aumentar la transparencia, mejorar la protección de los inversores, reforzar la confianza, abordar los ámbitos no regulados y garantizar que se den a los supervisores las competencias necesarias para desarrollar sus cometidos".

Por su parte, en lo que respecta a las acciones colectivas, y la eficacia *ultra partes* de las sentencias dictadas en estos procesos colectivos, se establece doctrina entre otras menciones, en el sentido de que los efectos de la sentencia estimatoria de una acción colectiva en un posterior litigio en el que se ejercita una acción individual sobre nulidad de una condición general abusiva por falta de transparencia. Para ello, el Tribunal Supremo tiene en cuenta que el tribunal debe tomar como referencia al consumidor medio en la resolución de la acción colectiva y que la naturaleza de la abusividad de la condición general es relevante. Además, indica que la acción colectiva debe tener, como regla general, efectos en los litigios pendientes en los que se esté ejercitando una acción individual respecto dicha cláusula suelo

5.3. Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y su normativa complementaria.

Dice SÁENZ DE JUBERA⁵² que la Ley 5/2019 (o LCCI) se ha tramitado y aprobado en un momento en el que el ordenamiento jurídico español y las prácticas hipotecarias y de créditos se han visto afectados por sentencias tanto del Tribunal Supremo, como desde el ámbito comunitario desde el TJUE en relación a la transparencia de los contratos, cláusulas abusivas, exigencias de información al prestatario y reclamaciones dinerarias en un contexto de una crisis económica que sufrimos en España desde el año 2008 y que sus efectos se han visto agravados a raíz de la crisis del Covid-19.

La ley habla del principio de transparencia, información precontractual, actuación notarial, evaluación previa de solvencia, gastos, comisiones, reembolso anticipado, intereses de demora, índices de referencia como el IRPH (Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios), cláusulas suelo, préstamos en divisa extranjera o vencimiento anticipado, entre muchas otras.

La LCCI trata de aportar seguridad jurídica, transparencia y equilibrio entre las partes contratantes de un préstamo hipotecario, como establece el Preámbulo (I) al decir que “garantizar un régimen jurídico seguro, ágil y eficaz, que proteja este tipo de operaciones es una exigencia que deriva no sólo de las obligaciones impuestas por el Derecho de la Unión Europea, sino de los indudables beneficios que supone para la economía de un país. Tanto la protección de las transacciones como la seguridad jurídica generan crédito para los individuos, lo que redundará en el crecimiento de la economía”.

La LCCI establece el objeto de la ley en su artículo 1, siendo este establecer determinadas normas de protección de las personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes, de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca u otro derecho real de garantía sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir. Para ello se prevén una serie de normas de transparencia, obligación de evaluación previa, normas de

⁵² SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. Op. Cit. Pp. 17-22

conducta y un régimen de inscripción, supervisión y sancionador de los distintos intervinientes profesionales (quienes conceden el crédito o préstamo).

Su ámbito de aplicación objetivo es la concesión e intermediación para la celebración de los contratos de préstamo o créditos a los que se refieren los artículos 1 y 2 de la Ley, teniendo en común estos preceptos la atención y vinculación directa de los préstamos con bienes inmuebles:

- Préstamos garantizados por hipoteca y otro derecho real de garantía que recaiga sobre un bien inmueble de uso residencial y siendo prestatario garante real o fiador una persona física (art. 2.1.a). Especifica SÁENZ DE JUBERA⁵³ que se entiende como inmueble de uso residencial, también, a trasteros garajes y cualquier otro que tenga una función doméstica, aunque no sea vivienda. Destaca también que la referencia a bienes inmuebles de uso residencial se limita al objeto gravado con la hipoteca y no se vincula con la finalidad para la que se concede el crédito, es decir, no habla de préstamos concedidos para la adquisición de bienes para uso residencial, sino que, con independencia de la finalidad del préstamo, el gravamen debe recaer sobre un bien inmueble.
- Préstamos celebrados para adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir cuando el prestatario, fiador o garante (real o personal) sea consumidor (art. 2.1.b).

Otro aspecto que señalar es que esta Ley no se aplicará a los contratos de préstamo previstos en el art. 2.4, siendo los siguientes:

- concedidos por un empleador a sus empleados, a título accesorio y sin intereses o cuya Tasa Anual Equivalente sea inferior a la del mercado, y que no se ofrezcan al público en general,
- concedidos sin intereses y sin ningún otro tipo de gastos, excepto los destinados a cubrir los costes directamente relacionados con la garantía del préstamo,
- concedidos en forma de facilidad de descubierto y que tengan que reembolsarse en el plazo de un mes,

⁵³ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. Op. Cit. Pp. 24-28.

- resultado de un acuerdo alcanzado ante un órgano jurisdiccional, arbitral, o en un procedimiento de conciliación o mediación,
- relativos al pago aplazado, sin gastos, de una deuda existente, siempre que no se trate de contratos de préstamo garantizados por una hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial, o
- hipoteca inversa en que el prestamista desembolsa un importe a tanto alzado o hace pagos periódicos u otras formas de desembolso crediticio a cambio de un importe derivado de la venta futura de un bien inmueble de uso residencial o de un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial, y no persigue el reembolso del préstamo hasta que no se produzcan uno o varios de los acontecimientos previstos en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, salvo incumplimiento del prestatario de sus obligaciones contractuales que permita al prestamista la rescisión del contrato de préstamo.

Por último, en el marco del ámbito objetivo de aplicación de la Ley, dice SÁENZ DE JUBERA⁵⁴, se debe tener en cuenta el régimen transitorio previsto para los contratos preexistentes a la entrada en vigor de la Ley. De esta forma, no se aplicará la LCCI a contratos de préstamo o crédito anteriores a la vigencia de la ley salvo si se da alguna de estas situaciones (Disposición Transitoria primera):

- a) Cuando el contrato sea objeto de novación o subrogación una vez entre en vigor esta norma que entonces sí se le aplicará: particularmente en estos casos el prestamista deberá informar al prestatario conforme dispone el art. 14 LCCI de los contenidos que hubieran sido objeto de la novación. Lógicamente se entiende que la LCCI será aplicable si ese contrato, tras la novación o subrogación, cumple con los criterios y presupuestos exigidos en la previsión del ámbito objetivo de aplicación de la LCCI.
- b) Siempre, cualquiera que fuera la fecha de celebración del contrato, el prestatario tendrá derecho a reembolsar anticipadamente el préstamo

⁵⁴ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. Op. Cit. Pp. 29-30.

en el supuesto previsto en el art. 23.6 LCCI, es decir, en caso de novación del tipo de interés aplicable o de subrogación de un tercero en la posición de acreedor cuando supongan la aplicación durante el resto de vigencia del contrato de préstamo de un tipo de interés fijo en sustitución de otro variable.

- c) Respecto al vencimiento anticipado, el art. 24 será de aplicación para a aquellos contratos anteriores a la entrada en vigor de la LCCI que entren en el ámbito objetivo de aplicación de esta LCCI y de este precepto y que contengan cláusulas de ese tipo, salvo que el deudor alegue que las mismas le resultan más favorables y salvo que el vencimiento anticipado se hubiera producido ya antes de la entrada en vigor de la LCCI (con independencia de que se hubiera o no instado ya procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo o de si tal procedimiento estuviera o no suspendido).

Brevemente, cabe decir que esta “nueva” ley es de aplicación exclusiva a los consumidores y usuarios que sean personas físicas, cerrando así el debate sobre la aplicación del control de transparencia en la contratación entre empresarios. Por lo tanto, serán protegidos aquellos prestatarios, garantes o fiadores que sean personas físicas que sean consumidores y donde la finalidad del préstamo sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o bienes inmuebles construidos o por construir (art. 2.1.b LCCI).

Otros sujetos previstos de protección no son solo los prestatarios sino también los fiadores, hipotecantes o garantes reales del derecho de crédito, justificándose en que en numerosas ocasiones son estas personas las más afectadas por un contrato de préstamo concedido irresponsablemente al prestatario o con un conjunto de cláusulas que desconocían sobre su alcance y contenido, hasta el momento de ejecución de la garantía, como puedan ser, cláusulas suelo o de vencimiento anticipado, entre otras.

En definitiva, dice SÁENZ DE JUBERA que lo previsto en el art. 2 LCCI determina que:

- En los casos de préstamos hipotecarios o garantizados con otro derecho real de garantía que graven bienes inmuebles de uso residencial (art. 2.1.a) LCCI) sí se protegerá y se aplicará la LCCI a personas físicas consumidoras y a los empresarios individuales o autónomos que, como personas físicas, obtengan un préstamo (garantizado con un derecho real) para un acto de consumo o, por ejemplo, la financiación de su actividad profesional o empresarial, o que sean simplemente garantes de un préstamo concedido a otra persona (física o jurídica incluso; aunque si es persona jurídica a ella no se le aplicará la LCCI). En todo caso la garantía debe recaer necesariamente en un inmueble de uso residencial (no se aplicaría la LCCI si el bien gravado es un local o una nave industrial, por ejemplo).
- En los créditos concedidos para adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, la LCCI se aplicará cuando el prestatario, fiador o garante (real o personal) sea consumidor, aplicándose en este caso a toda persona física interviniente como prestataria o garante (no a las personas jurídicas).

Por su parte, prestamistas, intermediarios y representantes designados pueden ser tanto personas físicas como jurídicas, donde la clave se encuentra en que la actividad de concesión de préstamo se realice de forma profesional (art. 4.2.c LCCI), es decir, “cuando el prestamista “intervenga en el mercado de servicios financieros con carácter empresarial o profesional o, aun de forma ocasional, con una finalidad exclusivamente inversora”.

Dice ARIZA⁵⁵ que la finalidad de la ley es proteger a la parte más débil del contrato (adherente), facilitando el acceso a información cualificada, es decir, se pretende que el adherente esté informado del significado y alcance de las cláusulas más relevantes del contrato, sobre todo, la información relativa a aspectos que los clientes suelen conocer y valorar a la hora de decidir la celebración de un contrato y con quién lo hacen.

⁵⁵ ARIZA SABARIEGO, A. El control de transparencia en la ley de contratos de crédito inmobiliario. Diario La Ley, Nº 9573, Sección Doctrina, 13 de Febrero de 2020, Wolters Kluwer (LA LEY 513/2020).

Así, se pretende dar por cumplido el principio de transparencia material y, más en concreto, en lo referido a las cláusulas contractuales de mayor complejidad o relevancia del contrato al coincidir con el momento de autorizar en escritura pública ante Notario, el contrato de préstamo o crédito hipotecario.

Dice SÁENZ DE JUBERA⁵⁶ que se entiende por transparencia material, siguiendo el concepto jurisprudencial, la “comprensibilidad real de la carga económica y jurídica que se asumirá con la firma del contrato” y que será de aplicación a todos los préstamos hipotecarios a los que se refiere el art. 2 LCCI.

En definitiva, el deber de transparencia recaerá sobre la figura del notario quien en acta notarial y como fedatario público comprobará el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los prestamistas, así como la obligación propia del cumplimiento del asesoramiento al prestatario antes de la firma de la escritura pública. Así, se fiscaliza el cumplimiento del deber de información previa que recae sobre las entidades de crédito.

Cabe destacar que la Ley 5/2019 entró en vigor el 16 de junio de 2019 y, por tanto, para los contratos celebrados a partir de esta fecha, sin perjuicio de las disposiciones de derecho transitorio. Destaca la DT 1ª que habla de los contratos preexistentes, de forma que esta ley no es de aplicación a los contratos de préstamos suscritos con anterioridad a su entrada en vigor. Ahora bien, el apartado cuarto de esta disposición transitoria primera permite la aplicación de la ley a contratos anteriores en lo referente a las cláusulas de vencimiento anticipado en los siguientes términos: “Para los contratos anteriores a la entrada en vigor de esta Ley en los que se incluyan cláusulas de vencimiento anticipado, será de aplicación lo previsto en el artículo 24 de esta Ley, salvo que el deudor alegara que la previsión que contiene resulta más favorable para él. Sin embargo, no será de aplicación este artículo a los contratos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, se hubiese instado o no un procedimiento de

⁵⁶ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. 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 (abril-junio 2019), pp. 235-265. Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/419>

ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo, y estuviera este suspendido o no”. Así, se deja a la valoración del deudor la posible aplicación de esta ley para su propio beneficio.

El art. 5.2 LCCI dispone que: “En la concesión, intermediación o prestación de servicios de asesoramiento sobre el préstamo, las actividades se basarán en la información sobre las circunstancias del prestatario y en cualquier requisito específico que éste haya dado a conocer, así como en hipótesis razonables sobre los riesgos para su situación durante la vigencia del contrato de préstamo”. Con la expresión “riesgos razonables para su situación” se pretende suplir una de las ideas relevantes de las cláusulas sorprendivas o sorprendentes, es decir, las expectativas legítimas y razonables del adherente.

Destaca, a efectos de la Ley, la eliminación del carácter sorprendente de las cláusulas contenidas en el contrato, por ello, la norma prevé unos mecanismos para asegurarse que el adherente en el momento de contratar y con carácter previo conoce el contenido, naturaleza y las posibles consecuencias tanto económicas como jurídicas del contrato que va a celebrar.

Así, el art. 10 LCCI prevé que el prestamista debe cumplir con los deberes de información precontractual, como se recogía en la Directiva de 2014. Esta información se caracteriza por incluir la FEIN o Ficha Europea de Información Normalizada, es decir, un documento que recoja la información personalizada que necesite para comprar los préstamos disponibles en el mercado, evaluar sus consecuencias y para tomar una decisión fundada sobre el producto más conveniente para sus intereses. Al respecto, dice PERTÍÑEZ⁵⁷ que se trata de un documento en formato estandarizado en el que se recoge de manera ordenada y estructurada en distintos apartados o secciones la información esencial sobre el crédito, en especial sobre su coste total, que el legislador comunitario ha considerado necesaria para que los prestatarios puedan comparar las distintas ofertas de créditos disponibles en el mercado

⁵⁷ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. 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. 154/2019. Aranzadi (BIB 2019\5305).

para tomar una decisión fundada sobre la conveniencia de celebrar o no un contrato de crédito.

Esta información deberá entregarse al prestatario con una antelación mínima de diez días naturales y, además, deberá entregarse la siguiente documentación complementaria (art. 14 LCCI):

- a) La FEIN será considerada de oferta vinculada para la entidad durante el plazo pactado hasta la firma del contrato, con una antelación mínima de diez días.
- b) La FiAE o Ficha de Advertencias Estandarizadas con la que el cliente es informado de la existencia de cláusulas o elementos relevantes, incluyendo una mención a los índices oficiales de referencia utilizados para fijar el tipo de interés aplicable, a la posibilidad de que se produzca un vencimiento anticipado del préstamo como consecuencia del impago y los gastos derivados de ello. También a los gastos asociados por la concesión del préstamo y, en su caso, la referencia al valor de cambio de la moneda extranjera si es que se contratase así el préstamo.
- c) Si es un préstamo a tipo de interés variable, debe entregarse un documento separado con referencia a las cuotas periódicas que debe cumplir el prestatario, según la evolución de los tipos de interés.
- d) Copia del proyecto de contrato, que deberá incluir de forma pormenorizada la totalidad de gastos asociados a la firma del contrato.
- e) Información clara y veraz de los gastos que corresponden al prestamista y los que corresponden al prestatario (art. 14.1.e LCCI).

Complementariamente a todo lo anterior la LCCI prevé una labor de “control notarial” destinada a comprobar que, “tanto los plazos como los demás requisitos que permiten considerar cumplido el referido principio de transparencia material concurren al tiempo de autorizar en escritura pública el contrato de préstamo o crédito, pero también un obligado asesoramiento notarial imparcial (y gratuito) al prestatario, en el que se le aclaren todas las

dudas que le pudiera suscitar el contrato y la documentación aportada por el prestamista, intermediario o representante designado de éste”⁵⁸.

El notario podrá ser elegido por el prestatario y, aunque la LCCI no lo establece expresamente, podrá asesorar y comprobar la documentación y que se cumple el principio de transparencia material, quien formalice la escritura pública, de forma que por lo dispuesto en el art. 14.1 LCCI es lógico que lo mencionado lo asuma el mismo notario.

La comparecencia ante Notario será presencial y se producirá como tarde, el día anterior al de la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo. Tal es la obligación que, sin ese requisito de presencialidad obligatoria, no podrá autorizarse la escritura pública (art. 15 LCCI).

Entiende SÁENZ DE JUBERA que, a pesar de una redacción confusa y mejorable de la LCCI, el asesoramiento y actuación notarial no se prevé para todos los préstamos a los que se refiere la norma, sino que la comparecencia ante notario, para comprobar el principio de transparencia material, solo es exigible para los préstamos que se formalicen en escritura pública (recordemos que el para la constitución del derecho real de hipoteca se requiere su inscripción en el Registro; vid. Arts. 1875 CC, 3 y 145 LH).

La actuación notarial prevista en la LCCI se puede resumir en las siguientes notas características:

1. Toda la documentación e información del art. 14.1 LCCI debe remitirse por el prestamista al notario elegido por el prestatario de modo telemático, en cumplimiento de lo previsto en la norma. Se remite igualmente la manifestación firmada por el prestatario o garante en la que declare que ha recibido la documentación y que le han explicado su contenido (este punto es desarrollado en los arts. 11 y 12 del RD 309/2019, de 26 de abril).
2. Recibido lo anterior, el notario debe verificar todos los documentos, controlando que se cumple lo previsto en el art. 14.1 LCCI. Si no se

⁵⁸ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. Op. Cit.

acredita en tiempo y forma, el notario levantará acta y no podrá autorizar la escritura pública del préstamo. En caso de cumplimiento de lo previsto en el precepto, el notario levantará acta con carácter previo a la formalización del préstamo, donde acredita que se cumple el requisito del plazo legal de puesta a disposición de la documentación, así como las cuestiones y asesoramiento que pudieran existir.

3. Cuando comparezca el prestatario, el notario informará y asesorará de forma individual respecto de todas aquellas cláusulas específicas recogidas en la FEIN y FiAE, con referencia expresa cada una de ellas, constando en el acta notarial, de forma específica, no permitiéndose una afirmación genérica.
4. Se prevé que el potencial prestatario compareciente responda a un test en presencia del notario, con el fin de concretar la documentación efectivamente entregada y suministrada.
5. El art. 15.6 LCCI señala que el contenido del acta se presumirá veraz e íntegro y hará prueba del asesoramiento prestado por el notario y de las manifestaciones de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos ya mencionados, cumplimiento con el principio de transparencia.

Sobre el valor probatorio del acta notarial, advierte PERTÍÑEZ que es sorprendente que el art. 15.6 LCCI haga referencia al valor probatorio del acta sobre la manifestación del prestatario de que comprende y acepta el contenido de los documentos entregados. Una interpretación del art. 15.6 en el sentido de que el acta notarial constituya prueba de la comprensión podría suponer un bloqueo casi absoluto a la posibilidad futura de entablar una demanda fundamentada en la falta de transparencia, pero esta afirmación no es del todo cierta porque parece idealizada pretender que un acta notarial pueda dar fe de un hecho interno, como pueda ser la comprensión de las consecuencias económicas y jurídicas de las cláusulas de un contrato de préstamo. Dice PERTÍÑEZ que el acta solo puede hacer prueba de hechos históricos que

acaecen en presencia del notario, desde la entrega de la documentación requerida, pasando por el asesoramiento prestado por el propio notario, así como del test practicado al prestatario sobre la documentación entregada y la información suministrada. Está claro que, si la norma hubiera sido más “transparente” y hubiera reflejado en el articulado lo contenido en la exposición de motivos, el acta notarial solo habría de acreditar un hecho objetivo, el cumplimiento de la obligación de entrega de la documentación en los plazos previstos.

Limitándose así el valor probatorio del acta, continua el autor diciendo que, “el establecimiento de un procedimiento de verificación en sede notarial del cumplimiento de la obligación de entrega de la documentación precontractual así como del asesoramiento prestado es una medida positiva, que permite, en consonancia con lo expuesto por la exposición de motivos, poder constituir una prueba acerca de qué información fue realmente proporcionada y del asesoramiento prestado por el propio notario y esta prueba de por sí ya tiene una indudable trascendencia en sede procesal, pues satisfechas las obligaciones de información precontractual por la entidad prestamista, se traslada sobre el prestatario la carga de conocerla y comprenderla, pues la propia exposición de motivos de la LCCI se refiere al derecho a recibir la información necesaria y al deber de conocerla”⁵⁹. En definitiva, en el caso de que existiera un ulterior litigio por falta de transparencia no hay que valorar una cláusula o elemento concreto de un contrato de crédito inmobiliario, sino que se valorará si por la suficiencia de la información proporcionada por la entidad de crédito y por el asesoramiento reflejado en el acta notarial, el prestatario, actuando con diligencia, debió conocer, por sí mismo o recabando el asesoramiento antes dicho, las consecuencias económicas de la cláusula en cuestión, por lo que no sería desproporcionado establecer una presunción de superación del deber de transparencia material, una vez acreditado el cumplimiento de las obligaciones de documentación precontractual establecida que admitiera de forma excepcional una prueba en

⁵⁹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. Op. Cit.

contrario fundándose en haber inducido al prestatario a confusión a partir de explicaciones inexactas o confusas o por no haber explicado de forma oportuna la adecuación del producto a su situación financiera.

También se puede decir que existe un control de transparencia postcontractual, como recoge ARIZA⁶⁰, donde la Ley prevé la inscripción obligatoria de las cláusulas del contrato de crédito hipotecario en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Así, el art. 11.2 LCGC se ha visto modificado por la Ley 5/2019, pero solo se habla de registro de la cláusula, no de la valoración del contenido por parte del Registrador.

Con la aprobación de la Ley 5/2019 se modifican otras normas, destacando sobre el TRLGDCU en sus arts. 83 y 84. Así, la Instrucción de 13 de junio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que interpreta determinados aspectos de la redacción dada por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario; recoge la función informativa y asesoramiento, es decir, una función preventiva de Notarios y Registradores. Dentro de este control de transparencia postcontractual la disposición adicional octava LCCI prevé el deber de los fedatarios públicos al prestatario de entrega de la nota simple de la inscripción, con carácter gratuito. Por todo ello, se puede decir que se trata de una norma de transparencia material porque en esa nota simple se incluyen las cláusulas que no se han inscrito en el Registro porque para la ejecución hipotecaria solo se podrá fundar en base a las cláusulas inscritas.

Por último, esa DA 8ª LCCI modifica el art. 83 TRLGDCU en el sentido de declarar la nulidad radical de las condiciones incorporadas de modo no transparente en perjuicio de los consumidores. Del mismo modo, la DA 4ª LCCI viene a modificar el art. 5 LCGC en el mismo sentido, declarando la nulidad de pleno derecho de las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores.

Por todo ello, la idea clave de la Ley 5/2019 es evitar que el adherente-consumidor (o usuario) produzca la fase precontractual de información una vez

⁶⁰ ARIZA SABARIEGO, A. Op. Cit.

que se le ha entregado, pueda verse sorprendido por la existencia de cláusulas que pudieran afectar a sus expectativas razonables y legítimas, es decir, evitar cláusulas sorprendentes en los contratos de préstamo hipotecario.

CONCLUSIONES

Con el presente trabajo he intentado analizar el control de transparencia desde su origen con la STS de 9 de mayo de 2013 hasta estos días, con la influencia del Derecho de la Unión Europea en el ordenamiento interno, tanto por el TJUE como a través de Directivas que, en este caso, desembocó en la Ley 5/2019, aunque llegó tarde.

El control de transparencia analizado pretende una mejor protección del consumidor en materia contractual, siempre que existan contratos de adhesión, véase el ejemplo de los contratos de préstamo hipotecario tan controvertidos desde 2013 al entender que no había transparencia y, por tanto, abusividad por parte de las entidades financieras. Ahora bien, en el presente este control de transparencia parece que pueda llegar a aplicarse a otros contratos, que no sean de préstamo hipotecario, como es el caso de las tarjetas revolving, que no dejan de ser contratos de préstamo pero que a la luz de la jurisprudencia contienen intereses abusivos que no han quedado clarificados en la fase precontractual.

Ejemplos a parte, se ve claro el debate del control de transparencia en la doctrina a lo largo de los últimos siete años, encontrando varios sectores con opiniones contrapuestas, por un lado, el encabezado por PERTÍÑEZ que defiende que si el predisponente incumple el deber de transparencia hay que valorar y decidir sobre si es o no abusiva.

Otro sector doctrinal defendido por CÁMARA entre otros autores, consideran que la comprobación del cumplimiento del deber de transparencia en el objeto principal del contrato debe darse en el control de incorporación de las condiciones generales.

Un tercer sector en el que se encuentran ALFARO y PANTALEÓN enfocan el deber de transparencia sobre el dolo incidental del predisponente recogido en el art. 1270 CC, donde se está ante un consentimiento viciado del consumidor.

Por otro lado, AGÜERO habla de las cláusulas sorprendentes o sorpresivas no reconocido legalmente pero sí en la doctrina y que viene a decir que este tipo de cláusulas se resuelven mediante el error de vicio.

Finalmente, ORDUÑA concluye sus trabajos diciendo que la transparencia debe ser considerada como un principio general del derecho, todo ello con el fin de mejorar el sistema democrático y social de derecho.

Además, a raíz de esta jurisprudencia se ha promulgado hace escasamente un año la Ley 5/2019 donde se recoge el principio de transparencia y, en mi opinión, no solo debería recogerse ahí expresamente. Fuera como fuere, creo que este control de transparencia debería recogerse en las normas ya existentes, como en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación o el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, porque no solo hay que proteger al consumidor, sino también a los pequeños empresarios o autónomos que puedan verse afectados por la abusividad de cláusulas por falta de transparencia, entre otros motivos.

En mi opinión hablar de control de transparencia es hablar de un control de incorporación reforzado, argumentando esta postura en los arts. 5 y 7 LCGC y 80.1 TRLGDCU porque no solo se requiere que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino que, además, el adherente está en su derecho de conocerlas realmente con el fin de prever las posibles consecuencias económicas (y jurídicas). En este sentido, el art. 60 TRLGDCU recoge la información precontractual y que, con este precepto, el consumidor puede ver satisfecha su previsión de posibles consecuencias

Concluyo, por tanto, diciendo que el debate sobre el control de transparencia continúa abierto y, por ello, lo más adecuado sería una reforma íntegra de la normativa existente donde se recogieran este control de transparencia como un control de incorporación reforzado con el fin de proteger a la parte más débil del contrato, con independencia de que sea consumidor, usuario o empresario (analizando en este supuesto, el caso concreto, es decir, un autónomo o un empresario de un pequeño negocio). En este sentido se pronuncia la STS de 11 de marzo de 2020, donde PYMES y autónomos

pueden reclamar las cantidades indebidamente cobradas por la aplicación de cláusulas suelo.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Directiva 13/93/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores

Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de Abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (IC 2000). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52000DC0248&from=ES>

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.

Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010

Resolución de 10 de febrero de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Móstoles n.º 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario por razón de existir cláusulas abusivas, en concreto una de tipo de interés ordinario excesivo y una de desproporcionada retención de cantidades del capital concedido. BOE de 10 de marzo de 2016. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2016/03/10/pdfs/BOE-A-2016-2432.pdf>

Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo.

Proposición de Ley de impulso de la transparencia en la contratación predispuesta, por la que se modifica el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro y el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. Presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (Boletín oficial de las Cortes Generales, XII legislatura, 10 de noviembre de 2017).

Circular 2/2018, de 1 de junio de 2018, de la Fiscalía General de Estado, sobre nuevas directrices en materia de protección jurídica de los derechos de los consumidores y usuarios

Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y se adoptan otras medidas en materia financiera

Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, por la que se modifican la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Doctrina

AGÜERO ORTIZ, A. Directiva 2014/17/UE de 4 de febrero de 2014 sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Disponible en: <http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/03/Directiva-2014-17-UE-de-4-de-febrero-de-2014-sobre-contratos-de-cr%C3%A9dito-.pdf>

AGÜERO ORTIZ, A. El control de transparencia tan solo es aplicable a consumidores, no a empresarios ni profesionales. Comentario a la STS (Sala de lo Civil) de 3 junio de 2016 (JUR 2016\128769); en Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 18, 2016. Disponible en <http://blog.uclm.es/cesco/files/2016/06/El-control-de-transparencia-tan-solo-es-aplicable-a-consumidores-no-a-empresarios-ni-profesionales.pdf>

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales. Madrid. Civitas, 1991.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. Más teoría y menos literatura en el análisis del Derecho. BLOG Almacén de Derecho. Disponible: <https://almacenederecho.org/mas-teoria-menos-literatura-analisis-del-derecho> (31 de enero de 2017).

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. Cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato. BLOG Almacén de Derecho. Disponible en <https://almacenederecho.org/clausulas-predispuestas-describen-objeto-principal-del-contrato/> (21 de marzo de 2017).

ARIZA SABARIEGO, A. El control de transparencia en la ley de contratos de crédito inmobiliario. Diario La Ley, Nº 9573, Sección Doctrina, 13 de Febrero de 2020, Wolters Kluwer (LA LEY 513/2020).

CÁMARA LAPUENTE, S. Control de cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios. BLOG Almacén de Derecho. Disponible en: <https://almacenederecho.org/control-clausulas-predispuestas-contratos-empresarios> (27 de julio de 2016).

CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E. “El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación” en Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 7, 2013. Disponible en: <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/357>

CARRASCO PERERA, A. Derecho de Contratos, 2ª ed. Pamplona. Aranzadi, 2017.

DE CASTRO VÍTORES, G. Reflexiones de actualidad acerca del desequilibrio contractual y cláusulas abusivas; en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N.º 746, pp. 2827 a 2862.

DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M.I. El consentimiento en la contratación por adhesión. Control de transparencia y Dolo in contrahendo. Valencia. Tirant Lo Blanch, 2019.

FENOY PICÓN, N. El control de transparencia (material) en la cláusula suelo: su análisis a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, de la doctrina científica española, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo; en Anuario de Derecho Civil, tomo LXXI, 2018, fasc. III. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2018-30085501049

FERNÁNDEZ BENAVIDES, M. El penúltimo debate sobre control de transparencia (en contratos entre empresarios). Blog Hay Derecho-Expansión. Disponible en: <https://hayderecho.expansion.com/2018/02/23/penultimo-debate-control-transparencia-contratos-empresarios/> (23 de febrero de 2018).

LASARTE ÁLVAREZ, C. Principios de derecho civil. 3, Contratos. 20ª ed. Madrid. Marcial Pons, 2018.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., Curso de Derecho Civil II. Volumen I. Teoría general de la obligación y el contrato. Madrid, Edisofer, 2018.

ORDUÑA MORENO, F.J. (2015) en LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. Ponencias XV Valladolid (Noviembre 2015) sobre Responsabilidad Civil y Derecho de Circulación. Madrid. Sepín. 2015

ORDUÑA MORENO, F.J. Control de transparencia y contratación bancaria. Régimen jurídico y doctrina jurisprudencial aplicable. Valencia. Tirant Lo Blanch. 2016.

ORDUÑA MORENO, F.J.: “La transparencia debería ser considerada como un principio general del derecho”. Entrevista en Confilegal disponible en <https://confilegal.com/20181212-javier-orduna-moreno-la-transparencia-deberia-ser-considerada-como-un-principio-general-del-derecho/> (12 de diciembre de 2018).

OSSORIO SERRANO, J.M., en SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Coord.). Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos. Valencia. Tirant Lo Blanch. 2018.

PANTALEÓN PRIETO, F. 10 tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato. Blog: Almacén de Derecho, disponible en: <https://almacenederecho.org/10-tesis-la-falta-transparencia-las-clausulas-referidas-los-elementos-esenciales-del-contrato> (12 de marzo de 2017).

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F en CÁMARA LAPUENTE, S (Dir.) Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores, Texto Refundido (RDL 1/2007). Madrid. Colex, 2011.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario en InDret, Julio de 2013. Disponible en: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/995.pdf>

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. Buena fe ex art. 1258 CC y nulidad de las cláusulas suelo sorprendivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios. Reflexiones en torno a la STS, 1ª, 3 junio 2016, en InDret, Julio de 2016 Disponible en: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1266_es.pdf

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios. 2ª Edición, Valencia. Tirant Lo Blanch, 2017.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. 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. 154/2019. Editorial Aranzadi (BIB 2019\5305).

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. 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 (abril-junio 2019); disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/419>

TOMÁS MARTINEZ, G y GÓMEZ URQUIJO, L. Breve comentario a la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Diario La Ley, Nº 7842, Sección Doctrina, 20 de Abril de 2012, Año XXXIII, Ref. D-163, Editorial LA LEY (LA LEY 4043/2012).

Jurisprudencia

Tribunal Supremo, 18 de junio de 2012 (LA LEY 144032/2012).

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 21 de marzo de 2013, C-92/2011 (LA LEY 16295/2013).

Tribunal Supremo, 9 de mayo de 2013 (LA LEY 34973/2013).

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 30 de abril de 2014, C-26/2013 (LA LEY 46630/2014).

Tribunal Supremo, 25 de marzo de 2015 (LA LEY 30006/2015).

Tribunal Supremo, 3 de junio de 2016 (LA LEY 59016/2016).

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 21 de diciembre de 2016, C-154/2015, (LA LEY 179803/2016).

Tribunal Supremo, 24 de noviembre de 2017 (LA LEY 163953/2017).

Tribunal Supremo, 29 de enero de 2018 (LA LEY 1075/2018).

Tribunal Supremo, 24 de febrero de 2018 (LA LEY 4194/2017).

Tribunal Supremo, 11 de marzo de 2020 (LA LEY 17044/2020).

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 9 de julio de 2020, C-698/2018 (LA LEY 65199/2020).