

El control de transparencia de
condiciones generales y cláusulas
predispuestas en la contratación
bancaria

Luis María Miranda Serrano

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Córdoba

Abstract¹

Este trabajo analiza el doble control de transparencia –formal y material– que han de cumplir las entidades financieras cuando, como es lo habitual, recurren a la técnica de contratar a través de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Se trata de controles con un alcance y una finalidad muy distintos. Además, uno de ellos –el de transparencia en sentido formal– es formulado expresamente por nuestro Derecho, mientras que el otro –el de transparencia en sentido material– ha sido elaborado por la jurisprudencia con el auxilio de la doctrina. El autor centra principalmente su atención en el control de transparencia en sentido estricto, que es el material o sustantivo –o control de transparencia cualificado, como también lo denomina nuestro Tribunal Supremo–. No en vano, dicho control suscita una problemática jurídica mucho más rica y compleja que el control de transparencia formal –o control de inclusión o incorporación, en terminología más clásica–. En concreto, analiza de forma detenida su estrecha conexión con la regla de las cláusulas sorprendentes, su aplicación por nuestros tribunales a los contratos bancarios –especialmente a las cláusulas suelo y multidivisa–, su fundamento o razón de ser, y su posible extensión a los contratos celebrados entre empresarios y/o profesionales (B2B) –ya que el Tribunal Supremo limita su aplicación exclusivamente a los contratos de consumo (B2C)–. Entre las materias abordadas, se insiste en la idea de que las cláusulas no transparentes o sorprendentes, aunque referidas al objeto principal o parte económica del contrato, merecen reputarse irremediabilmente abusivas por no haber sido conocidas –y consentidas– por los adherentes cuando emitieron sus consentimientos negociales.

This paper analyzes the double control of transparency –formal and material– that financial companies have to comply when, as is frequent, they resort to the technique of contracting through general conditions and predisposed clauses. These controls have a very different scope and purpose. In addition, one of them –the control of formal transparency– is expressly formulated by our Law, while the other –the control of material transparency– has been elaborated by the jurisprudence with the help of the doctrine. The author focuses his attention mainly on the control of transparency in the strict sense, which is the control of material transparency –or qualified transparency control, as our Supreme Court calls it too–. Not in vain, this control raises a legal problem more complex than the control of formal transparency –or control of inclusion or incorporation, according to the most classic terminology–. In particular, he analyzes in detail its close connection with the rule of the surprising clauses, its application by our courts to bank contracts –especially to the floor and multi-currency clauses–, its foundation or explanation, and its possible extension to business-to-business contracts (B2B) –because the Spanish Supreme Court applies it only to business-to-consumer contracts (B2C)–. The article insists on the idea that the intransparent or surprising clauses, although referred to the main object or economic part of the contract, deserve to be considered irremediably unfair, because they were not known –and consented– by the adherents when they celebrated their contracts.

Title: The control of transparency of general conditions and predisposed clauses in the bank contracts

Keywords: bank contracts, control of formal transparency, control of material transparency, surprising clauses, unfair terms, subject matter of the contract, business-to-consumer contracts (B2C), business-to-business contracts (B2B).

¹ Este trabajo ha contado con la financiación del Ministerio de Economía Industria y Competitividad, en el marco de los Proyectos de Investigación “Contratación mercantil y competencia empresarial: nuevas tendencias reguladoras y propuestas de conexiones normativas” (Ref. DER2013-43674-P), y “Desafíos del regulador mercantil en materia de contratación y competencia empresarial: diagnóstico y propuestas de solución” (Ref. DER2017-85652-P), de los que son Investigadores Principales los Profs. Drs. Luis M^a MIRANDA SERRANO y Javier PAGADOR LÓPEZ.

Palabras clave: contratos bancarios, control de transparencia formal, control de transparencia material, cláusulas sorprendentes, cláusulas abusivas, objeto principal del contrato, contratos de consumo (B2C), contratos entre empresarios o profesionales (B2B)

Sumario

1. Planteamiento y propósito: el doble control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria
2. El control de transparencia formal o control de inclusión o de incorporación: una breve aproximación
3. El control de transparencia material o control de transparencia cualificado
 - 3.1. Finalidad y alcance de este control: su estrecha conexión con la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendentes
 - 3.2. Ejemplos de cláusulas de contratos bancarios que no superan este control y merecen reputarse no transparentes o sorprendentes
 - a) Cláusulas suelo
 - b) Cláusulas multidivisa
 - c) Cláusulas índice IRPH
 - 3.3. Demostración de la observancia de este control y eliminación del carácter no transparente o sorprendente de la cláusula controvertida
 - 3.4. Fundamento de este control: la necesidad de proteger el consentimiento (rectius, libertad de saber) del adherente
 - 3.5. Aplicación de este control exclusivamente a los contratos de consumo según la doctrina del Tribunal Supremo
 - 3.6. Posibilidad de aplicar este control a los contratos celebrados entre empresarios y/o profesionales
 - 3.7. Nuevas tendencias legislativas: propuestas de formulación legal de este control a través de la prohibición de las cláusulas sorprendentes
4. Consideraciones finales
5. Tabla de jurisprudencia citada
6. Bibliografía

1. Planteamiento y propósito: el doble control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria

Los bancarios suelen ser contratos celebrados a través de condiciones generales, esto es, mediante “cláusulas formuladas de antemano para un número indefinido de contratos de cierta naturaleza y que no han sido negociadas individualmente entre las partes”². Esto explica que normalmente la clientela no tenga otra vía para celebrar estos contratos que la de adherirse a formularios negociales que le vienen ya dados e impuestos por las entidades de crédito –predisponentes–, lo que puede ser cauce de numerosos abusos que comprometen muy seriamente el equilibrio contractual.

Si a la general utilización de condiciones generales y cláusulas predispuestas añadimos la complejidad cada vez mayor de los productos financieros que las entidades de crédito lanzan al mercado, no puede causar sorpresa que uno de los principales criterios utilizados en los últimos años por la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de contratación bancaria sea precisamente el de la *transparencia* en sentido *formal* y *material*.

Corroboran lo anterior las sentencias del Alto Tribunal que enjuician determinadas cláusulas predispuestas insertas en préstamos hipotecarios (principalmente *cláusulas suelo* y *multidivisa*). En ellas el Tribunal Supremo ha elaborado la noción de *control de transparencia cualificado* –o *segundo control de transparencia*–, que se asemeja bastante en su función y alcance al control de contenidos negociales propiciado por la regla de las *cláusulas sorprendentes* en los ordenamientos en los que ésta existe, como expondremos y argumentaremos más adelante³.

Esta labor judicial guarda una estrecha relación con las finalidades de política legislativa inherentes a la legislación bancaria, dentro de las cuales adquiere especial relevancia en nuestros días la consistente en garantizar del mejor modo posible que los contenidos negociales sean claros y puedan comprenderse sin ambigüedad por los adherentes. Así lo corrobora especialmente la *normativa sobre transparencia y protección de la clientela bancaria*.

En la actualidad constituye una pieza central de esta normativa la *Orden Ministerial EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*⁴, elaborada con la pretensión de convertirse en la normativa general de transparencia en el sector. Según su Exposición de Motivos, la adopción de esta Orden Ministerial persigue básicamente la consecución de tres grandes objetivos: 1º) concentrar y sistematizar en un único texto la normativa básica de transparencia, a fin de mejorar su claridad y su accesibilidad para el ciudadano; 2º) actualizar el conjunto de las previsiones relativas a la protección del cliente bancario, al objeto de racionalizar y aumentar las obligaciones de transparencia y racionalizar la conducta de las entidades de crédito; y 3º) desarrollar los principios generales previstos en la *Ley de Economía*

² Definición del artículo 2:209 (3) de los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PDEC), según traducción de Díez-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO (2002), pág. 32; en parecidos términos: BARRES BENLLOCH, EMBID IRUJO, y MARTÍNEZ SANZ (2003), pág. 254.

³ Véase epígrafe 3.1.

⁴ BOE, nº 261, de 29 de octubre de 2011; disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-17015>

*Sostenible*⁵ en lo que al préstamo responsable se refiere. En su disposición final tercera se habilita expresamente al Banco de España para dictar las oportunas normas de desarrollo y ejecución. Además, a lo largo de su articulado se efectúan también varias habilitaciones particulares a esa misma institución. Como resultado de todas ellas, al año siguiente se promulgó la *Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos*⁶, que se propone desarrollar el conjunto de mandatos contenidos en la mencionada Orden Ministerial. Desde el punto de vista subjetivo, estas normas de transparencia se aplican a los *clientes* o *clientes potenciales* de las entidades bancarias, abarcando estos términos tanto a las personas físicas como a las comunidades de bienes (comunidades de propietarios), comunidades de herederos, herencias yacentes y similares, siempre que todas ellas estén mayoritariamente constituidas por personas físicas. Por tanto, las sociedades de capital de pequeña o mediana dimensión, que conforman la mayor parte de nuestro tejido empresarial, quedan al margen de la protección conferida por esta normativa, lo que carece de justificación. Además, según disponen tanto la Orden Ministerial como la Circular del Banco de España referidas, cuando el cliente no actúa en condición consumidora sino en el ejercicio de su actividad profesional o empresarial, las partes pueden acordar la no aplicación total o parcial de sus contenidos normativos⁷. Por otro lado, ha de añadirse a lo anterior que la mayoría de la doctrina niega trascendencia negocial a esta normativa, reduciendo su eficacia al ámbito público o administrativo, a menos que las propias partes contratantes, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad (artículo 1255 CC), se remitan expresamente a ellas en el contrato que celebren (supuestos en los que el contenido de estas normas adquiriría fuerza de ley *ex art.* 1091 CC). Lógicamente, estas importantes limitaciones merman de forma manifiesta la eficacia de estas disposiciones y hacen necesaria la promulgación de una *Ley de Transparencia Bancaria* que dote de seguridad jurídica al sector, en beneficio tanto de los clientes como de las entidades financieras. En nuestra opinión, sería deseable que, de promulgarse esta legislación, se ampliara su ámbito personal o subjetivo de aplicación. El sujeto protegido debería coincidir con el cliente minorista tal como es definido por la normativa MiFiD, que lo concibe como todo cliente que no pueda considerarse profesional, incluyendo en la noción de cliente profesional a las entidades financieras y grandes empresas (con volumen de negocios de cuarenta millones de euros)⁸.

De entre todos los instrumentos con que cuenta el Derecho privado contemporáneo para prevenir y luchar contra la opacidad y el engaño en el ámbito de la contratación bancaria, aquí vamos a centrar la atención en el *doble control de transparencia* —*formal* y *material*— que han de cumplir las entidades bancarias y financieras cuando, como es lo habitual, recurren a la técnica de contratar a través de condiciones generales y cláusulas predispuestas.

Como tendremos ocasión de comprobar seguidamente, se trata de controles con un alcance y una finalidad muy distintos. Además, uno de ellos —el de transparencia en sentido formal— es formulado expresamente por nuestro Derecho, mientras que el otro —el de transparencia en sentido material o sustantivo— ha sido elaborado por la jurisprudencia con el auxilio de la doctrina científica⁹.

⁵ Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE núm. 55, de 5 de noviembre de 2011) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-4117>

⁶ BOE» n° 161, de 6 de julio de 2012; disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-9058

⁷ Véase esta crítica y una aproximación general al contenido de esta normativa en MIRANDA SERRANO (2013), págs. 39 y ss., y PÉREZ DE MADRID CARRERAS (2012), págs. 415 y ss.; también al respecto: NIETO CAROL (2016), págs. 168 y ss.

⁸ En este sentido: NIETO CAROL (2017), *passim*.

⁹ Además de lo que exponemos más adelante (epígrafe 3) en relación con este asunto, y de la doctrina que citamos al respecto, véase monográficamente sobre la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo relativa al control de

Lógicamente, la general utilización de la contratación estandarizada en el sector bancario explica la necesidad de que la regulación convencional de estos contratos respete la legislación especial sobre condiciones generales y cláusulas no negociadas individualmente, contenida en la *Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (LCGC)¹⁰ y en los artículos 80 y ss. del *Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias* (TRLGDCU)¹¹.

El ámbito de aplicación de estas normas es claro: mientras la LCGC resulta aplicable a los contratos celebrados a través de condiciones generales cuando los adherentes actúan como empresarios y/o profesionales, los artículos 80 y ss. TRLGDCU, en cambio, se aplican a las condiciones generales y cláusulas particulares –y, por ende, no generales– predispuestas y no negociadas individualmente en los casos en que los adherentes actúan en condición consumidora¹².

A la vista de lo que dispone esta dual normativa y del modo en que es interpretada en nuestra comunidad jurídica, cabe hablar de la existencia en nuestro Derecho de dos controles de transparencia distintos enderezados a evitar el engaño en la celebración de contratos preredactados e impuestos por las entidades bancarias y financieras a su clientela: uno *formal* y otro *material* o *sustantivo*. El primero se llama *formal* porque sólo garantiza una *posibilidad de conocimiento* del clausulado negocial por parte del adherente. El segundo se denomina *material* por garantizar un *conocimiento efectivo* por el adherente del objeto principal o parte económica del contrato (precio y prestación).

En el empleo de esta terminología seguimos al Tribunal Supremo que, a partir de su muy conocida y comentada sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo, empezó a contemplar y analizar el control de transparencia desde una doble perspectiva: la *transparencia formal o control de inclusión o incorporación* –en terminología más clásica–, por un lado, y la *transparencia cualificada o material, o segundo control de transparencia*, por otro¹³.

Para entender la funcionalidad de ambos controles cabría afirmar, desde un punto de vista general, que al Derecho le corresponde propiciar la *posibilidad de conocimiento* –mera *posibilidad*, repárese– del contenido de las condiciones generales y cláusulas predispuestas por parte de los adherentes. A no ser que las cláusulas se refieran a extremos constitutivos del objeto principal o entramado económico del

transparencia material o sustantivo: ORDUÑA MORENO, SÁNCHEZ MÁRTÍN y GUILLÉN CATALÁN (2016), en especial, págs. 69 y ss.; MORENO GARCÍA (2015), págs. 69 y ss.; PAZOS CASTRO (2017a), en particular, págs. 412 y ss.

¹⁰ Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE, nº 89, de 14/04/1998), disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-8789>

¹¹ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE, nº 287, de 30/11/2007), disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555&tn=1&p=20171104#a80>

¹² Esto es, con un propósito ajeno a una actividad empresarial y/o profesional o, si se prefiere –como se disponía en el artículo 1.3 de la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE núm. 176 de 24 de julio de 1984) –vigente hasta el 1 de diciembre de 2007– (LGDC), sin finalidad de integrar el bien adquirido o el servicio contratado en procesos de mercado de carácter industrial, comercial o profesional; al respecto ampliamente: MIRANDA SERRANO (2006), págs. 179 y ss.; CÁMARA LAPUENTE (2011), págs. 84 y ss.; PAZOS CASTRO (2017a), págs. 225 y ss.

¹³ STS, 1ª, 9.5.2013 (Ar: 3088; MP: Rafael Gimeno-Bayón Cobos).

contrato (precio y prestación), en cuyo caso la función del Derecho ha de ir más allá, garantizando el *conocimiento mismo* – esto es, un conocimiento *real y efectivo* –¹⁴.

Así ha de ser por cuanto que la transparencia respecto de los elementos esenciales o parte económica del contrato cumple la muy relevante función de asegurar la *libre decisión negocial del adherente*, esto es, que al contratar actúa con plena *libertad de saber*, conociendo de forma real y efectiva la carga económica que el contrato le supone y la prestación que va a obtener de la contraparte¹⁵. De modo que cuando por un defecto de transparencia alguna estipulación relativa al objeto principal o parte económica del contrato no haya sido conocida y consentida por el adherente en el momento de la celebración del negocio, habrá de hablarse de un problema de *falta de consentimiento* o *consentimiento viciado* (error o dolo), pues nadie puede consentir sobre lo que no conoce por haberle sido hurtado su conocimiento por quien estaba obligado a procurárselo: el predisponente¹⁶.

Seguidamente analizamos el contenido y alcance de estos dos controles de transparencia [epígrafes, 2 y 3]. Aunque conviene advertir desde este momento que nuestra atención se va a centrar principalmente en el control de transparencia en sentido estricto, que es el *material o sustantivo* [epígrafe, 3]. Ello obedece a que esta modalidad de control suscita una problemática mucho más rica y compleja que el más clásico *control de inclusión o de incorporación* –o *control de transparencia formal*–, ampliamente analizado por la doctrina estudiosa de las normas reguladoras de la contratación estandarizada (LCGC y artículos 80 y ss. TRLGDCU). No en vano, la dogmática privatista se refiere al control de transparencia material o sustantivo como una figura de “difícil delimitación”¹⁷, sobre la cual no existe acuerdo entre los autores y la jurisprudencia aún se encuentra “en proceso de formación”¹⁸.

2. El control de transparencia formal o control de inclusión o de incorporación: una breve aproximación

Con la expresión control de transparencia formal –o control de inclusión o de incorporación, en terminología más clásica– se alude a las exigencias de forma que ha de cumplir el predisponente para asegurarse de que las cláusulas por él predispuestas llegan a incluirse o incorporarse al contrato. Mediante él se trata de garantizar al adherente una posibilidad de conocimiento de las cláusulas predispuestas por el otro contratante, pero no implica en modo alguno que tengan que ser

¹⁴ En palabras de PAZOS CASTRO (2017a), pág. 417, el control de transparencia trasciende “el aspecto formal del consentimiento para pasar a tener un supuesto carácter material, en el sentido de asegurar que la persona consiente los aspectos del contrato que son esenciales”. Sin embargo, aprecia dificultades –incluso desde el plano teórico– para trazar una frontera clara entre la transparencia formal y la material: DOMÍNGUEZ YAMASAKI (2017), págs. 414 y ss.

¹⁵ Véase MIQUEL GONZÁLEZ (2011), pág. 726, quien añade, entre otras cosas, que “la transparencia es fundamental para garantizar las elecciones de los consumidores en aquello cuya determinación se confía al mercado y a la competencia”, con clara referencia a los elementos esenciales u objeto principal del contrato: precio y prestación.

¹⁶ Como argumentaremos más adelante (epígrafe 3.4), la lesividad de las cláusulas sorprendentes reside precisamente en esta *falta de consentimiento* o *consentimiento viciado*.

¹⁷ PAZOS CASTRO (2017a), pág. 413.

¹⁸ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA (2018), *passim*.

efectivamente conocidas por él¹⁹. Se comprende así que este control de transparencia se califique de formal para diferenciarlo del material o sustantivo, que sí comporta un conocimiento efectivo de las cláusulas por el adherente en los términos que expondremos más adelante²⁰.

Los requisitos que han de observarse para que se considere superado este control formal se encuentran en la LCGC (para los contratos celebrados entre empresarios y/o profesionales: B2B) y en el TRLGDCU (para los contratos de consumo: B2C). Son los siguientes:

– En primer lugar, han de cumplirse por el predisponente las exigencias de *la perceptibilidad, la comprensibilidad y la concreción en la redacción de las cláusulas*. En concreto, la *perceptibilidad* requiere que los clausulados contractuales sean confeccionados de tal modo que puedan ser físicamente leídos en atención al tamaño de los caracteres tipográficos utilizados y a su forma de presentación. El TRLGDCU exige al menos un milímetro y medio de tamaño de letra, lo que parece generalizable a todos los contratos celebrados a través de condiciones generales de la contratación y, por ende, también a los concluidos entre empresarios y/o profesionales (B2B), ya que a éstos no cabe atribuirles un mayor grado de agudeza visual que a los consumidores²¹. Por su parte, la *comprensibilidad* implica que el contenido de regulación material pueda ser comprendido y conocido por el adherente de un modo razonablemente fácil en consideración al lenguaje utilizado y a la estructura del clausulado. Junto a lo anterior, se requiere además *concreción*, esto es, que el adherente pueda hacerse una idea suficientemente concreta de su posición contractual, lo que excluye la utilización en los clausulados negociales de proposiciones vagas o genéricas o, dependiendo de las circunstancias, enumeraciones o relaciones meramente enunciativas²².

¹⁹ En este asunto coincide la mejor doctrina. Así se desprende, por ejemplo, de la definición de control de inclusión que proporciona CLAVERÍA GOSÁLBEZ (2008), pág. 36: "conjunto de medidas impuestas por la ley, *encaminadas a posibilitar y facilitar el conocimiento*, por el adherente, de la existencia, el contenido y el alcance de las cláusulas predispuestas y no negociadas" (la cursiva es nuestra). Muy atinadas nos parecen también las consideraciones que al respecto realiza PAGADOR LÓPEZ (2011), págs. 1349 y 1350, quien afirma que la función del control de inclusión o incorporación estriba en "preservar el último *reducto de contractualidad* respecto de las condiciones generales, garantizando que en el momento de la celebración del contrato el adherente, al menos, *conozca de forma efectiva su existencia y pueda conocer su contenido de regulación material*, bien entendido que ello, sin embargo, no convierte a la declaración negocial de adhesión o aceptación de las condiciones generales en un genuino consentimiento negocial". En idéntico sentido véase también, entre otros, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2011), pág. 697: "la eficacia de estos requisitos formales en el atajo del desequilibrio propio de la contratación predispuesta en los contratos con consumidores es bastante relativa. Su única virtualidad es la de permitir que el consumidor sepa que el contrato estará disciplinado por cláusulas predispuestas unilateralmente por el empresario, y la de atribuirle una *mera posibilidad de conocimiento del contenido de las mismas*, mediante su puesta a disposición con carácter previo a la celebración del contrato (...). En modo alguno el cumplimiento de estos requisitos garantiza el consentimiento pleno del consumidor del contenido de las cláusulas predispuestas unilateralmente por el empresario" (la cursiva es nuestra). Empero, no conforme, al parecer, con esta mayoritaria concepción del control de inclusión o incorporación: DOMÍNGUEZ YAMASAKI (2017), pág. 415, quien considera erróneo entender que en nuestro Derecho "la incorporación de las condiciones generales se hace depender únicamente de la accesibilidad y la *posibilidad razonable de tener conocimiento de su contenido*"; a su juicio –que no compartimos– el control de inclusión o incorporación exige transparencia en sentido formal y material.

²⁰ Véase epígrafe 3.

²¹ MIRANDA SERRANO y PAGADOR LÓPEZ (2016), pág. 50.

²² Por ejemplo, la STS, 1ª, 05.7.1997 (Ar: 6151; MP: Xavier O'Callaghan Muñoz) reputó nula una cláusula de sumisión expresa inserta en un contrato de consumo por cuanto que la ley exige "concreción, claridad y sencillez en la

De lo expuesto se desprende que *las condiciones incomprensibles no pueden incorporarse al contrato*. A no ser que *hayan sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a las normas sectoriales de transparencia contractual*, según dispone el artículo 7 LCGC. No es difícil concluir que esta regla está pensando, entre otras, en las normas de transparencia aplicables a la contratación bancaria y financiera. Además de desacertada, cabría considerarla en gran medida innecesaria. Su cometido principal parece consistir en salvar la validez de ciertas fórmulas cuya incorporación al contrato es exigida por la ley. Éste es el caso, por ejemplo, de la que permite calcular la Tasa Anual Equivalente (TAE), en los términos requeridos por la normativa reguladora del crédito al consumo y de las ventas a plazos de bienes muebles. Ahora bien, se estará de acuerdo en admitir que la incorporación de estas cláusulas al contrato sería inobjetable jurídicamente aun cuando no existiera una previsión como la contenida en el artículo 7 LCGC²³.

De todos modos, el hecho de que se aluda en el artículo 7 LCGC a cláusulas incomprensibles pero transparentes permite formarnos una idea bastante aproximada del nivel tan nimio de transparencia que en la práctica garantizan esas normas sectoriales²⁴. La Real Academia Española define el término transparencia como “cualidad de transparente”, e incluye dentro de las acepciones de este último vocablo (que proviene de *transparere*, literalmente “aparecer a través de”) una especialmente apropiada para ser aplicada al ámbito del Derecho de la contratación. Conforme a ella, transparente equivale a “claro, evidente, que se comprende sin ninguna ambigüedad”²⁵. De ahí que parezca absolutamente inapropiado —por constituir una *contradictio in terminis*— hablar de cláusulas incomprensibles pero respetuosas con determinadas reglas sectoriales de transparencia. Lo incomprensible no puede ser transparente. Afortunadamente esta desacertada norma sólo figura en la LCGC (artículo 7). El TRLGDCU carece de una previsión similar. Se explica así que en el ámbito de la contratación bancaria con consumidores no sea posible admitir ninguna excepción al requisito de la comprensibilidad de los clausulados negociales predispuestos en los términos establecidos por el desafortunado artículo 7 LCGC²⁶.

redacción, con posibilidad de comprensión directa (...), lo que significa, entre otras cosas, que el texto sea legible y comprensible, es decir, que no esté en letra tan pequeña que sea difícil darse cuenta y que se entienda por persona de tipo medio. Lo cual no ocurre en el presente caso, en que la letra es tan diminuta y el texto tan breve, que la compradora difícilmente puede leerlo y comprenderlo”. Sobre estas exigencias, más detalles y desarrollo en PAGADOR LÓPEZ (2011), págs. 1351 y ss.; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2011), págs. 697 y ss.; y GONZÁLEZ PACANOWSKA (2009), págs. 917 y ss., entre otros.

²³ ALFARO ÁGUILA-REAL (2002), págs. 105 y ss.

²⁴ PAGADOR LÓPEZ (2011), págs. 1352 y 1353, quien apunta que durante el proceso de tramitación parlamentaria esta norma pervivió en el texto de la LCGC —frente a la opción que proponía suprimirla— con el argumento de *la enorme complejidad que es inherente a la contratación bancaria*.

²⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Edición del Tricentenario, disponible en <http://dle.rae.es>

²⁶ Así, recientemente, DOMÍNGUEZ YAMASAKI (2017), pág. 410. Como es natural, ha de valorarse de forma positiva la ausencia en el TRLGDCU de una regla análoga a la excepción recogida en el artículo 7 LCGC, que con toda razón ha sido objeto de una crítica generalizada por parte de la doctrina: véase al respecto GUILARTE GUTIÉRREZ (2001), págs. 1125 y ss., quien sostiene y argumenta —con razón— la incongruencia del contenido de esta norma.

—En segundo lugar, el predisponente ha de cumplir el requisito de *la entrega o carácter accesible de las condiciones generales*. La regla general en esta materia es la formulada para los *contratos celebrados por escrito*. En tal caso el predisponente puede proceder de dos modos distintos a fin de asegurarse de que las condiciones generales se incorporen al contrato: insertándolas dentro del clausulado contractual, o en un texto o documento aparte que ha de entregarse al adherente. Bien entendido que en ambos supuestos es necesario que en el documento contractual aparezca una referencia a las condiciones generales con la firma de todos los contratantes. La legislación vigente contempla también una regla para los *contratos no celebrados por escrito*, que para nuestros propósitos reviste escasísima importancia por cuanto que, en el ámbito de la contratación bancaria y financiera, prácticamente todos los contratos se celebran de forma escrita. Según esta regla, si los contratos no son celebrados por escrito, bastará que el predisponente anuncie las condiciones generales en un sitio visible dentro del lugar en el que se celebre el contrato, o bien que de cualquier otro modo garantice al adherente una posibilidad de conocimiento de las condiciones en el momento de contratar. Por último, *si el contrato se celebra a través de medios de comunicación a distancia y el adherente actúa en condición consumidora*, la solución viene dada por la *Ley de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores* (LCDSFC)²⁷, toda vez que el régimen general de la contratación a distancia con consumidores contenido en los artículos 92 y ss. TRLGDCU excluye de su ámbito de aplicación los contratos sobre servicios financieros [artículo 93.1 c) TRLGDCU]. En esta hipótesis el predisponente deberá comunicar al adherente en soporte papel o en otro soporte duradero todas las condiciones contractuales y ello necesariamente antes de la celebración del contrato (artículo 9.1). Ahora bien, si el contrato se celebra a iniciativa del consumidor y a través de un medio de comunicación a distancia que no permite transmitir las condiciones contractuales — como, por ejemplo, el teléfono o la videoconferencia—, el predisponente deberá cumplir la mencionada obligación inmediatamente después de la celebración del negocio²⁸.

²⁷ Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (BOE, nº 166, de 12/07/2007), disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-13411>

²⁸ Pero —añade la ley— “sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos de incorporación de las condiciones generales de la contratación” (sic). El alcance de este último inciso resulta sin lugar a dudas enigmático. Implica una remisión al régimen general de incorporación de las condiciones generales y cláusulas predispuestas en los contratos de consumo celebrados a distancia. Hasta la entrada en vigor de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modificó el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE nº 117, 14.05.2014; disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2014-3329>), ese régimen especial se encontraba en el artículo 80.1 TRLGDCU, el cual exigía que constase en los términos reglamentariamente establecidos la aceptación de todas las cláusulas del contrato sin necesidad de firma convencional, así como el envío inmediato al consumidor de justificación documental de la contratación efectuada. El desarrollo reglamentario al que alude la norma referida se encontraba en el desafortunado Real Decreto 1906/1999 [sobre él tuvimos ocasión de disertar en MIRANDA SERRANO (2007), págs. 233 y ss.]. Pero el Real Decreto 1906/1999 fue derogado por la Ley 3/2014 de 27 de marzo de reforma del TRLGDCU, que también derogó lo dispuesto al respecto en el artículo 80 TRLGDCU, así como el apdo. 4º del artículo 5 LCGC que en términos sustancialmente semejantes regulaba la incorporación de éstas al contrato en caso de contratación electrónica y telefónica. Por tanto, a la vista de esta situación que podríamos calificar de una verdadera laguna legal, no podemos sino concluir que ese primer inciso (“sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos de inclusión de las condiciones generales de la contratación”), carece en la actualidad de alcance práctico.

3. El control de transparencia material o control de transparencia cualificado

3.1. Finalidad y alcance de este control: su estrecha conexión con la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendentes

Con la expresión control de transparencia material o sustantivo – o *control de transparencia cualificado*, como también lo denomina nuestro Tribunal Supremo– se trata de garantizar que a la hora de contratar el adherente tenga un efectivo conocimiento del objeto principal o parte económica del contrato, porque sólo así cabe hablar de un consentimiento auténticamente libre, formado y emitido con plena *libertad de saber*. Su incorporación a nuestro ordenamiento ha sido obra de la jurisprudencia²⁹. Aunque, en rigor, su origen es posible residenciarlo en la *regla prohibitiva de las cláusulas sorprendentes* que, pese a no contar con una formulación legal en nuestro Derecho, sí ha sido abordada por la doctrina estudiosa de la contratación estandarizada; sobre todo, al analizar las previsiones de otros ordenamientos –como el alemán– que sí cuentan con una regla de esta naturaleza³⁰.

En palabras no excesivamente afortunadas de nuestro Tribunal Supremo –que habla impropiaemente de un *deber de comprensibilidad real del predisponente*–, esta modalidad de control –al que denomina en algunos casos *control de transparencia cualificado* y en otros *segundo control de transparencia*– “responde a un previo y especial deber de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales”. En concreto –añade el juzgador–, “el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada”³¹.

En una resolución anterior –muy comentada por la doctrina por constituir el pistoletazo de salida de la formulación jurisprudencial del control de transparencia a propósito del enjuiciamiento de las cláusulas suelo– este mismo Tribunal define el control de transparencia material como “parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta” que “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 realizado 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

²⁹ El profesor OLIVENCIA RUIZ (2015), págs. 256 y 257, se expresa especialmente crítico con la creación de este control de transparencia por vía jurisprudencial, al entender que carece de base y fundamento en nuestro Derecho y que constituye una “creación judicial” del Derecho que invade el ámbito del poder legislativo.

³⁰ Entre la doctrina mercantilista que, entre nosotros, se ocupó primeramente de la regla de las cláusulas sorprendentes al abordar la contratación a través de condiciones generales cabe citar a ALFARO-ÁGUILA REAL (1991), págs. 274 y ss y a PAGADOR LÓPEZ (1999a), págs. 454 y ss.

³¹ STS, 1ª, 8.9.2014 (Ar: 4660; MP: Francisco Javier Orduña Moreno).

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”³².

En otra sentencia algo posterior pero similar a las precedentes el Alto Tribunal afirma que las cláusulas relativas al objeto principal del contrato han de someterse a un “doble control de transparencia”. De un lado, al control de “mera transparencia documental o gramatical”. De otro, al control de transparencia material, que requiere “que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato”. De modo que “no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio”³³.

Especialmente claras son, por último, las siguientes afirmaciones del Tribunal Supremo en relación con la función que en la práctica desempeña el control de transparencia material o sustantivo: garantizar “que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte”, y salvaguardar “la adecuada elección del consumidor en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia, lo que supone que más allá de la mera exigencia de claridad de los términos de las cláusulas, se pretende asegurar que el consumidor tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto”³⁴.

La relevancia que con el paso del tiempo ha ido adquiriendo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –del que se ha llegado a decir que ejerce una función regulatoria que viene a solventar las dificultades del legislador comunitario para desarrollar normas tuitivas de los consumidores³⁵– podría llevar a pensar que, al elaborar el control de transparencia material, nuestro Tribunal Supremo ha actuado siguiendo las directrices fijadas al respecto por el Alto Tribunal europeo. Sin embargo, no ha sido así. Cuando en 2013 el Tribunal Supremo comenzó a aplicar el control de transparencia material o sustantivo en los términos apuntados³⁶, todavía el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no había elaborado un control de transparencia análogo³⁷. Lo hizo con posterioridad.

³² STS, 1ª, 9.5.2013 (Ar: 3088; MP: Rafael Gimeno-Bayón Cobos).

³³ STS, 1ª, 25.3.2015 (Ar: 735; MP: Eduardo Baena Ruiz).

³⁴ STS, 1ª, 23.12.2015 (Ar: 5714; MP: Pedro José Vela Torres).

³⁵ GERSTENBERG (2015), págs. 599 y ss.; también de interés: MICKLITZ y REICH (2014), págs. 771 y ss.

³⁶ STS, 1ª, 9.5.2013 (Ar: 3088; MP: Rafael Gimeno-Bayón Cobos).

³⁷ Como lo corrobora en cierta medida el hecho de que esta STS no aluda a la jurisprudencia europea cuando explica en qué consiste el control de transparencia (salvo una breve alusión al caso *RWE Vertrieb*): PAZOS CASTRO (2017a), pág. 435.

El punto de partida fue la sentencia del caso *Kásler vs OTP Jelzálogbank ZRT* en materia de préstamos multidivisa³⁸.

En este asunto se planteó al Tribunal de Justicia como cuestión prejudicial la determinación de cuándo había de entenderse cumplido el requisito de claridad y comprensibilidad del artículo 4.2 de la *Directiva sobre cláusulas abusivas*³⁹. En respuesta a esta cuestión el Tribunal concluyó que el artículo 4.2 de la Directiva “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”⁴⁰.

Tras la sentencia referida, merecen también ser mencionados otros asuntos en los que el Tribunal de Justicia europeo no sólo ha reiterado lo dicho en el caso *Kásler vs OTP Jelzálogbank ZRT*, sino que, además, ha dejado muy claro que el control de transparencia material no sólo se aplica a las cláusulas multidivisas, sino que posee alcance general⁴¹. Entre ellos, cabe aquí mencionar los tres casos

³⁸ STJUE, 30.4.2014 (asunto C-26/13, *Kásler vs OTP Jelzálogbank ZRT*); entiende que el control de transparencia residenciado en esta STJUE es más estricto o riguroso que el elaborado por nuestro TS: PAZOS CASTRO (2017a), págs. 437 y 438.

³⁹ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOUE, nº 95, 21/04/1993), disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1993-80526>. Sobre el dinamismo del TJUE en la aplicación e interpretación de esta Directiva: MICKLITZ y REICH (2014), págs. 771 y ss.; GERSTENBERG (2015), págs. 599 y ss.

⁴⁰ Apartado 75; previamente a esta conclusión, el TJUE declara en los apartados 71 a 74 de esta sentencia lo siguiente: “la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical. Por el contrario (...), esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva (...) tiene un importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo (véase por analogía la sentencia *RWE Vertrieb*, apartado 49). En lo que atañe a las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera especificadas por la cláusula III/2, incumbe al tribunal remitente determinar si, a la vista de todos los aspectos de hecho pertinentes, entre ellos la publicidad y la información ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso podía no sólo conocer la existencia de la diferencia entre el tipo de cambio de venta y el de compra de una divisa extranjera, aplicada en general en el mercado de valores mobiliarios, sino también evaluar las consecuencias económicas potencialmente importantes para él de la aplicación del tipo de cambio de venta para el cálculo de las cuotas de devolución a cuyo pago estaría obligado en definitiva, y por tanto el coste total de su préstamo”.

⁴¹ PAZOS CASTRO (2017a), pág. 443.

siguientes: 1º) *Matei vs SC Volksbank România SA*, sobre la celebración de dos contratos de crédito, uno para asumir gastos corrientes personales y otro para financiar la adquisición de un bien inmueble⁴²; 2º) *Jean-Claude Van Hove vs CNP Assurances SA*, relativo a un contrato de seguro suscrito en el momento de la celebración de un contrato de préstamo⁴³; y 3º) *Maria Bucura v. SC Bancpost SA*, sobre el carácter supuestamente abusivo de varias cláusulas incluidas en contratos de crédito al consumo⁴⁴.

Distanciándonos –aunque más formal que materialmente– de los términos utilizados tanto por nuestro Tribunal Supremo como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la hora de configurar el control de transparencia material o sustantivo, cabría afirmar que a través de este control lo que se persigue no es básicamente sino evitar que en los clausulados predispuestos los predisponentes hagan uso de las llamadas *cláusulas sorprendentes*, también denominadas *insólitas*,

⁴² STJUE, 26.2.2015 (asunto C-143/13, Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei vs SC Volksbank România SA); en los apartados 73 a 75 de esta STJUE se afirma –en la dirección abierta por la STJUE *Kásler vs OTP Jelzálogbank ZRT*– que “debe recordarse que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida en los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13 (...) no puede reducirse sólo al carácter comprensible de aquéllas en un plano formal y gramatical (...), para satisfacer la exigencia de transparencia reviste una importancia capital la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo del interés, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan (véase, en este sentido, la sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, apartado 73). Tal cuestión debe ser examinada por el tribunal remitente a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que se encuentran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo, y teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (véase, en este sentido, la sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, apartado 74).

⁴³ STJUE, 23.4.2015 (asunto C-96/14, Jean-Claude Van Hove vs CNP Assurances SA). En el apartado 50 de esta STJUE se concluye que “procede, pues, responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que la excepción que figura en dicha disposición sólo resultará aplicable a una cláusula incluida en un contrato de seguro y que tenga por objeto garantizar la obligación de la entidad aseguradora de hacerse cargo del pago de las mensualidades debidas al prestamista en caso de incapacidad total para trabajar del prestatario en la medida en que el órgano jurisdiccional remitente constate: –por una parte, que, atendiendo a la naturaleza, a la configuración general y a las estipulaciones del conjunto de contratos en el que se inserte, así como al contexto jurídico y de hecho, dicha cláusula constituye un elemento esencial de ese conjunto de contratos que, como tal, caracteriza al entramado contractual, y, –por otra parte, que la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él”.

⁴⁴ STJUE, 9.7.2015 (asunto C-348/14, Maria Bucura vs SC Bancpost SA), en la que nuevamente el TJUE sostiene que, al evaluar un contrato de crédito al consumo de conformidad con el artículo 3, apartados 1 y 3, de la Directiva de cláusulas abusivas, el juez nacional debe tener en cuenta todas las circunstancias que rodean la celebración del contrato. En concreto –añade–, le incumbe verificar si, en el caso enjuiciado, se han proporcionado al consumidor todos los elementos que puedan tener un impacto en el alcance de su negocio, lo que le permitirá evaluar, en particular, el coste total de su préstamo. En dicha evaluación –concluye– juega un papel decisivo la determinación de si las cláusulas están escritas de una manera clara y comprensible para que permitan a un consumidor medio adoptar una decisión informada sobre si contratar o no.

inesperadas, furtivas o sorprendivas – esto es, las *überraschende Klauseln* del Derecho alemán –, en el sentido que exponemos a continuación. Se explica así que, desde nuestro punto de vista, quepa apreciar una estrechísima conexión entre el control de transparencia material o sustantivo y la regla prohibitiva de esta clase de estipulaciones, formulada de forma pionera en el Derecho continental europeo por el legislador alemán. De hecho, tanto la doctrina como la jurisprudencia subrayan esta vinculación. La primera afirma de forma expresiva que “las cláusulas sorprendentes y las cláusulas intransparentes referidas a los elementos esenciales del contrato son hermanas gemelas muy difíciles de distinguir en la práctica”⁴⁵. El Tribunal Supremo, por su parte, ha sostenido expresamente en alguna resolución que el que él denomina control de transparencia cualificado o segundo control de transparencia conecta directamente con la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendivas⁴⁶.

Para entender bien qué son las cláusulas sorprendentes y cómo juegan en el entramado de la relación contractual y, en definitiva, para conocer cuál es la función y el alcance del control de transparencia material o sustantivo que analizamos, interesa dejar sentadas dos ideas que, en nuestra opinión, revisten gran relevancia en esta materia: una sobre la improcedencia de someter a control de contenido o abusividad las estipulaciones relativas al objeto principal del contrato [*infra*, 1^a)], y otra sobre las expectativas legítimas y razonables que tiene todo contratante a la hora de celebrar un determinado contrato [*infra*, 2^a)].

– 1^a) La primera idea posee gran importancia y se refiere, en efecto, a que el *objeto principal o parte económica del contrato (precio y prestación) no son susceptibles de control de contenido o abusividad*, ya que los adherentes dirigen – o deben dirigir – su atención cuando contratan precisamente a dichos elementos, al ser la equivalencia entre precio y prestación un asunto que – salvo contadas excepciones debidamente justificadas – corresponde al mercado y no al Derecho. Ésta es la razón por la que ha de considerarse decisivo que las cláusulas relativas a dichos elementos sean verdaderamente transparentes, esto es, efectivamente conocidas y comprendidas por los adherentes en el momento de emitir sus consentimientos negociales.

El fundamento normativo de esta relevante idea – sustracción a control de contenido de la relación entre precio y prestación – suele ubicarse en el artículo 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, donde se dispone que “[l]a 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”. La lectura atenta del precepto, a la luz de los trabajos preparatorios de la Directiva, permite concluir que su principal finalidad estriba en establecer que “el núcleo de la relación contractual (*essentialia negotii*), cuando haya sido definido de manera clara y comprensible, no resulte afectado por el control de contenido o abusividad”⁴⁷. En otros términos, cabría decir que, a través del artículo 4.2, la Directiva sobre cláusulas abusivas deja que sea el juego de la competencia – y no el juez – el que

⁴⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL (2017c), pág. 3; también en esta dirección PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004), págs. 193 y ss.; DOMÍNGUEZ YAMASAKI (2017), pág. 414; sin embargo, no conforme, al parecer, con identificar el control de transparencia material y la prohibición de las cláusulas sorprendentes: CARRASCO PERERA (2017), *passim*.

⁴⁶ Véase la STS, 1^a, 30.1.2017 (Ar: 371; MP: Pedro José Vela Torres), a la que aludimos expresamente más adelante al hablar de las cláusulas suelo como ejemplo de estipulaciones sorprendentes.

⁴⁷ En expresión del Abogado General WHALS en sus Conclusiones a la STJUE, 30.4.2014 (asunto C-26/13, Kásler vs OTP Jelzálogbank ZRT).

controle el objeto principal del contrato⁴⁸. Empero, al incorporar esta Directiva a nuestro ordenamiento interno, desapareció la previsión del Proyecto de Ley que recogía la norma equivalente al mencionado artículo 4.2, lo que se ha interpretado como un error negligente de nuestro legislador⁴⁹. De ahí que desde entonces se plantee el problema de si ha de estimarse que la deliberada decisión de no incluir el tenor del artículo 4.2 de la Directiva en el articulado de la LGDCU –y, por tanto, posteriormente también en el del TRLGDC– supone que en el Derecho español, contrariamente al principio sentado por aquel precepto, las cláusulas reguladoras de los elementos esenciales o parte económica del contrato sí pueden ser sometidas a control de contenido. La doctrina mayoritaria se ha opuesto a esta interpretación con argumentos muy sólidos y convincentes⁵⁰. De conformidad con ella, ha de aceptarse que la ausencia de reproducción del artículo 4.2 de la Directiva en el TRLGDCU no permite someter a control de contenido el objeto principal o parte económica del negocio. Principalmente por dos razones: 1ª) De un lado, porque dicho control sería incompatible con el principio de seguridad jurídica, además de muy difícilmente practicable: ¿cuál habría de ser el criterio para juzgar acerca del carácter abusivo o no de un precio? 2ª) De otro lado, porque la licitud de ese control sería muy dudosa en un sistema económico constitucional como el nuestro, en el que la fijación de los precios se confía, como regla general, al mercado (artículo 38 CE), lo que puede ser excepcionado mediante ley, pero nunca de modo general⁵¹. Hecha esta precisión, interesa poner de manifiesto que el artículo 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas puede ser objeto de una doble interpretación en lo que atañe a las consecuencias derivadas de la falta de transparencia de una cláusula relativa al objeto principal del contrato⁵²: 1ª) la primera, apegada a su tenor literal, sostiene que dicha cláusula queda sometida al control de contenido a fin de dilucidar si es o no abusiva⁵³; 2ª) la segunda, más alejada de la literalidad de la

⁴⁸ Así, recogiendo el sentir mayoritario de la doctrina nacional y comparada al interpretar el art. 4.2: PAZOS CASTRO (2017a), págs. 345 y ss. y 412 y ss.; concluye este autor que el artículo 4.2 de la Directiva ha de interpretarse en el sentido de que “están excluidas del control de contenido las cláusulas que determinan la relación calidad/precio, las condiciones que determinan la prestación o el precio, las cláusulas que participan en la determinación del objeto del contrato o las cláusulas que participan en la definición de la prestación debida” (pág. 350); y a lo anterior añade que el objeto de esta disposición no es otro que prohibir a un juez que “pueda determinar que una cláusula es abusiva simplemente porque considere que el precio de los bienes o servicios objeto del contrato sea demasiado elevado” (pág. 345).

⁴⁹ Así, entre otros, CÁMARA LAPUENTE (2006), págs. 61 y ss. y, más recientemente, PAZOS CASTRO (2017a), págs. 350 y ss.; no obstante, ambos autores discrepan sobre algún extremo como se pone de relieve en la obra citada en segundo lugar, pág. 363.

⁵⁰ Al respecto: PAGADOR LÓPEZ (2013), págs. 7 y ss., y la doctrina por él citada: MIQUEL RODRÍGUEZ, ALFARO ÁGUILA-REAL, CÁMARA LAPUENTE y PERTÍNEZ VÍLCHEZ. De ella se separa una doctrina minoritaria para la que el artículo 4.2 de la Directiva no rige en nuestro ordenamiento que, por tanto, permite el control de contenido o abusividad de las cláusulas que conforman el contenido principal o parte económica del contrato (precio y prestación), lo que supone una elevación del grado de protección conferido al consumidor-adherente: DUQUE DOMÍNGUEZ, CARRASCO PERERA, LYCZKOWSKA. También de interés sobre este asunto: CÁMARA LAPUENTE (2013a), págs. 98 y ss. y (2013b), *passim*; PAZOS CASTRO (2017a), págs. 360 y ss.,

⁵¹ CÁMARA LAPUENTE (2013a), págs. 163 y 164.

⁵² Véase, *ad ex.*, PAZOS CASTRO (2017b) págs. 174 y ss. y (2017a), págs. 436 y ss.

⁵³ En esta dirección, entre otras: STJUE, 30.4.2014 (asunto C-26/13, Kásler vs OTP Jelzálogbank ZRT), que concibe el control de transparencia como un paso previo al control de contenido; STJUE de 26.2.2015 (asunto C-143/13, Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei y SC Volksbank România SA), en la que el TJUE afirma expresamente que, aun cuando un Tribunal constate que las cláusulas enjuiciadas forman parte del objeto principal del contrato, “en todo caso tales cláusulas deberán ser objeto de una apreciación de su posible carácter abusivo si se comprueba que no están redactadas de forma clara y comprensible”; y STJUE de 26.1.2017 (asunto C-421/14, Banco Primus, SA y Jesús Gutiérrez), donde –de forma muy clara– el TJUE sostiene que, en los casos en que las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no son claras y comprensibles, “incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar el carácter abusivo de dicha cláusula y, en particular, si ésta causa, en detrimento del consumidor de que se trate, un

norma pero más coherente con su fundamento o razón de ser, defiende que la falta de transparencia de este tipo de estipulaciones comporta automáticamente la sanción de la ilicitud o abusividad⁵⁴. A nuestro juicio, esta segunda solución es la procedente⁵⁵. Más adelante volveremos sobre ella al constatar cómo nuestro Tribunal Supremo ha dado cabida en sus sentencias a ambas interpretaciones⁵⁶.

–2ª) La segunda idea relevante a la que aquí es también necesario referirnos estriba en que cuando un cliente celebra un contrato con una entidad bancaria o financiera tiene unas *expectativas legítimas y razonables* a la vista del tipo de contrato de que se trate, del modo en que es regulado por la legislación (para el caso, lógicamente, de que sea un contrato típico y cuente con regulación legal, lo que no suele ocurrir en la contratación financiera dada su atipicidad), de la práctica usual bancaria, de la publicidad emitida por la entidad financiera y, en suma, del contexto global en que se ha desarrollado la operación negocial entre las partes.

Como se corroborará más adelante, en la noción de cláusula sorprendente posee gran relevancia la idea de *conferir adecuada protección a las expectativas legítimas y razonables del adherente*⁵⁷. Por cierto que en nuestro ordenamiento existen normas específicas dirigidas a proteger dichas expectativas. Así ocurre, por ejemplo, con la regulación del *principio de la integración publicitaria del contrato*. El legislador reconoce a los consumidores el derecho a exigir a la contraparte que los contenidos publicitarios y promocionales integren el contrato (*ex* artículo 61 TRLGDCU) porque de no ser así podrían defraudarse gravemente las expectativas legítimas y razonables que la publicidad generó en el ánimo de aquéllos incitándoles a contratar. En rigor, esta concreción normativa de la protección de las legítimas expectativas de los contratantes –a la que cabría añadir alguna otra como, por ejemplo, la plasmada en el artículo 116 TRLGDCU– no es sino una derivación legal específica del gran principio de la buena fe en sentido objetivo (artículos 1258 CC y 57 Cdc)⁵⁸.

Sobre la base de estas dos ideas –que funcionan como auténticas premisas, necesarias para comprender bien el alcance y la función de la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendidas–, hemos

desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes”. En la doctrina más reciente véase, al parecer, en esta dirección PAZOS CASTRO (2017a), pág. 414, quien, frente a quienes sostienen que la falta de transparencia de una cláusula implica su carácter abusivo, defiende que “esa no es la interpretación a la que conduce la dicción literal de la Directiva de cláusulas abusivas” (pero –añadimos nosotros– la interpretación literal ni es la única posible ni la más procedente en todos los casos).

⁵⁴ Así, entre otros, ALFARO ÁGUILA-REAL (2017c); en contra, sin embargo: PAZOS CASTRO (2017a), pág. 439.

⁵⁵ Pues, como hemos señalado más arriba, la equivalencia entre precio y prestación y, en general, el control del objeto principal del contrato es un asunto que –salvo contadas excepciones muy justificadas– no corresponde al Derecho sino al mercado.

⁵⁶ Véase epígrafe 3.5.

⁵⁷ En la doctrina civilista GONZÁLEZ PACANOWSKA (1990), pág. 1209, se hizo eco tempranamente de estas expectativas en el ámbito del sector del seguro, al apuntar que un sector de la doctrina alemana (en concreto, cita a WEYERS) admite que el asegurador ha de definir el tipo de riesgo que desea cubrir, pero que en los detalles y particularidades es factible que se active el control judicial –pese a ser el riesgo elemento esencial del contrato–; “en particular –añadía esta autora–, para ver si la descripción general del tipo de seguro, lo que se hubiera publicitado, etc., se corresponde en sus detalles con el ámbito de protección que puede *razonablemente esperarse*” (la cursiva es nuestra). Pero fue sobre todo PAGADOR LÓPEZ (1996), págs. 107 y ss. en la doctrina mercantilista, quien posteriormente desarrolló esta relevante idea de las expectativas legítimas y razonables, clave para interpretar cabalmente el alcance del artículo 3.1 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS).

⁵⁸ Ampliamente: MIRANDA SERRANO y SERRANO CAÑAS (2016), págs. 14 y ss.

de afirmar que merecen denominarse sorprendentes las estipulaciones relativas al objeto principal o parte económica del contrato (precio y prestación) que, de conformidad con las circunstancias y, en especial, con el tipo o naturaleza del contrato celebrado y su contexto, resultan tan insólitas o inesperadas para el adherente que producen el efecto de contravenir de forma manifiesta las legítimas y razonables expectativas que dicho sujeto se había forjado a la hora de decidirse a celebrar el contrato con el predisponente⁵⁹.

Como acaba de indicarse, las cláusulas sorprendentes han de ir referidas necesariamente al *objeto principal o parte económica del contrato*⁶⁰. De ahí que sea necesario limitar el alcance del control de transparencia material o sustantivo exclusivamente a dichas estipulaciones esenciales (sobre precio y prestación). Éstas son válidas y vinculantes cuando –con independencia de su contenido– son efectivamente conocidas y comprendidas por el adherente en el momento de contratar. Con fundamento en el artículo 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, cabe integrar dentro de este tipo de estipulaciones todas las que contribuyen a calcular y definir el precio –y no únicamente las que establecen su extensión–, así como todas las relativas a la contraprestación⁶¹.

El resto de cláusulas –esto es, las que no afectan al objeto principal o parte económica del contrato⁶²– no suelen ser tenidas en cuenta por los adherentes cuando celebran sus contratos. Por eso para ellas el Derecho no prevé un control de transparencia material o sustantivo, sino un *control de contenido o abusividad*, de conformidad con el cual se reputan válidas si su contenido respeta el Derecho dispositivo e inválidas en caso contrario⁶³. De modo que, a diferencia de las estipulaciones conformadoras del objeto principal del contrato, la licitud de estas otras cláusulas accesorias no

⁵⁹ En este sentido: PAGADOR LÓPEZ (2011), pág. 1369, tras PERTÍÑEZ VÍLCHEZ; entre los primeros autores que se ocuparon de este tipo de estipulaciones: ALFARO-ÁGUILA REAL (1991), págs. 274 y ss., y PAGADOR LÓPEZ (1999a), págs. 454 y ss.

⁶⁰ Según el TJUE, las cláusulas contractuales incluidas dentro del “objeto principal del contrato” (*ex* artículo 4.2 de la Directiva 93/13) son las que regulan las prestaciones esenciales y, como tales, lo caracterizan: véase en este sentido las SSTJUE, 3.6.2010 (asunto C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid vs Ausbanc) y STJUE 23.4.2015 (asunto C-96/14, Jean-Claude Van Hove vs CNP Assurances SA). Aunque estas afirmaciones del TJUE ayudan algo a la hora de delimitar qué se entiende por objeto principal del contrato, lo cierto es que tampoco solucionan toda la controversia, como se pone de manifiesto por PAZOS CASTRO (2017a), pág. 376.

⁶¹ Por tanto, han de entenderse parte del objeto principal del contrato, *ad ex.*, las cláusulas de redondeo al alza, y otras estipulaciones que inciden en el cálculo del tipo de interés, como, *ad ex.*, la cláusula que toma como referencia un año de 360 días: PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2013), págs. 21 y 22.

⁶² El TJUE se refiere a ellas como cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual: SSTJUE, 30.4.2014 (asunto C-26/13, Kásler vs OTP Jelzálogbank ZRT) y STJUE, 23.4.2015 (asunto C-96/14, Jean-Claude Van Hove vs CNP Assurances SA).

⁶³ Cabría afirmar que a través de la instauración de este control de contenido o abusividad el legislador se dirige a quienes participan en el mercado como adherentes para transmitirles el siguiente mensaje: contraten ustedes a través de condiciones generales y háganlo con la confianza plena de que, aun cuando no conozcan el contenido de los clausulados generales (por no haberlos leído), finalmente no van a sentirse vinculados por ninguna condición general que no sea respetuosa con el Derecho dispositivo y las exigencias de la buena fe. De esto ya nos ocupamos más ampliamente –con cita de doctrina al respecto– en MIRANDA SERRANO (2008), págs. 374 y ss.

deriva de que sean efectivamente conocidas y consentidas por el adherente, sino de que respeten el Derecho supletorio, los usos y la buena fe⁶⁴.

La coherencia de lo que acaba de afirmarse es evidente: si no se controla el objeto principal del contrato por no ser necesario, ya que los adherentes dirigen —o deben dirigir— su atención cuando contratan a los factores que configuran el mercado (precio y prestación), habrá que considerar decisivo y fundamental que las cláusulas que lo describen sean verdaderamente transparentes. Sólo así no resultarán desvirtuados aquellos factores esenciales que conforman el *reducto de contractualidad* sobre el que necesariamente ha de girar el consentimiento de los contratantes. Esto explica que haya de relacionarse directamente el control de transparencia material prohibitivo de este tipo de estipulaciones con los *deberes de información precontractuales de los predisponentes*, toda vez que su finalidad reside en preservar que el adherente manifieste un *consentimiento verdaderamente informado* (esto es, actúe con plena *libertad de saber*) sobre la base de la información que le ha sido suministrada con carácter previo por el predisponente⁶⁵.

A la vista de lo que acabamos de exponer, se comprenderá que consideremos muy desafortunada la previsión contenida en la *Proposición de Ley de impulso de la transparencia en la contratación predispuesta*, recientemente presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Socialista⁶⁶, según la cual se propone incorporar al TRLGDCU un artículo 90 ter en el que se fija el ámbito de aplicación del control de transparencia en los siguientes términos: “[q]uedan sujetas a control de transparencia tanto las cláusulas que configuran el objeto principal del contrato, como las del resto del clausulado predispuesto”⁶⁷. Desde nuestro punto de vista, esta norma es tan desacertada que no merece más comentario que el deseo —y la esperanza— de que no llegue nunca a publicarse en el BOE (deseo —y esperanza— que hacemos extensivo a todo el texto de la Proposición de Ley —al menos en su actual redacción—, dados los muchos errores —técnicos y de política legislativa— en los que incurre). De lo contrario, van a introducirse en el Derecho de contratos, en general, y en el regulador de la contratación estandarizada, en particular, muchas quiebras y disfunciones difícilmente justificables en una comunidad jurídica como la nuestra, que en materia de contratación ha alcanzado un notable grado de rigor y desarrollo⁶⁸.

⁶⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL (2017a).

⁶⁵ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2013), págs. 17 y ss. y tras él, CASADO NAVARRO (2015a), págs. 53 y ss.; en concreto, afirma PERTÍÑEZ que “el consumidor tiene derecho a conocer los elementos esenciales del contrato sin necesidad de una ocupación intensiva y no el deber de procurarse este conocimiento mediante la lectura de farragosos clausulados contractuales, que en el fondo es lo único que posibilita el cumplimiento de los requisitos de inclusión” (pág. 13).

⁶⁶ 122/000142 Proposición de Ley de impulso de la transparencia en la contratación predispuesta, por la que se modifica el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro y el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-176-1.PDF

⁶⁷ En el apartado II de la Exposición de Motivos de esta Proposición de Ley se afirma en relación con esta disposición que “en esta línea de la protección más eficaz del consumidor, la nueva regulación extiende el ámbito del control de transparencia *no solo a las cláusulas que determinan el objeto principal del contrato*, aspecto ya contemplado por la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, *sino también al resto del clausulado predispuesto aunque su alcance en la relación contractual sea accesorio*” (la cursiva es nuestra).

⁶⁸ En este sentido, no podemos sino coincidir plenamente con la crítica que realiza ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA (2018) a la propuesta de incorporación del artículo 90 ter al TRLGDCU efectuada por esta Proposición de Ley, cuando afirma

La determinación de si concurre o no el *elemento o factor sorpresa* en una determinada estipulación exige averiguar qué creía estar contratando el adherente cuando celebró el contrato que la incorpora. Sólo así es posible comparar las legítimas y razonables expectativas de dicho sujeto con el contenido de la estipulación en cuestión⁶⁹. Para acometer dicha tarea parece procedente recurrir al *criterio de la razonabilidad*, esto es, a las expectativas que, a la vista de todas las circunstancias concurrentes en el momento de concluir el contrato, se habría forjado una persona razonable de la misma condición que el adherente⁷⁰.

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

Un criterio especialmente importante para dar respuesta a la pregunta anterior y, en suma, para dilucidar en cada caso si estamos o no ante una cláusula sorprendente, lo proporciona *la propia descripción legal del tipo de contrato en el que la estipulación se inserta*⁷¹. Sin embargo, su utilidad en el ámbito de la contratación bancaria es limitada, pues los bancarios son en la generalidad de los casos contratos *atípicos* que no llegan a alcanzar tipificación legal, bastándoles con la tipificación social adquirida por la propia dinámica de la vida económica. Y aunque en algunos supuestos logran una cierta tipificación normativa, cuentan, no obstante, con un régimen jurídico fragmentario, que deja sin disciplinar muchos de sus extremos⁷².

Al criterio de la descripción legal del tipo de contrato recurre, por ejemplo, el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de abril de 2016⁷³. Se analiza en ella una cláusula contractual inserta en un contrato de seguro de responsabilidad civil del transportista que pretende excluir de cobertura los daños causados a la mercancía

que “no cabe duda de que todas las cláusulas están sometidas al control de transparencia formal, es decir al de comprensibilidad gramatical, y que por tanto también las cláusulas accesorias oscuras se interpretarán en el sentido más favorable al consumidor o no producirán efecto. Pero en el caso de control de transparencia material, la aplicación de la misma regla a las cláusulas accesorias no solo no parece estar justificado sino que puede ser contraproducente. Como ha señalado el TJUE, el control de la transparencia ha de ser especialmente riguroso en relación con las prestaciones esenciales pues sobre ellas no cabe el control de contenido (no pueden ser declaradas abusivas): por ello es esencial que haya comprendido exactamente las consecuencias jurídicas y económicas del contrato”.

⁶⁹ ALFARO-ÁGUILA REAL (2017a).

⁷⁰ Sobre la relevancia de este criterio interpretativo en los nuevos textos que recogen las tendencias del Derecho de la contratación contemporáneo: MIRANDA SERRANO (2017c), págs. 41 y ss.

⁷¹ Así, a propósito del contrato de seguro: ALFARO ÁGUILA-REAL (2016).

⁷² MIRANDA SERRANO (2013), págs. 39 y ss.

⁷³ STS, 1ª, 22.4.2016 (Ar:3846; MP: Pedro José Vela Torres)

con ocasión de su carga y descarga⁷⁴. Como apunta el Tribunal, el problema no es otro que calificar dicha estipulación como delimitadora del riesgo o limitativa de derechos y, en su caso, sorpresiva. Finalmente se inclina por entender que se trata de una cláusula limitativa. Y para ello se vale del criterio que proporciona la *descripción legal del tipo contractual realizada por el artículo 58 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS)*⁷⁵, de la que se infiere sin dificultad que un seguro de responsabilidad civil del transportista cubre naturalmente los daños que se causen a la mercancía en las operaciones de carga y descarga⁷⁶.

Siendo esto así —argumenta el Tribunal—, se hace necesario concluir que la cláusula en cuestión es limitativa de los derechos del asegurado por contravenir las expectativas legítimas y razonables del adherente⁷⁷. No obstante, seguidamente el Alto Tribunal matiza la anterior afirmación al sostener que, en rigor, la cláusula analizada no sólo merecería considerarse limitativa de los derechos del asegurado, sino además lesiva *ex artículo 3 LCS*⁷⁸; lo que parece abrir la puerta al control de transparencia material o sustantivo en el ámbito del contrato de seguro⁷⁹.

3.2. Ejemplos de cláusulas de contratos bancarios que no superan este control y merecen reputarse no transparentes o sorprendentes

En el sector de la contratación mercantil que aquí nos ocupa, la jurisprudencia y la doctrina están básicamente de acuerdo en considerar que encajan dentro del perfil de estipulaciones sorprendentes o no transparentes —en el sentido que acabamos de exponer— tanto las *cláusulas suelo* [a]) como las *multidivisa* [b]). El consenso se rompe, sin embargo, en lo que concierne a las *cláusulas que acogen el índice IRPH* como tipo de referencia para el cálculo del interés en los contratos de préstamo hipotecarios [c]). En relación con estas últimas estipulaciones, en efecto, la solución favorable a reputarlas sorprendentes o no transparentes —seguida por la llamada jurisprudencia menor y

⁷⁴ En concreto, el artículo 4.2 de la póliza del contrato excluía “las pérdidas, daños y gastos que fueran causados por o a consecuencia de: caída de bultos en las operaciones de carga y descarga”.

⁷⁵ Ley 50/1980, de octubre, de Contrato de Seguro (BOE, nº 250, de 17/04/1981), disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1980-22501>

⁷⁶ Artículo 58 LCS: “Salvo pacto expreso en contrario, se entenderá que la cobertura del seguro comienza desde que se entregan las mercancías al porteador para su transporte en el punto de partida del viaje asegurado, y terminará cuando se entreguen al destinatario en el punto de destino, siempre que la entrega se realice dentro del plazo previsto en la póliza. No obstante, cuando se pacte expresamente, el seguro puede extenderse a los riesgos que afecten a las mercancías desde que salen del almacén o domicilio del cargador para su entrega al transportista hasta que entran para su entrega en el domicilio o almacén del destinatario”.

⁷⁷ En efecto, según sus palabras, a la luz de lo dispuesto en el artículo 58 LCS, “resulta claro que la previsión natural del precepto respecto al momento en que comienza y termina la cobertura puede recortarse convencionalmente (*salvo pacto expreso en contrario*), pero dicho recorte se configura como una cláusula limitativa de los derechos del asegurado; sometida, por tanto, a su peculiar régimen de validez, previsto en el artículo 3 LCS”.

⁷⁸ “Es más —añade—, la cláusula no se refiere propiamente a la caída de la mercancía, sino a parte de ella (bultos) e introduce una previsión «de cierre», al decir que se excluyen cualesquiera otros [riesgos] análogos o similares, de tal indeterminación, que en la práctica vacía de contenido el aseguramiento. Por lo que casi nos encontraríamos más ante una cláusula lesiva que ante una meramente limitativa, si entendemos por lesiva aquella que reduce considerablemente y de manera desproporcionada el derecho del asegurado, vaciándolo de contenido, de manera que es prácticamente imposible acceder a la cobertura del siniestro”.

⁷⁹ Como hemos expuesto y argumentado en MIRANDA SERRANO (2017a), págs. 83 y ss., y (2017b), págs. 1165 y ss.

algunos autores—, ha sido descartada recientemente por el Tribunal Supremo, que —al menos de momento— se ha inclinado a favor de la solución contraria⁸⁰.

a) Cláusulas suelo

En el ámbito de la contratación bancaria y financiera, un buen ejemplo de estipulaciones sorprendentes o no transparentes lo constituyen las *cláusulas suelo*, a través de las cuales se establecen límites mínimos a los intereses que han de abonar los adherentes aun cuando los tipos de interés descendan por debajo de esos límites⁸¹. No hay duda de que estas estipulaciones forman parte del objeto principal del contrato, pues a la hora de contratar un préstamo hipotecario el adherente tiene en cuenta generalmente el precio, es decir, el tipo de interés a satisfacer por el dinero prestado⁸².

Normalmente, tanto en la publicidad de las entidades de crédito como en los contactos y conversaciones que preceden a la celebración del contrato, el tipo de interés del préstamo se expresa mediante el interés nominal aplicable, que en la mayor parte de los casos es variable y suele consistir en un tipo de referencia —el EURÍBOR— junto con un diferencial: EURÍBOR más 2, por ejemplo. De modo que si nada más se dice al cliente a la hora de celebrar el contrato, es lógico que éste cuente con que ha de pagar EURÍBOR más 2.

Ahora bien, si en el contexto sumariamente descrito una cláusula no efectivamente conocida por el adherente, aunque genéricamente aceptada por él, establece que el tipo mínimo a pagar será el 4%, es evidente que contraviene de modo ilícito las legítimas y razonables expectativas del adherente. Esa misma cláusula, en caso de haber sido efectivamente conocida y comprendida por el adherente, sería

⁸⁰ Abordamos seguidamente las *cláusulas suelo*, las *multidivisa* y las que recogen el *índice IRPH*. A otros ejemplos de cláusulas sorprendentes —o no transparentes— pero en el ámbito de la *contratación de seguros* nos referimos en MIRANDA SERRANO (2017a), págs. 86 y ss., y (2017b), págs. 1169 y ss. La SJM de Málaga de 1.9.2006 [citada por PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2011), pág. 707] nos proporciona otro ejemplo de cláusula sorprendente. En ella se consideró nula por abusiva la cláusula de un contrato de compra de un billete de avión por Internet por cuanto que *contenía escondida en el clausulado de condiciones generales del operador la aplicación de un cargo de 13 euros*. Y es que, como sostuvo el tribunal en esta resolución, tratándose —como se trataba en este caso— del precio —elemento esencial del contrato—, el predisponente tenía que haber aportado al adherente una información sobre dicho cargo que le asegurase su conocimiento efectivo en el momento de la celebración del contrato. Por último, otro ejemplo de cláusula sorprendente nos lo suministra la SAP de Vizcaya de 7 de julio de 2008 [citada por MIQUEL GONZÁLEZ (2011), pág. 728]. Se trataba en este caso de una condición general de conformidad con la cual *un billete de avión de ida y vuelta quedaba sin efecto en el viaje de vuelta si no era utilizado en el trayecto de ida*.

⁸¹ Sobre el concepto y características financieras de las cláusulas suelo y techo, entre otros muchos: LÓPEZ MARTÍN y MONTERO ROMERO (2015), págs. 317 y ss.; MORENO GARCÍA (2015), págs. 49 y ss.

⁸² En palabras del TS, las cláusulas suelo “forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato (...) y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial”: STS, 1ª, 9.5.2013 (Ar: 3088; MP: Rafael Gimeno-Bayón Cobos). Según la doctrina, “siendo el pago de intereses el precio que debe pagarse por el préstamo (...), las cláusulas que acotan ese precio, sea mediante la fijación de un límite mínimo o de un límite máximo, son parte integrante del precio y constituyen un aspecto esencial del contrato”: PAZOS CASTRO (2017a), pág. 401.

jurídicamente inobjetable, en la medida en que derivaría de la autonomía de la voluntad de los contratantes⁸³.

El carácter sorprendente o no transparente de una cláusula suelo ha sido expresado con claridad por nuestro Tribunal Supremo. En su opinión, “vendría determinado por la contradicción entre la concertación de un interés variable y la limitación a dicha variabilidad proveniente de una condición general”; lo que entronca —añade el juzgador— “con la regla de las *cláusulas sorprendentes* (desarrollada jurisprudencialmente en otros ámbitos, especialmente en relación con el contrato de seguro), conforme a la que son inválidas aquellas estipulaciones que, a tenor de las circunstancias y la naturaleza del contrato, son tan insólitas que el adherente no podía haberlas previsto razonablemente”⁸⁴.

En otras palabras: la inclusión en el contrato de préstamo hipotecario de una cláusula suelo “de forma sorpresiva, oculta entre una profusión de cláusulas financieras, provoca una alteración subrepticia del precio del crédito, sobre el que los prestatarios creían haber dado su consentimiento a partir de la información proporcionada por el banco en la fase precontractual”; de ahí la ilicitud en estos casos de este tipo de estipulaciones⁸⁵.

b) Cláusulas multidivisa

Otro ejemplo de estipulación sorprendente o no transparente en el sector que nos ocupa es la *cláusula multidivisa* inserta también en préstamos hipotecarios, de la que se hizo un elevado uso en la práctica bancaria española en los años que precedieron al estallido de la crisis económica y financiera cuyos efectos por desgracia aún padecemos⁸⁶. Merced a ella, el adherente asume el riesgo de que el euro

⁸³ En este sentido, la STS, 1ª, 9.5.2013 (Ar: 3088; MP: Rafael Gimeno-Bayón Cobos), declara que “las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definitoria del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos”.

⁸⁴ “Que, a su vez —prosigue el Alto Tribunal—, conecta con la mención de la Exposición de motivos LCGC al abuso de posición dominante, en el sentido de que el predisponente hace un mal uso de su capacidad de imposición de las condiciones generales para introducir cláusulas que desnaturalizan el contenido del contrato”. A continuación añade: “Para que pueda estimarse que concurren tales circunstancias, habrá que tomar en consideración el nivel de información proporcionado, pues una correcta información excluiría el factor sorpresivo, y la diligencia empleada por el prestatario adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas del préstamo y los posibles efectos futuros de la condición general discutida sobre el coste del crédito. Diligencia exigible al empresario adherente que dependerá, en gran medida, de sus circunstancias subjetivas, como personalidad jurídico-mercantil, volumen de negocio, estructura societaria, experiencia, conocimientos financieros, asesoramiento, etc.”: STS, 1ª, 30.1.2017 (Ar: 2017/371; MP: Pedro José Vela Torres).

⁸⁵ Así se expresa SANCHO GARGALLO en el voto particular a la STS, 1ª, 8.9.2014 (Ar: 4660; MP: Francisco Javier Orduña Moreno).

⁸⁶ Ello se debió en gran parte al ahorro de costes financieros —frente a las hipotecas en euros— que las entidades bancarias imputaban a las hipotecas dotadas de este tipo de cláusulas como principal reclamo comercial. De hecho, en la jerga bancaria se decía que era *bastante más barata la cuota en yenes o francos suizos que en euros*: así, entre otros, PÉREZ GUERRA (2017), págs. 5 y ss.

baje de valor respecto de la divisa elegida —el yen o el franco suizo, por ejemplo—, en cuyo caso resulta obligado a devolver a la entidad financiera un capital muy superior al calculado en euros⁸⁷.

Con el propósito de paliar estos riesgos, la Unión Europea ha dictado algunas normas para este tipo de estipulaciones. Así lo corrobora la *Directiva sobre contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial*⁸⁸, que dedica expresamente a este asunto su artículo 23, intitulado “préstamos en moneda extranjera”⁸⁹.

⁸⁷ Sobre la problemática inherente a los préstamos multdivisa, entre otros: PERTÍÑEZ VÍLCHÉZ (2017), págs. 1197 y ss.; ATIENZA LÓPEZ (2017), págs. 155 y ss.; PÉREZ GUERRA (2017), págs. 5 y ss.; RUIZ-GALLARDÓN UTRERA (2017), págs. 8 y ss.; NAVAS NAVARRO (2015a), págs. 141 y ss.; AGUERO ORTIZ (2014), págs. 43 y ss.; ALBIEZ DOHRMANN (2017), págs. 29 y ss.; y PAREDES PÉREZ (2017), págs. 61 y ss. Acerca de su naturaleza jurídica: CAZORLA GONZÁLEZ SERRANO (2015), 269 y ss.

⁸⁸ 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 (DOUE n° 60, 28/02/2014) disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=DOUE-L-2014-80363. Sobre esta Directiva véase, entre otros, ARROYO AMAYUELAS (2017), págs. 1 y ss.; CASADO NAVARRO (2015b), págs. 1 y ss.; DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO (2015), págs. 13 y ss.; TAPIA HERMIDA (2014), págs. 338 y ss.

⁸⁹ Este precepto dispone: “1. En lo que respecta a los contratos de crédito que se refieren a préstamos en moneda extranjera, los Estados miembros se asegurarán de que exista, en el momento de la celebración del contrato de crédito, un marco reglamentario que garantice, como mínimo: a) que el consumidor tenga derecho a convertir el préstamo a una moneda alternativa en condiciones especificadas, o b) que se hayan implantado otras disposiciones que limiten el riesgo de tipo de cambio al que está expuesto el consumidor en virtud del contrato de crédito. 2. La moneda alternativa indicada en el apartado 1, letra a), será: a) la moneda en que el consumidor perciba la mayor parte de los ingresos o tenga la mayoría de los activos con los que ha de reembolsar el crédito, según lo indicado en el momento en que se realizó la evaluación de la solvencia más reciente relativa al contrato de crédito, o b) la moneda del Estado miembro en el que el consumidor fuera residente en la fecha de celebración del contrato de crédito o sea residente en la actualidad. Los Estados miembros podrán especificar si el consumidor puede acogerse a las dos opciones a que se hace referencia en el párrafo primero, letras a) y b), o únicamente a una de ellas, o podrán autorizar a los prestamistas para que especifiquen si el consumidor puede acogerse a las dos opciones a que se hace referencia en el párrafo primero, letras a) y b), o únicamente a una de ellas. 3. En caso de que el consumidor tenga derecho a convertir el contrato de crédito en una moneda alternativa con arreglo al apartado 1, letra a), el Estado miembro se asegurará de que el tipo de cambio utilizado para la conversión sea el tipo de cambio del mercado vigente en la fecha en que se solicite la conversión, a menos que el contrato de crédito disponga otra cosa. 4. En lo que se refiere a los consumidores que tengan un préstamo en moneda extranjera, los Estados miembros se asegurarán de que el prestamista les dirija advertencias regulares, en papel o en otro soporte duradero, como mínimo cuando el valor del importe adeudado por el consumidor del préstamo o de las cuotas periódicas difiera en más del 20 % del importe que habría correspondido de haberse aplicado el tipo de cambio entre la moneda del contrato de crédito y la moneda del Estado miembro que estaba vigente en la fecha de celebración del contrato de crédito. En la advertencia se informará al consumidor del incremento del importe adeudado por este, se mencionará cuando proceda el derecho de conversión en una moneda alternativa y las condiciones para ello, y se explicará cualquier otro mecanismo aplicable para limitar el riesgo de tipo de cambio a que está expuesto el consumidor. 5. Los Estados miembros podrán regular otros aspectos de los préstamos en moneda extranjera siempre que las disposiciones correspondientes no se apliquen con efecto retroactivo. 6. Las disposiciones aplicables en virtud del presente artículo se pondrán en conocimiento del consumidor en la FEIN y en el contrato de crédito. Si los contratos de crédito no contienen disposiciones destinadas a limitar el riesgo de tipo de cambio a que está expuesto el consumidor a una fluctuación del tipo de cambio inferior al 20 %, la FEIN deberá incluir un ejemplo ilustrativo de los efectos que tendría una fluctuación del tipo de cambio del 20%”.

También el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha ocupado de estas cláusulas. En el que hasta la fecha constituye su último pronunciamiento sobre la materia —la sentencia de 20 de septiembre de 2017⁹⁰—, ha sostenido que esta clase de estipulaciones forman parte del objeto principal o parte económica del contrato. Razón por la que no pueden ser objeto de control de contenido o abusividad. Pero sí están sometidas al control de transparencia tanto en sentido formal como material o sustantivo⁹¹.

La ilicitud —por no transparentes— de estas cláusulas no es difícil de explicar: cuando los ingresos de un consumidor son todos en euros, no es lógico que se endeude en una divisa distinta, como el yen o el franco suizo. Por tanto, si en el contrato al que se adhiere este sujeto la cláusula multidivisa es una estipulación predispuesta, habrá de presumirse que no ha sido conocida y consentida por él en el momento de contratar, correspondiendo al predisponente la carga de probar que sí la conoció y comprendió cuando emitió su consentimiento negocial⁹².

Estas estipulaciones serán, por tanto, lícitas cuando los predisponentes estén en condiciones de demostrar que en el momento de celebrar los contratos los adherentes conocían su existencia y comprendían las consecuencias a ellas aparejadas. Y es que en tales supuestos no es posible sostener que contradicen las legítimas y razonables expectativas de los adherentes, derivadas de la modalidad de contrato celebrado y del contexto en que se celebró la operación (publicidad utilizada por la entidad financiera, negociación individualizada, información ofrecida al cliente, perfil del cliente, redacción y ubicación de la cláusula dentro del documento contractual, etc.)⁹³.

En la misma dirección que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha manifestado recientemente nuestro Tribunal Supremo. Lo ha hecho en su sentencia de 15 de noviembre de 2017⁹⁴, que corrige la doctrina de la sentencia 30 de junio de 2015 de ese mismo Tribunal⁹⁵, en la que

⁹⁰ STJUE, 20.9.2017 (asunto C-186/16, Ruxandra Paula Andriciuc y otros vs. Banca Românească SA); en la doctrina, ampliamente a favor de que estas estipulaciones forman parte del objeto principal del contrato: PAZOS CASTRO (2017a), págs. 390 y ss.

⁹¹ Comentan esta STJUE, entre otros, ÁLVAREZ ROYO VILLANOVA (2017a), *passim*; PATIÑO ALVES (2017), *passim*; ALBIEZ DOHRMANN (2017), págs. 29 y ss.; PAREDES PÉREZ (2017), págs. 61 y ss.; SOLÍS HERNÁNDEZ (2017), págs. 6 y ss.

⁹² ALFARO ÁGUILA-REAL (2017a).

⁹³ En esta dirección, afirma PAREDES PÉREZ (2017), pág. 10, que “si lo que se busca con el control de transparencia material es evitar que los consumidores se vean sorprendidos a consecuencia de la incorporación de una cláusula, en cuanto implica una defraudación de las expectativas razonables que se habían forjado aquéllos respecto del precio del contrato, no cabe duda de que cuando el banco propone a un consumidor un contrato de préstamo que lleva incluida una cláusula que establece la obligación de reembolsar en la misma divisa el crédito que le ha sido concedido, la obligación de información no debe detenerse en las condiciones del crédito, o en los intereses, comisiones y garantías a cargo del prestatario. El principio de transparencia material exige también la obligación de exponer, por medio de una información fácilmente comprensible, las consecuencias potenciales que puede tener la posibilidad de apreciación o de depreciación de la moneda extranjera sobre la situación económica del consumidor”.

⁹⁴ STS, 1ª, 15.11.2017 (Ar: 4730; MP: Rafael Sarazá Jimena), comentada por LÓPEZ JIMÉNEZ (2017).

⁹⁵ STS, 1ª, 30.6.2015 (Ar: 2662; MO: Rafael Sarazá Jimena), comentada por NAVAS NAVARRO (2015b).

categorizó la hipoteca multidivisa como un derivado financiero complejo sometido a las exigencias de la normativa MiFID⁹⁶.

En concreto, en la resolución de 15 de noviembre de 2017 sostiene el Alto Tribunal que las cláusulas multidivisa han de someterse al control de transparencia material o cualificado⁹⁷. Y dado que, a su juicio, no lo superan en el caso objeto de enjuiciamiento, se decanta por declarar la nulidad parcial del préstamo que, al ser desprovisto de las cláusulas controvertidas, queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros. El juzgador descarta la opción de la nulidad total –con buen criterio, a nuestro juicio– por entender que ello supondría un relevante perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar⁹⁸.

⁹⁶ Esta corrección se explica, en gran medida, por la STJUE, 3.12.2015 (asunto C-312/14, Banif Plus Banck Zrt vs Márton Lantos y Mártonné Lantos), en la que sentó la idea de que las actividades de cambio que son puramente accesorias a la concesión de un préstamo al consumo denominado en divisa no se encuentran afectadas por la normativa MiFID. Al respecto, entre otros: BORRALLO VEIGA (2016); BORRALLO FERNÁNDEZ (2016); y VELA TORRES (2017).

⁹⁷ En relación con este control, se realizan en esta sentencia, entre otras, las siguientes afirmaciones: “A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda empeorarse la posición jurídica o agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque no se le facilitó información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula (...)”. “También declaramos en esa sentencia, como confirmación del carácter complejo de este tipo de contrato por la existencia de riesgos necesitados de una explicación clara, que la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, en su considerando cuarto, hace referencia a los problemas existentes «en relación con la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos, así como con el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado» y que «algunos de los problemas observados se derivaban de los créditos suscritos en moneda extranjera por los consumidores, en razón del tipo de interés ventajoso ofrecido, sin una información o comprensión adecuada del riesgo de tipo de cambio que conllevaban». El considerando trigésimo de la Directiva añade que «debido a los importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera, resulta necesario establecer medidas para garantizar que los consumidores sean conscientes de los riesgos que asumen y que tengan la posibilidad de limitar su exposición al riesgo de tipo de cambio durante el período de vigencia del crédito [...]». Por esas razones, los arts. 11.1.j, 13.f y 25.6 de la Directiva imponen determinadas obligaciones reforzadas de información sobre los riesgos asociados a la denominación del préstamo en una moneda extranjera. Esta Directiva no es aplicable al presente caso, por razones temporales, pero su regulación muestra los problemas existentes en la contratación de préstamos en moneda extranjera y la necesidad de que el prestatario reciba una información suficiente sobre el juego de la moneda extranjera en la economía del contrato y en su posición jurídica y sobre los riesgos inherentes a ese tipo de préstamos. La obligación de transparencia en la contratación de estos préstamos es preexistente a la entrada en vigor de esta Directiva puesto que deriva de la regulación de la Directiva sobre cláusulas abusivas. La novedad que en esta materia supone la Directiva 2014/17/UE consiste en establecer una regulación detallada de la información a facilitar y en protocolizar la documentación en la que tal información ha de prestarse así como la forma concreta en la que debe suministrarse”.

⁹⁸ Esta solución es la procedente –en palabras del Tribunal Supremo– “cuando se trata de evitar la nulidad total del contrato en el que se contienen las cláusulas abusivas, para no perjudicar al consumidor, puesto que, de otro modo, se

c) Cláusulas índice IRPH

Cabría también plantear la posibilidad de reputar sorprendente o no transparente la *estipulación por la que se acoge el índice IRPH como tipo de referencia para el cálculo del interés en los préstamos hipotecarios*. A través de esta cláusula, el tipo de interés se calcula mediante la media simple de interés TAE de las hipotecas concedidas por las entidades financieras españolas, sin eliminarse los valores extremos — como sí sucede, en cambio, en el EURÍBOR — y teniendo en cuenta las comisiones y los gastos⁹⁹.

Este tipo de cláusulas, aunque muy frecuentes en la práctica bancaria española¹⁰⁰, presentan algunos inconvenientes para los adherentes, sobre todo en términos comparativos con las que acogen el EURÍBOR como tipo de referencia para el cálculo del interés. Y es que si por cualesquiera razones las entidades financieras suben el interés a través del cual se calcula el IRPH, la media será más elevada y, como es natural, el IRPH ascenderá. De hecho, a partir de 2008 el EURÍBOR comenzó a descender hasta llegar a alcanzar valores negativos, mientras que el IRPH se ha mantenido estancado en un valor aproximado entre el 2% y el 3,5%¹⁰¹.

A fin de paliar estos inconvenientes, en 2009 la Unión Europea obligó a España a eliminar los índices IRPH de Bancos y Cajas de ahorro. El legislador español cumplió tardíamente dicha obligación a través de la *Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*¹⁰², que eliminó el *índice IRPH Cajas*, aunque no el *índice IRPH Entidades*, que pervivió¹⁰³.

estaría contrariando la finalidad de la Directiva sobre cláusulas abusivas", en la dirección apuntada por la STJUE, 30.4.2014 (asunto C-26/13, Káster vs OTP Jelzálogbank ZRT).

⁹⁹ Acerca de esta clase de estipulaciones, entre otros: SUÁREZ PUGA (2017); CASTILLO MARTÍNEZ (2017); ORTIZ PÉREZ y ERAUSKIN VÁZQUEZ (2017).

¹⁰⁰ No en vano, según la información de que disponemos, el índice IRPH es el segundo índice de referencia más utilizado en España para calcular los intereses de los préstamos hipotecarios, tras el EURÍBOR.

¹⁰¹ Lo que explica que en la prensa se aluda en ocasiones al IRPH como "el EURÍBOR caro": así, entre otros, BLÁZQUEZ (2014).

¹⁰² Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE, nº 233, 28/09/2013), disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-10074.

¹⁰³ En concreto, véase la disposición adicional decimoquinta de esta Ley, intitulada "régimen de transición para la desaparición de índices o tipos de interés de referencia", que reza así: 1. Con efectos desde el 1 de noviembre de 2013 el Banco de España dejará de publicar en su sede electrónica y se producirá la desaparición completa de los siguientes índices oficiales aplicables a los préstamos o créditos hipotecarios de conformidad con la legislación vigente: a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos. b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros. c) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorros. 2. Las referencias a los tipos previstos en el apartado anterior serán sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato. 3. En defecto del tipo o índice de referencia previsto en el contrato o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, la sustitución se realizará por el tipo de interés oficial denominado «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España», aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo. La sustitución de los tipos de conformidad con lo previsto en este apartado implicará la novación automática

A la vista de lo que acaba de indicarse, no puede sorprender que la jurisprudencia haya tenido que pronunciarse sobre la licitud de esta cláusula. En concreto, la llamada jurisprudencia menor ha destacado que, dada su naturaleza de estipulación relativa al objeto principal o parte económica del contrato, no sólo ha de superar el control de inclusión o de incorporación –esto es, el que aquí venimos llamando control de transparencia formal–, sino también el control de transparencia material o sustantivo, a fin de que el adherente pueda entenderla y comprenderla como conformadora del objeto principal del contrato. De modo que merecerá reputarse ilícita por no transparente –o sorprendente– cuando en el momento de contratar el predisponente no haya informado al adherente convenientemente de su existencia, contenido y efectos¹⁰⁴.

El Tribunal Supremo, sin embargo, no parece decidido a dar la razón en este caso ni a los demandantes –adherentes de préstamos hipotecarios referenciados con el índice IRPH– ni a la jurisprudencia menor antes aludida. Así se infiere de su sentencia de 14 de diciembre de 2017¹⁰⁵, que estima un recurso de casación interpuesto por Kutxabank contra una resolución de la Audiencia Provincial de Álava que había declarado nula por falta de transparencia la cláusula hipotecaria por la que se vinculaban los intereses con el índice IRPH¹⁰⁶.

El Alto Tribunal empieza destacando en esta resolución que, aunque el *índice IRPH Entidades* se incorpora al contrato de préstamo a través de una condición general de la contratación, no es definido por el predisponente, que en esta materia “se remite a uno de los índices oficiales regulados mediante disposiciones legales para este tipo de contratos”. Y a lo anterior añade –en lo que aquí principalmente interesa– que, con vistas a juzgar la transparencia en sentido material de la cláusula que lo incorpora, “habrá que ver si el consumidor era consciente, porque había sido informado, de que esa cláusula configuraba un elemento esencial, así como la manera en que se calculaba el interés variable”. Esto le lleva a concluir que, “dado el carácter esencial de la propia cláusula”, no cabe considerar que el consumidor no se apercibiera de su importancia económica y jurídica y que pudiera conocer que el interés resultante en dicho periodo se calculaba mediante la aplicación de un índice oficial consistente en una media de los índices hipotecarios de todas las entidades que actuaban en España al que se sumaba un margen o diferencial¹⁰⁷.

del contrato sin suponer una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita. 4. Las partes carecerán de acción para reclamar la modificación, alteración unilateral o extinción del préstamo o crédito como contrapartida de la aplicación de lo dispuesto en esta Disposición”.

¹⁰⁴ Véase, entre otras, la SAP Madrid, Civil Sec. 13ª, 4.5.2017 (AC 373; MP: José González Olleros), la SJM núm. 1 de San Sebastián de 29.9.2014 y la SJPI núm. 2 de Chiclana de la Frontera, de 30.3.2017.

¹⁰⁵ STS, 1ª, 14.12.2017 (Ar: 5167; MP: Pedro José Vela Torres).

¹⁰⁶ Por su relevancia, la prensa se hace eco de esta STS: *ad ex.*, RINCÓN (2017) y PORTILLO (2017), entre otros muchos.

¹⁰⁷ “Al tratarse de índices oficiales utilizados por las diversas entidades financieras en sus ofertas comerciales – prosigue el Tribunal Supremo –, resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo del interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas en un elemento tan esencial como el propio precio del préstamo”. Por otra parte –añade más adelante–, “la transparencia en la contratación mediante condiciones generales no exige que el predisponente tenga una oferta más o menos amplia. Basta con que el adherente pueda conocer sin especiales esfuerzos cuál era el índice de referencia, de entre los varios admitidos legalmente, que se

A nuestro juicio, la solución seguida por el Tribunal Supremo en esta materia merece considerarse acertada. No parece procedente equiparar las cláusulas suelo y multidivisa con las que acogen el índice IRPH. Las diferencias entre unas y otras estipulaciones apuntadas por el Alto Tribunal parecen lógicas. Con todo, no existe unanimidad sobre este asunto. Así lo prueba el que la solución defendida en esta sentencia no cuenta con el voto favorable de todos los magistrados que conforman la Sala Primera del Tribunal Supremo. En concreto, de ella se separan dos magistrados que, discrepando de la argumentación jurídica utilizada por la resolución, concluyen que la aplicación del control de transparencia en este caso debería haber llevado a declarar la abusividad de la cláusula controvertida y, consecuentemente, a considerar aplicable como índice de referencia el EURÍBOR¹⁰⁸. Además, tras la referida sentencia de 14 de diciembre de 2017 la jurisprudencia menor sigue dando la razón a los afectados por hipotecas con este tipo de cláusulas¹⁰⁹

3.3. Demostración de la observancia de este control y eliminación del carácter no transparente o sorprendente de la cláusula controvertida

La eliminación del carácter sorprendente o no transparente de una cláusula es tarea que corresponde por entero al predisponente, quien con tal fin habrá de asegurarse de que al celebrar el contrato el cliente conozca de forma real y efectiva su existencia y comprenda su contenido y alcance¹¹⁰. En este sentido, cabría afirmar –en palabras del Tribunal Supremo– que pesa sobre el predisponente la carga de hacer y probar “que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato”¹¹¹. Repárese en que al predisponente no le basta con probar el conocimiento real de la estipulación por parte del adherente. Ha de demostrar también que, además de conocerla, concurrían las condiciones necesarias para que pudiese comprender su contenido y alcance en el momento de emitir su consentimiento negocial¹¹².

Con la finalidad de demostrar el conocimiento y la comprensión de las cláusulas por el adherente en el instante de contratar, el predisponente podrá recurrir a medios tales como la correspondencia postal o electrónica intercambiada entre las partes durante la fase de negociación, la grabación

utilizaba por el predisponente en el contrato en cuestión, y el diferencial a aplicar sobre tal índice que utilizaba el predisponente para el cálculo del interés remuneratorio del préstamo ofertado”.

¹⁰⁸ Véase el Voto particular formulado por el Magistrado D. Francisco Javier Orduña Moreno al que se adhiere el Magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

¹⁰⁹ Como recoge la prensa: SÁNCHEZ (2017); RODRÍGUEZ VIDALES (2018); y PORTILLO (2018), entre otros muchos.

¹¹⁰ Conferir la carga de la prueba al predisponente en este ámbito es una idea en la que coincide la generalidad de la doctrina (aquí repetidamente aludida) que analiza este tipo de estipulaciones: ALFARO ÁGUILA-REAL, PAGADOR LÓPEZ, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, entre otros.

¹¹¹ No conforme, sin embargo, PAREDES PÉREZ (2017), pág. 10, quien –erróneamente– sostiene que corresponde a los consumidores afectados probar la falta de transparencia material de la cláusula o cláusulas sobre las que versa el litigio.

¹¹² En este sentido se afirma que la transparencia material está conectada con “la capacidad de comprensión del adherente de las condiciones generales”, mientras que la transparencia formal se vincula a “la cognoscibilidad” de las mismas”: ALBIEZ DOHRMANN (2009), pág. 50.

lícitamente efectuada de las conversaciones habidas entre los contratantes, el carácter duradero de la relación contractual, la publicidad y otras actividades de promoción de la contratación puestas en marcha por el predisponente en la etapa precontractual, la demostración de que el notario interviniente en la operación negocial informó correctamente al adherente del sentido y alcance de la estipulación, la adecuada y lógica ubicación sistemática de la cláusula controvertida dentro del documento contractual y, en suma, cualquier otra circunstancia del iter precontractual que pueda ser relevante para ese fin¹¹³.

Resulta obligada en esta materia la alusión a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017¹¹⁴. En ella el Alto Tribunal sostiene que la estipulación sobre la que versa el litigio —una cláusula suelo/techo del 3% y 8% respectivamente— es transparente por cuanto que de los hechos probados se infiere con claridad que el prestatario conocía su existencia y comprendía su alcance en el momento de celebrar el contrato. En concreto, los hechos probados a los que se refiere el Tribunal son tres. En primer lugar, el uso de la negrita por el predisponente para resaltar los porcentajes relativos a los límites del tipo de interés —suelo y techo— del préstamo. En segundo lugar, el que la entidad de crédito había rebajado para ese contrato en particular el porcentaje de la cláusula suelo, lo que —a juicio del juzgador— podía ser indicativo de la existencia de una cierta negociación o, al menos, de conocimiento de la estipulación por el adherente (bien entendido que si hubiese habido una verdadera negociación, no sería aplicable la normativa sobre condiciones generales y cláusulas predispuestas, como —con acierto— reconoce expresamente el Tribunal en la resolución). Junto a lo anterior, también sirve al juzgador para entender que la cláusula controvertida es transparente la declaración del notario autorizante de la escritura de haber explicado al prestatario-adherente el contenido y alcance de la estipulación¹¹⁵.

Al margen de que todos los hechos probados a los que se refiere el Tribunal Supremo en esta sentencia resulten o no convincentes, este pronunciamiento judicial es relevante por tratarse de la primera resolución sobre cláusulas suelo en la que el Alto Tribunal sienta expresamente una idea que para la doctrina nacional y comparada estudiosa de las cláusulas sorprendentes estaba meridianamente clara desde hace ya algún tiempo: que la inserción en un clausulado contractual de una estipulación relativa al objeto principal o parte económica del contrato —como una cláusula suelo/techo— que aparentemente sea contraria a las expectativas legítimas y razonables del adherente, no puede reputarse ilícita cuando el predisponente está en condiciones de demostrar que

¹¹³ Así, por ejemplo, en la SAP La Coruña, Sec. 4ª, 20.5.2015 (AC 154544; MP: José Luis Seoane Spielberg) quedó claro al juzgador que el iter contractual permitía demostrar de forma evidente que los actores tenían conocimiento efectivo de la cláusula suelo sobre la que versaba el litigio y de lo que suponía en cuanto a la carga económica del contrato. En el ámbito del contrato de seguro parece también acoger este criterio la STS, 1ª, 17.6.2010, (Ar: 5407; MP: Juan Antonio Xiol Ríos), en la que el análisis del iter contractual condujo a constatar que “el demandado tenía clara conciencia del contrato por él suscrito y de lo que incluía y excluía, por haber dado él mismo las indicaciones pertinentes para la elección del modelo de la póliza, siendo incluso el propio asegurado quien defiende con su firma la existencia y validez de la póliza y admite que junto al ejemplar de las condiciones particulares se le entregaron las generales en las que se concreta la limitación de cobertura convenientemente resaltada, sin riesgo alguno de confusión, cumplimentando de esa forma las exigencias del artículo 3 LCS”.

¹¹⁴ STS, 1ª, 9.3.2017 (Ar: 977; MP: Ignacio Sancho Gargallo).

¹¹⁵ Véase un comentario de esta STS en AGÜERO ORTIZ (2017), págs. 171-179.

en el momento de contratar el adherente conocía su existencia y comprendía sus implicaciones económicas y jurídicas¹¹⁶.

La relevancia que esta sentencia confiere al uso de la negrita en la redacción de la cláusula evoca el *control de transparencia formal* residenciado en el último inciso del artículo 3, párrafo 1º, LCS. Se trata, como se sabe, de un *control especial* (no general) por no ir dirigido a todas las cláusulas de condiciones generales o particulares, sino sólo a las *limitativas de los derechos de los asegurados*. De conformidad con él, dichas cláusulas han de reunir dos requisitos específicos a fin de que puedan incorporarse al contrato: ser resaltadas o destacadas de modo especial por el asegurador, y ser específicamente aceptadas por escrito por el asegurado. La primera de estas exigencias –que es la única a la que aquí vamos a referirnos– puede cumplirse de diferentes maneras: uso de negrita, cursiva, subrayado o de otro color diferente, empleo de caracteres tipográficos distintos o de mayor tamaño que el resto del clausulado, reserva de una parte del documento contractual para las cláusulas limitativas, inserción de estas cláusulas en recuadros o cuadros de texto y utilización de cualquier otro procedimiento que propicie el aislamiento –en la medida de lo posible– de las cláusulas limitativas respecto del resto del clausulado con el fin de que puedan ser más fácilmente percibidas, etc. Ahora bien, aun siendo conscientes de que este asunto no es aceptado pacíficamente por toda la comunidad jurídica, entendemos que *ese mayor grado de transparencia requerido para este tipo de estipulaciones no implica que el adherente llegue a tener un conocimiento real y efectivo de las mismas, sino tan sólo una mera posibilidad de conocimiento, aunque cierto es que aumentada o cualificada en términos comparativos con la que se deriva del cumplimiento de las exigencias que conforman el control de transparencia formal de carácter general formulado también por el artículo 3 LCS (perceptibilidad, comprensibilidad, etc.)*. La práctica nos enseña que en la generalidad de los casos los adherentes se limitan a estampar sus firmas en la documentación que reciben, sin leer ni tan siquiera las cláusulas especialmente resaltadas. Suscriben los documentos tan sólo con un conocimiento real y efectivo del objeto principal o entramado económico del contrato tal como le es presentado por el asegurador. De modo que, en nuestra opinión, la utilización de la negrita en la redacción de la cláusula no puede constituir *por sí sola* una prueba demostrativa del cumplimiento por el predisponente de las exigencias derivadas del control de transparencia material o, si se prefiere, del conocimiento por el adherente de la estipulación controvertida, así como de su contenido y efectos en el momento de contratar¹¹⁷.

Por otra parte, especial importancia para destruir la presunción de desconocimiento efectivo de las cláusulas sorprendentes cabría conferir, en nuestra opinión, a la utilización en el sector bancario y financiero de un documento de información similar al exigido por el *Reglamento UE por el que se establece un formato de presentación normalizado para el documento de información sobre productos de*

¹¹⁶ O, si se prefiere –en los términos expresados por la SAP Teruel, Civil Sec. 1, 27.5.2014 (AC 185804; MP: Fermín Francisco Hernández Gironella)–, cuando el predisponente está en condiciones de acreditar “que el consumidor a la hora de haber contratado haya adoptado su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente del alcance y contenido de la cláusula de referencia”.

¹¹⁷ Véase un desarrollo más detallado en MIRANDA SERRANO (2017a), págs. 64 y ss., y (2017b), págs. 1157 y ss. Recientemente confirma esta tesis, a propósito del enjuiciamiento de una cláusula suelo, la STS, 1ª, 1.2.2018 (Ar: 2018/219; MP: Rafael Sarazá Jimena). En efecto, frente a los argumentos esgrimidos por la Audiencia Provincial (según los cuales el uso de la negrita y el subrayado en la cláusula hace que “aparezca revestida de los elementos gráficos suficientes para que pueda ser conocida por el consumidor y consecuentemente tomada en consideración a la hora de formar su decisión contractual”), el Alto Tribunal es claro al declarar que, en su opinión, no es suficiente para considerar cumplido el control de transparencia material o cualificado con “la utilización de negrilla en pasajes de la cláusula documentada en la escritura pública, que además es un recurso tipográfico que en la escritura se utiliza con carácter general en la generalidad de las cláusulas y apartados de las mismas, que aparecen encabezados en negrilla y también se usa la negrilla en algunas partes de su contenido”.

*seguro*¹¹⁸. No en vano, esta norma reglamentaria requiere suministrar al cliente de seguros (distintos del de vida) de manera clara y sencilla (y, por ende, alejada de la jerga especializada) información acerca de cuestiones tan esenciales y relevantes como qué se asegura, qué no está asegurado y si existen o no restricciones en cuanto a la cobertura. Como es natural, la importancia del uso de este documento de información (redactado según el formato normalizado) con vistas a destruir la presunción que comentamos dependerá de que en la práctica las aseguradoras lo usen correctamente. No ocurrirá así, por ejemplo, cuando introduzcan opacidad en la información suministrada (utilizando un lenguaje poco claro o ambiguo) o cuando quepa apreciar discordancia entre el contenido de dicho documento y alguna o algunas de las concretas estipulaciones que conforman el clausulado contractual (aunque en este segundo caso creemos que habrá de darse prevalencia al contenido del documento informativo, siempre que las contradicciones se refieran al objeto principal del negocio –precio y prestación– y se contengan en condiciones generales de la contratación o en cláusulas predisuestas, como lo exige, en general, el principio de la buena fe en sentido objetivo –artículos 1258 CC y 57 Cdc– y, para el caso de adherente-consumidor, el principio de la integración publicitaria del contrato – artículo 61 TRLGDCU –).

La utilidad de este documento informativo en el sentido indicado se infiere de la finalidad misma del Reglamento (UE) 2017/1469 que lo regula, que no es otra que proporcionar a los clientes de seguros distintos del de vida “información que sea fácil de leer, comprender y comparar” a fin de que puedan tomar una decisión con plena libertad de saber, es decir, conociendo bien qué es aquello que contratan. Para lograr dicho propósito el mencionado Reglamento estatuye un modelo normalizado de presentación de la información cuya longitud no puede ser superior a dos páginas de una hoja de tamaño A4 (salvo casos excepcionales en los que se admite una extensión máxima de tres páginas). Según dicho modelo normalizado, en el documento que se entregue al cliente ha de constar con un lenguaje sencillo “la información esencial que el cliente necesita para tomar una decisión con conocimiento de causa”¹¹⁹. En concreto, se exige que la información suministrada gire en torno a las siguientes preguntas: 1ª) ¿en qué consiste este tipo de seguro?; 2ª) ¿qué se asegura?, 3ª) ¿qué no está asegurado?; 4ª) ¿existen restricciones en lo que respecta a la cobertura?; 5ª) ¿dónde estoy cubierto?; 6ª) ¿cuáles son mis obligaciones?; 7ª) ¿cuándo y cómo tengo que efectuar los pagos?; 8ª) ¿cuándo comienza y finaliza la cobertura?; y, finalmente, 9ª) ¿cómo puedo rescindir el contrato?¹²⁰

A fin de permitir al predisponente demostrar el cumplimiento de los deberes de información que conforman el control de transparencia material –o, si se prefiere, la no inclusión en el clausulado de condiciones generales de ninguna estipulación que merezca considerarse sorprendente o no transparente–, también cabe conceder una relevante utilidad a una medida protectora del prestatario –probablemente la principal– incluida en el *Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*¹²¹, que persigue incorporar a nuestro Derecho la *Directiva sobre contratos de crédito*

¹¹⁸ Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1469 de la Comisión, de 11 de agosto de 2017, por el que se establece un formato de presentación normalizado para el documento de información sobre productos de seguro (DOUE, nº 209, 12/08/2017), disponible en http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=DOUE-L-2017-81659.

¹¹⁹ Artículo 5 del Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1469 de la Comisión.

¹²⁰ Más información, entre otros, en TAPIA HERMIDA (2017).

¹²¹ 121/000012 Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, disponible en http://www.congreso.es/backoffice_doc/prensa/notas_prensa/57628_1518683976291.PDF

celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial más arriba mencionada¹²². Me refiero a la fijación de una comparecencia ante notario previa a la formalización del préstamo, que habrá de hacerse constar en un acta notarial que no generará coste arancelario alguno. Dicha comparecencia está orientada a permitir al cliente-prestatario recabar asesoramiento del notario sobre las cuestiones que considere convenientes, estando el notario obligado a informarle de forma expresa e individualizada de las cláusulas que han de constar en las fichas de información precontractual que la entidad de crédito debe entregar al prestatario, que son la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FIAE)¹²³.

La relevancia de esta comparecencia y del acta que a ella se anuda para el logro de los objetivos de transparencia material no es difícil de advertir. Por un lado, permite al prestatario tener un conocimiento efectivo de las obligaciones que va a asumir en el caso de que finalmente celebre el contrato. Por otra parte, garantiza que la entidad de crédito ha cumplido sus deberes de información precontractuales, pues si al notario no le consta el cumplimiento de los mismos, no puede autorizar el acta. Por último, conduce a dejar constancia de todo lo acaecido en la comparecencia en un documento público dotado de un valor probatorio privilegiado, que puede ser de gran utilidad para el predisponente con vistas a demostrar que en el momento de la celebración del contrato el adherente tuvo una correcta y efectiva información de todo lo relativo al objeto principal o parte económica del negocio¹²⁴.

Por otro lado, a la hora de enjuiciar el posible carácter sorpresivo o no transparente de una concreta estipulación –por ejemplo, una cláusula suelo o multidivisa inserta en un préstamo hipotecario–, habrá de tenerse en cuenta el conocimiento social que exista en un determinado momento acerca de la frecuencia o reiteración de la inclusión de dicha cláusula en contratos idénticos o análogos a aquél en el que se inserta. Como es natural, si existe un conocimiento socialmente extendido de dicha frecuencia o reiteración, el adherente que celebre un contrato tendrá mayores dificultades para invocar que se ha visto sorprendido por la inserción en él de dicha estipulación. Y es que, lógicamente, el amplio conocimiento social de dicho extremo será un factor que jugará a favor del predisponente y en contra del adherente¹²⁵.

3.4. Fundamento de este control: la necesidad de proteger el consentimiento (rectius, libertad de saber) del adherente

El control de transparencia material que analizamos se presenta como una manifestación expresa de la *protección del consentimiento negocial*. Se trata de proteger la *libertad de saber* del adherente. Esto es, de evitar que sea engañado mediante cláusulas relativas a extremos esenciales del contrato que no

¹²² Que analizan, entre otros, ARROYO AMAYUELAS (2017), págs. 1 y ss.; CASADO NAVARRO (2015b), págs. 1 y ss.; DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO (2015), págs. 13 y ss.; TAPIA HERMIDA (2014), págs. 338 y ss.

¹²³ Véase una primera aproximación al contenido del Anteproyecto que posteriormente dio lugar al Proyecto de Ley en ALBIEZ DOHRMANN (2016), págs. 42 y ss.; ÁLVAREZ OLALLA (2016), págs. 113 y ss.

¹²⁴ La importancia de esta medida en la dirección expuesta es subrayada por PÉREZ HEREZA (2017), págs. 17 y 18; también al respecto PRADA SOLAESA (2017), págs. 8 y ss.

¹²⁵ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2016), pág. 18.

llegó a aceptar — ni tan siquiera a conocer — cuando emitió su consentimiento, por estar camufladas dentro del clausulado de condiciones generales. De ahí que posteriormente se sintiera sorprendido y defraudado en sus expectativas legítimas y razonables. Cabe hablar, por tanto, de una conexión lógica y clara entre el *factor sorpresa* presente en estas cláusulas y la *salvaguarda y tutela del consentimiento negocial*. Si el predisponente hubiese informado convenientemente al adherente de la existencia de la cláusula en cuestión antes de la celebración del contrato, de tal forma que éste hubiese tenido conocimiento efectivo de su existencia y de las consecuencias que de ella se derivan, la cláusula sería lícita, pues merecería considerarse fruto de la autonomía de la voluntad de los contratantes¹²⁶.

Las cláusulas sorprendentes plantean, pues, una problema de *falta de consentimiento* o, si se prefiere, de *consentimiento viciado*. Así lo sostiene la mejor doctrina que se ocupa de este asunto, que configura el control de las cláusulas predispuestas relativas al objeto principal del contrato como un “control del consentimiento del adherente”, muy distinto del control del resto de cláusulas accesorias o no principales, que se presenta como un “control del contenido de la regulación predispuesta”¹²⁷.

¹²⁶ Aunque quizá en ese caso el contrato no habría llegado a celebrarse, como apuntó con buen criterio la SAP de Valencia de 28.11.1995 sobre daños por lluvia. En concreto, el litigio giraba en torno al significado y alcance de una cláusula de un seguro de hogar según la cual “los daños de lluvia serán indemnizados siempre que se registre una precipitación superior a los 40 litros hora y metro cuadrado”. Tras declarar esta sentencia que “exigir eso, que caiga algo más de 40 litros para que esté obligada, es vaciar de contenido el contrato”, añade —en lo que aquí interesa— que “[t]al vez si la aseguradora, como le impone la buena fe, hubiese puesto en conocimiento de la actora que en la inmensa mayoría de las ocasiones, casi en todas, en que su industria sufriese daños por agua si no excedían [sic] de 40 litros metro cuadrado el agua caída de manera ininterrumpida durante una hora, estaba sin seguro, con altísima seguridad que no hubiese firmado el contrato con esa compañía”.

¹²⁷ ALFARO ÁGUILA-REAL (2017a), pág. 10; en palabras de este autor, las cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato “*valen*, no porque hayan sido aceptadas por el consumidor mediante su firma al pie del condicionado general, *valen* porque *reflejan el acuerdo consentido por el consumidor*. Si se apartan de lo que ha podido ser razonablemente consentido por el consumidor, simplemente, no valen. Y eso no es un control del contenido. *Es un control del consentimiento del consumidor*. Al exigir que las cláusulas que describen el objeto principal del contrato sean transparentes en sentido material sólo estamos averiguando *si se puede o no decir que fueron consentidas por el consumidor*. Porque el punto de partida es que, al estar incluidas en un condicionado general —haber sido predispuestas—, la carga de probar que fueron consentidas corresponde al predisponente y esta carga de la prueba no se *levanta* simplemente probando que se cumplieron los requisitos de inclusión o incorporación”. En este mismo sentido son también especialmente atinadas las siguientes consideraciones de PANTALEÓN PRIETO (2017) acerca de la diferencia entre el control de la transparencia material y el control de abusividad: “la cuestión de 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. La primera es una cuestión de consentimiento viciado del consumidor, en un ámbito en el que puede jugar justa y eficientemente y, por lo tanto, *debe jugar la autonomía privada* (las reglas de los artículos 1.091 y 1.255 CC): el legislador quiere que el consumidor lea y comprenda bien el significado de las referidas cláusulas. La segunda es 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*: el legislador no quiere que el consumidor pierda el tiempo tratando de leer y comprender las condiciones generales”.

Ahora bien, partiendo de la aceptación de la premisa anterior —a modo de punto de partida y denominador común—, entre quienes ven en las cláusulas sorprendentes o no transparentes un problema de *consentimiento viciado*, cabe diferenciar dos tesis diversas en relación con este asunto. Para una de ellas las estipulaciones sorprendentes o no transparentes constituyen un supuesto de *error esencial* [*infra*, a)]. Para otra, en cambio, conforman un caso de *dolo incidental* [*infra*, b)].

Con todo, pese a tratarse de soluciones disímiles, cierto es que entre ellas cabe advertir una conexión evidente. No sólo porque tanto el error como el dolo son vicios del consentimiento negocial que afectan a la *libertad de saber* del contratante (frente a la violencia y la intimidación que inciden sobre *su libertad de querer*), sino además porque en ocasiones ambos vicios se encuentran en una relación de causa-efecto. No en vano, la manifestación más frecuente del dolo es el engaño que provoca un error en el otro contratante, en cuyo caso el dolo se presenta como un error inducido por la mala fe de la contraparte¹²⁸.

a) *Primera tesis: error esencial.*- De conformidad con la tesis del *error*, se sostiene que al ir referidas las estipulaciones sorprendentes a los *essentialia negotii* o entramado económico del contrato, su presencia en un clausulado negocial de condiciones generales permite hablar de un *error esencial*, por afectar a aspectos o elementos de la relación negocial sobre los que descansa directamente la decisión de celebrar el contrato (*reducto de contractualidad*). Y a ello se añade que dicho error es, además, *excusable*, aun cuando el predisponente haya cumplido la totalidad de las exigencias que se derivan del control de transparencia formal —o control de inclusión o incorporación—, ya que no puede reprocharse al adherente que no haya conocido de forma real y efectiva estas cláusulas aun habiendo tenido la posibilidad de conocerlas. Lo anterior se completa con la indicación de que se trata, además, de un error *parcial*, en la medida en que el adherente desea celebrar el contrato pero desconoce la presencia en su clausulado de alguna o algunas estipulaciones sobre el objeto principal o parte económica del negocio que, de haberlas conocido, muy probablemente le habrían llevado a desistir de contratar¹²⁹.

Esta tesis presenta un inconveniente principal: aplicar las consecuencias jurídicas que se derivan de la constatación de un error invalidante conduce a conferir al adherente la facultad de solicitar la anulación del contrato en su conjunto (artículo 1301 CC) y la recíproca restitución de las prestaciones

¹²⁸ Aunque no todo dolo es reconducible al error, toda vez que existen supuestos de dolo en los que no hay error en el contratante que es víctima del engaño. Así se desprende de la jurisprudencia que acepta la existencia de dolo en los supuestos en que uno de los contratantes se aprovecha de mala fe de la situación de debilidad de la contraparte para captar de modo ilícito su voluntad, sin llegar a inducirlo a error. Además las diferencias entre estos dos vicios del consentimiento son relevantes: El error ha de ser esencial (es decir, sólo es jurídicamente relevante cuando recae sobre la sustancia de la cosa o sobre la identidad de la persona del otro contratante). En el dolo, en cambio, puede alcanzar relevancia el error de cálculo, el error de valoración o el error sobre los motivos. Por otro lado, el error ha de ser excusable, lo que tampoco se exige al dolo. Sin embargo, para constatar la existencia de dolo (y no de error) ha de existir una conducta de la contraparte, que ha de ser antijurídica, y que tiene el propósito de engañar: *animus decipiendi*. De ahí la afirmación de Díez PICAZO según la cual “en el tratamiento jurídico del error se valora sobre todo la formación del conocimiento de la parte equivocada y su propia culpabilidad en el error, mientras que en el dolo la valoración jurídica contempla también la conducta de la parte causante del engaño”. En general, sobre las relaciones (semejanzas y diferencias) entre el dolo y el error (con la cita de Díez Picazo a la que acabamos de aludir y con referencia a autores como TRABUCCHI, PIETROBON, etc.) véase ROJO AJURIA (1994), págs. 186 y ss.

¹²⁹ PAGADOR LÓPEZ (1999b), págs. 1851 y ss.; más recientemente de este mismo autor: (2011), págs. 1368 y 1369.

(artículo 1303 CC). Empero, esta solución no parece la más adecuada. Al adherente le puede interesar el mantenimiento del contrato, aunque privado de la estipulación o estipulaciones que no conoció a la hora de celebrarlo por haberle sido hurtado su conocimiento por el predisponente¹³⁰.

Cierto es que este inconveniente se salva por la doctrina partidaria de la tesis que comentamos admitiendo el error parcial y, de forma subsiguiente a lo anterior, negando al adherente perjudicado por este tipo de error –meramente parcial– la facultad de instar la anulación total de contrato, por no conciliarse nada bien esta solución con el principio de conservación del negocio vigente en nuestro ordenamiento, expresado en el viejo apotegma “*utile per inutile non vitiatur*”. En opinión de esta doctrina, en supuestos de errores parciales a los adherentes habría de quedarles sólo el recurso a la técnica de la *nulidad o anulabilidad parcial*, dirigida a provocar exclusivamente la ineficacia de las estipulaciones sorpresivas o no transparentes a través de las cuales se materializaron los errores negociales¹³¹.

Ahora bien, aunque los textos en los que se vislumbran las nuevas tendencias del Derecho de obligaciones y contratos –como el *Marco Común de Referencia*– apuntan en la dirección de admitir la nulidad o anulabilidad parcial como consecuencia natural de la constatación de un vicio del consentimiento que afecte exclusivamente a una parte del contrato¹³², lo cierto es que dicha solución ha contado entre nosotros con escaso respaldo jurisprudencial, pues sólo de forma muy excepcional ha sido admitida por nuestro Tribunal Supremo¹³³.

Se trata, no obstante, de una solución que cuenta con el refrendo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que en algunos de sus pronunciamientos la considera la más apropiada para defender los intereses de los consumidores. Así se desprende de sus sentencias de 30 de abril de 2014¹³⁴, y de 21 de enero de 2015¹³⁵, en donde el juzgador comunitario admite con carácter excepcional una integración del vacío contractual dejado por una cláusula declarada abusiva, para aquellos supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula obligase al juez a anular la totalidad del contrato¹³⁶.

¹³⁰ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2016), pág. 5, quien apunta que la opción de aplicar las consecuencias del error vicio no es la más razonable para el prestatario porque, tras la compensación de los dos créditos que nacen de la nulidad del contrato, se vería obligado a restituir a la entidad financiera una importante suma de dinero; al menos –añade este autor–, hasta tanto no se admita en nuestro Derecho que el error vicio pueda tener como consecuencia la nulidad parcial, en los casos en que afecte sólo a una parte del contrato (como hace, por ejemplo, el Marco Común de Referencia: véase su artículo II-7:213).

¹³¹ PAGADOR LÓPEZ (1999b), pág. 1853

¹³² A no ser que, excepcionalmente, no sea razonable mantener el resto del clausulado contractual a la vista de todas las circunstancias concurrentes: véase el artículo II-7:2013 MCR.

¹³³ Véase la STS, 1ª, 10.4.2001 (Ar: 2027; MP: Antonio Romero Lorenzo).

¹³⁴ STJUE, 30.4.2014 (asunto C-26/13, Kásler vs OTP Jelzálogbank ZRT).

¹³⁵ STJUE, 21.1.2015, (asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, Unicaja Banco S.A. y Caixabank, S.A. vs José Hidalgo Rueda, y otros).

¹³⁶ Aunque estas SSTJUE se refieren a la *declaración de ineficacia de cláusulas abusivas*, la doctrina en ellas sentada podría trasladarse a otros casos de ineficacia como el error vicio, cuando el afectado fuese un consumidor y el error fuese imputable al empresario o profesional por incumplimiento de sus deberes de información. Así lo sostiene en la jurisprudencia menor la SAP Burgos, Civil Sec. 3, 5.4.2016 (AC 107147; MP: María Esther Villimar San Salvador); y así lo defiende recientemente PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017), pág. 1224.

En todo caso, la aplicación de esta solución a las cláusulas ilícitas por no transparentes —*rectius*, sorprendentes— sobre las que giran estas reflexiones conduciría a soluciones diversas según los casos. Si estamos, por ejemplo, ante una cláusula suelo, habría que dejar subsistente el contrato pero privado de dicha estipulación¹³⁷. Sin embargo, si la cláusula no transparente sobre la que reside el error parcial del adherente es una estipulación multidivisa, habría que recalcular el contrato de préstamo como si inicialmente se hubiera celebrado en euros, aplicando el interés nominal que figura en el contrato para el caso de conversión del préstamo en euros¹³⁸.

b) *Segunda tesis: dolo incidental*.— Según la otra tesis antes anunciada, las cláusulas sorprendentes o no transparentes, en tanto que incorporadas por los predisponentes a los clausulados negociales de forma camuflada o furtiva, no son sino el resultado de la utilización de *maquinaciones insidiosas* (ex artículo 1269 CC), pues la finalidad que con ellas se persigue no es otra que hacer que los adherentes contraten en condiciones diferentes de las que creían estar contratando. Existe maquinación insidiosa por cuanto que se oculta deliberadamente al adherente la descripción del objeto principal del contrato, contraviniendo las legítimas y razonables expectativas que tenía al contratar. Ahora bien, esta maquinación se considera sólo *incidental*, ya que no es la causa de la decisión de contratar del adherente. Éste quiere contratar, lo que ocurre es que no desea hacerlo en los términos introducidos en el contrato por el predisponente a través de la cláusula sorprendente o no transparente¹³⁹.

Se explica así que la solución a la que se llega desde este punto de vista consista en entender que la mejor forma de proteger a los adherentes pasa por aplicar en estos casos las normas relativas al *dolo incidental*. No en vano, éste se presenta principalmente como “un engaño sobre el precio”¹⁴⁰, lo que encaja sin obstáculos ni disfunciones con el perfil de las estipulaciones a las que aquí nos venimos refiriendo, relativas en gran medida al precio en tanto que elemento o parte fundamental del objeto principal del contrato^{140F}¹⁴¹.

El recurso al dolo incidental en este ámbito conlleva descartar la anulación del contrato en su conjunto y reconocer al adherente el derecho a *reajustar el contrato a fin de que su contenido se adapte a sus legítimas expectativas*, formadas a la vista de todas las circunstancias que rodearon su celebración¹⁴². De hecho, en nuestra comunidad jurídica se acepta que la razón de ser de la distinción entre dolo causante e incidental reside precisamente en evitar una generalizada anulación de los contratos por dolo, lo que sería muy perjudicial para la seguridad del tráfico¹⁴³.

¹³⁷ PAGADOR LÓPEZ (2011), pág. 1370.

¹³⁸ Así, anticipándose a la STS 15.11.2017, 1ª (Ar: 2017/4730 ; MP: Rafael Sarazá Jimena), que, como hemos señalado *supra*, decreta la nulidad parcial para un caso de cláusula multidivisa: PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017), pág. 1223,

¹³⁹ PANTALEÓN PRIETO (2017) y tras él: ALFARO ÁGUILA-REAL (2017a).

¹⁴⁰ ROJO AJURIA (1994), págs. 147 y ss., con cita de doctrina en este mismo sentido; caso, por ejemplo, de DEMOLOMBE, quien, según nos dice ROJO AJURIA, “cifra el dolo incidental en los engaños que inciden exclusivamente en el precio de la cosa”.

¹⁴¹ ALFARO ÁGUILA-REAL (2017a).

¹⁴² PANTALEÓN PRIETO (2017), a quien sigue ALFARO ÁGUILA-REAL (2017a).

¹⁴³ ROJO AJURIA (1994) págs. 147 y ss., apunta que esta afirmación es reiterada por los autores de la época: entre otros, POTHIER, GARCÍA GOYENA o DEMOLOMBE; en palabras de ROJO AJURIA, la distinción entre dolo causante e incidental

El dolo incidental, en efecto, permite la conservación del contrato en cuyo condicionado general o predispuesto se insertan estipulaciones sorprendentes incumplidoras de las exigencias derivadas del control de transparencia material o sustantivo. El artículo 1270 CC dispone, en concreto, que “el dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios”, lo que se interpreta como el deber del predisponente de *poner al adherente en la situación en la que se habría encontrado si la maquinación insidiosa* —la cláusula sorprendente o no transparente— *no hubiera tenido lugar*. En muchos casos este resultado podrá lograrse con la supresión de la cláusula sorprendente. En otros, sin embargo, será necesario atribuir nuevos derechos al adherente o privar de ciertas facultades al predisponente¹⁴⁴.

Desde esta forma de enfocar el asunto, las condiciones generales o cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato sin cumplir las exigencias derivadas del control de transparencia material o sustantivo no son nulas de pleno derecho. Se trata de cláusulas anulables. Razón por la cual su invalidez no puede apreciarse de oficio, sino que ha de ser instada por la parte perjudicada dentro del plazo de caducidad previsto en el Código Civil¹⁴⁵.

De ahí que se rechace la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea según la cual a las cláusulas no transparentes relativas al objeto principal o parte económica del contrato les son de aplicación las mismas consecuencias que a las cláusulas no relativas a esa esencial materia —esto es, accesorias— que merecen reputarse abusivas por no superar el control de contenido. El rechazo de esta solución jurisprudencial se fundamenta en su disconformidad con la Directiva sobre cláusulas abusivas, que deja en manos de los Derechos nacionales la regulación de las consecuencias derivadas de la aplicación del control de contenido¹⁴⁶. Desde esta perspectiva, habría de descartarse también, como es natural, la solución seguida en esta materia por la Proposición de Ley de impulso a la transparencia¹⁴⁷, que equipara los efectos derivados de la falta de transparencia a los dimanantes de la declaración de abusividad, sin advertir la distinta naturaleza apreciable entre los controles de transparencia y de contenido o abusividad¹⁴⁸.

Pero hay también quien ve en las cláusulas no transparentes o sorprendentes un problema de *falta de consentimiento* —y no tanto de consentimiento viciado—. Desde esta otra perspectiva, la solución que se sigue consiste en considerar que dichas estipulaciones *no forman parte de la oferta negocial*, merced a su inclusión furtiva o camuflada por el predisponente dentro del clausulado negocial. Razón por la cual han de tenerse por *no puestas* si perjudican al consumidor. Salvo, como es lógico, cuando el

obedece “a una aplicación del *principio de conservación del negocio*”, ya que “si bien todo dolo puede generar una acción de resarcimiento sin plantear ningún problema, la generalización de la acción de invalidez ante cualquier supuesto de dolo conlleva unos riesgos para la seguridad del tráfico que hicieron necesaria siempre una matización, una vez asumida la posible anulación por dolo” (págs. 149).

¹⁴⁴ PANTALEÓN PRIETO (2017); ALFARO ÁGUILA-REAL (2017a).

¹⁴⁵ En palabras de PANTALEÓN PRIETO (2017), “una solución con las características de apreciación de oficio, imposibilidad de confirmación e inexistencia de plazo de caducidad de la acción resulta a todas luces inadecuada” para las cláusulas no transparentes referidas a los elementos esenciales del contrato; también en esa dirección: ALFARO ÁGUILA-REAL (2017a) y (2017b).

¹⁴⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL (2017a) y (2017b).

¹⁴⁷ Citada más arriba y disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-176-1.PDF

¹⁴⁸ Conforme: ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA (2018).

predisponente demuestre que formaron parte de la oferta contractual por haber sido conocidas y comprendidas convenientemente por el adherente antes de emitir su consentimiento negocial, en cuyo caso no merecen reputarse sorprendentes o no transparentes. Se descarta así la aplicación del régimen de los vicios del consentimiento negocial a esta clase de estipulaciones. Para dejarlas sin efecto no es necesario que el adherente ejercite una acción de anulabilidad en el plazo de cuatro años que fija el Código Civil. La apreciación del carácter sorprendente o no transparente de la disposición puede realizarse *de oficio por el juez*, lo que se acomoda muy bien al carácter de *orden público* de la normativa protectora de los consumidores y usuarios, dictada en desarrollo del artículo 51 del texto constitucional¹⁴⁹.

De esta orientación participa, en parte, la Proposición de Ley de impulso a la transparencia en la contratación predispuesta, al configurar el control de transparencia en la contratación de consumo (B2C) como “aplicable de oficio por jueces y tribunales”¹⁵⁰. Además, en la Exposición de Motivos de este texto prelegislativo se alude al “orden público” como fundamento de las normas que instauran el control de transparencia. Sin embargo, la solución propuesta para los contratos entre empresarios y/o profesionales (B2B) es distinta, al requerirse que los empresarios adherentes soliciten judicialmente la aplicación del control de transparencia¹⁵¹.

A nuestro juicio, el esfuerzo que realiza la doctrina referida con vistas a fundamentar la invalidez de las cláusulas sorprendentes o no transparentes es muy meritorio y ha de ser valorado muy positivamente. Entre las soluciones que ven en estas estipulaciones un vicio del consentimiento negocial, especialmente atinada nos parece la que reconduce el problema a un supuesto de *dolo incidental* (“*dolus incidens*”). Principalmente por las dos razones que exponemos a continuación, una más conceptual o dogmática y otra de índole más práctica:

¹⁴⁹ MIQUEL GONZÁLEZ (2017), quien apunta que, a su juicio, a las cláusulas sorprendentes o no transparentes les ocurre justo al revés de lo que le pasa a la publicidad *ex* artículo 61 TRLGDCU: que *no forman parte de la oferta*. Empero, no conforme: PANTALEÓN PRIETO (2017), quien pone el siguiente ejemplo: el documento de condiciones generales de una entidad bancaria contiene una cláusula suelo ubicada furtivamente entre otras muchas cláusulas financieras. Pero se demuestra convenientemente que en uno de los préstamos hipotecarios celebrados por dicha entidad, un determinado consumidor, a la hora de contratar, fue plenamente consciente de la existencia de dicha cláusula y de su alcance económico, al existir una prueba evidente de que el notario autorizante de la escritura de préstamo, el día anterior a la firma, le llamó la atención y le informó con claridad al respecto. Tan es así que el propio consumidor presumió ante algunos de sus amigos que había contratado el préstamo hipotecario en muy buenas condiciones, pues sabía por una muy buena fuente que en el futuro los intereses de los préstamos hipotecarios iban a subir por encima del techo de su hipoteca. Seguidamente el Profesor PANTALEÓN se formula la siguiente pregunta: si parece fuera de duda que en el caso puesto como ejemplo a dicho consumidor le habría de vincular la cláusula suelo, “¿cuál sería la fuente de esa vinculación, si debiéramos considerar que la cláusula no formaba parte la oferta? ¿Es, acaso, la información notarial una nueva fuente de las obligaciones?”

¹⁵⁰ Como se dispone en el apartado 2 del artículo 90 bis que dicha Proposición propone incorporar al TRLGDCU.

¹⁵¹ Artículo 2º, único de la Proposición, que propone introducir en la LCGC un artículo 6 bis, apartado 2, con el siguiente tenor: “[l]a tutela dispensada por el control de transparencia, con idénticos fundamentos y deberes de configuración negocial, podrá extenderse a la contratación entre empresarios. En este caso, el empresario adherente deberá solicitar judicialmente su aplicación y acreditar el carácter predispuesto del clausulado objeto de impugnación”.

1ª) La primera –conceptual– reside en que las definiciones jurídicas de *dolo* –concebido básicamente como toda maniobra de sorpresa, fraude o disimulo dirigida a engañar a otro– y, en particular, de *dolo incidental* –entendido como el engaño que, sin llegar a determinar la celebración del acto, consigue que la víctima consienta en condiciones más onerosas para ella– aceptadas por nuestra comunidad se ajustan bastante bien al perfil de las cláusulas no transparentes o sorprendentes. No en vano, lo que a través de estas estipulaciones consiguen los predisponentes no es otra cosa que hacer que los adherentes contraten en unas condiciones económicas más gravosas para ellos que aquellas en las que creían haber contratado.

2ª) La segunda –más práctica– es fácil de entender y explicar: los remedios para luchar contra las cláusulas sorprendentes o no transparentes a los que se llega desde la tesis del dolo incidental son más atinados que aquellos a los que conduce la configuración de dichas cláusulas como supuestos de error, dados los obstáculos existentes en nuestro Derecho para admitir la anulabilidad parcial como remedio frente a un error también parcial, en el sentido expresado más arriba.

La crítica más relevante que podría hacerse a la tesis del dolo incidental es que *no permite la apreciación de oficio por el juez*. Pero no es insalvable ni decisiva. En un sistema de Derecho privado como el nuestro, el contrato afectado por un verdadero vicio del consentimiento negocial sólo puede ser atacado jurídicamente mediante el ejercicio de una acción procesal a instancia de parte. Razón por la cual no parece censurable reconducir el problema de las cláusulas sorprendentes o no transparentes a un caso de dolo incidental y, subsiguientemente, privar al juez que conozca del asunto de la facultad de declarar de oficio el carácter sorprendente o no transparente de una estipulación. Si la autoridad judicial carece de dicha facultad cuando el contrato está afectado por un auténtico vicio del consentimiento de los tipificados en el Código Civil, no parece criticable que tampoco la posea cuando de lo que se trata es de hacer frente a una maniobra por la que una cláusula relativa al objeto principal del contrato es introducida de forma furtiva o camuflada por el predisponente dentro del clausulado negocial predispuesto (supuesto reconducible al dolo incidental¹⁵²).

Fuera de las normas decimonónicas reguladoras de los vicios del consentimiento negocial, elaboradas para resolver una problemática muy distinta de la que en la actualidad se anuda a la contratación estandarizada, es también posible encontrar alguna regla válida para fundamentar la ilicitud de las cláusulas sorprendentes o no transparentes. Tratándose, como ocurre en este caso, de cláusulas insertas en contratos de consumo (B2C), quizá pueda revestir especial utilidad en este ámbito el *principio de la integración publicitaria del contrato* plasmado en el artículo 61 TRLGDCU. En efecto: si el contenido de la publicidad –y, en general, de la actividad promotora de la contratación de bienes y servicios– integra el contrato –que es la gran consecuencia jurídica que se desprende de dicho principio–, habrá de negarse valor jurídico alguno a todo el contenido negocial relativo al objeto principal o parte económica del contrato –precio y prestación– que cumpla los dos requisitos siguientes: 1º) forme parte del clausulado predispuesto pero de forma furtiva o camuflada, esto es, sin haber llegado a ser conocido y consentido por el adherente cuanto emitió su consentimiento negocial; y 2º) tenga el efecto de contradecir el contenido tanto de la publicidad –y, en

¹⁵² Aunque PAZOS CASTRO (2017a), págs. 675 y 676, considera lógico que el control de transparencia pueda realizarse de oficio al formar parte del control de abusividad –como sostiene nuestro TS–, no obstante, termina aceptando (en la dirección de PANTALEÓN PRIETO, a quien cita expresamente) que lo más conveniente es inadmitir su declaración de oficio sobre la base de entender que se trata de “una cuestión de consentimiento-aceptación y no de aceptabilidad”.

general, de la actividad promotora de la contratación desplegada por el predisponente en la fase precontractual— como de las cláusulas sobre las que sí hubo acuerdo expreso entre las partes.

En rigor, la trascendencia del art. 61 TRDCU reside en que, merced a él, el contrato —léase, el documento contractual— como regla general no prevalece frente a lo publicitado o promocionado no ya sólo en caso de silencio del primero, sino tampoco cuando su contenido regulador —de ordinario, predispuesto— resulte contradictorio o incompatible con lo anunciado en la publicidad¹⁵³. Por tanto, merced al artículo 61 TRLGDCU, el contenido de la publicidad —*que generó en el adherente unas expectativas legítimas y razonables y, como tales, dignas de protección jurídica*— expulsará del contrato todas aquellas cláusulas que lo contradigan, siempre que no hayan sido conocidas y consentidas por el adherente en el momento de contratar (pues si el predisponente puede probar dicho conocimiento, estaremos —naturalmente— ante cláusulas válidas y eficaces que en modo alguno merecerán reputarse no transparentes o sorprendentes). Dicho brevemente: *si lo que está en la publicidad integra el contrato, lo que está en el contrato pero de forma furtiva y entra en contradicción con la publicidad no puede formar parte del contrato*. Esta es la *cara o vertiente negativa* del principio de la integración publicitaria del contrato, a la que tendremos ocasión de referirnos más adelante, al abordar la posible extensión del control de transparencia material o sustantivo a los contratos celebrados entre empresarios y/o profesionales (B2B)¹⁵⁴.

Un ejemplo permitirá ilustrar mejor lo que decimos. Pensemos en una determinada entidad bancaria (“W S.A.”) que tanto en la publicidad de que se vale para promover la contratación de sus productos y servicios, como en las conversaciones mantenidas con el cliente “Y” —que celebra el préstamo hipotecario con vistas a la adquisición de su vivienda habitual y, por ende, en condición consumidora—, expresa siempre que el tipo de interés aplicable a sus hipotecas —y a esa en concreto— consiste en el “EURÍBOR más 1,5”. Sin embargo, algún tiempo después de la celebración del contrato, “Y” descubre con enorme sorpresa por su parte que, camuflada dentro del clausulado de condiciones generales, existe una cláusula (la núm. 52) en la que se fija como tipo mínimo a pagar el 3,5%. Parece evidente en este caso que, merced al artículo 61 TRLGDCU, el contenido de la publicidad desplegada por “W S.A.” —que genera en “Y” unas expectativas legítimas y razonables en lo que concierne a un elemento tan relevante como el tipo de interés a pagar— produce el efecto de *desalojar o expulsar del contrato a la estipulación núm. 52*.

Este ejemplo nos confirma que el artículo 61 TRLGDCU —y, en concreto, el principio de la integración publicitaria del contrato que en él se establece— representa una base jurídica adecuada para justificar el desalojo del contrato de las estipulaciones relativas a los elementos esenciales del negocio que merezcan reputarse no transparentes o sorprendentes. Ahora bien, dado que, en rigor, el artículo 61 TRLGDCU es un desarrollo normativo —para el ámbito específico de las relaciones de consumo— del artículo 1258 CC¹⁵⁵, no

¹⁵³ MIRANDA SERRANO y SERRANO CAÑAS (2016), págs. 3 y 4.

¹⁵⁴ Véase epígrafe 3.6.

¹⁵⁵ Desarrollamos más ampliamente esta idea en MIRANDA SERRANO y SERRANO CAÑAS (2016), págs. 15 y ss., donde ponemos de manifiesto que, aun en ausencia de los arts. 8 LGDCU y 61 TRLGDCU, los consumidores estarían facultados en nuestro ordenamiento para pedir con éxito a los tribunales de justicia que ordenasen a los empresarios y profesionales cumplir los contenidos publicitarios y promocionales, cuando los contratos celebrados no recogiesen dichos contenidos o tuviesen un clausulado —de ordinario predispuesto— contradictorio o incompatible con ellos. Y no sólo los consumidores y usuarios. También los empresarios o profesionales, pues ninguna norma especial mercantil desaplica el art. 1258 CC a la contratación entre empresarios. Antes bien, el artículo 57 del Cdc recoge expresamente el principio de la buena fe como criterio guía para interpretar y aplicar los contratos mercantiles. A lo anterior añadimos también allí que, en nuestra opinión, *la relación entre el artículo 1258 CC y el artículo 61 TRLGDCU es la existente entre una norma general y otra especial*; de modo que a la norma especial (el artículo 61 TRLGDCU) ha de atribuírsele la importante función de coadyuvar a la interpretación de la norma general (el artículo 1258 CC), facilitando su mejor entendimiento y, por ende, su aplicación a la realidad.

parece desacertado ubicar el fundamento último de la ilicitud de las cláusulas sorprendentes o no transparentes en el *principio de la buena fe en sentido objetivo* (ex artículo 1258 CC), y en la regla de *no defraudar la confianza y las expectativas que objetivamente se han suscitado en el otro contratante*, que encuentra protección en dicho principio: artículos 1258 CC y 61 TRLGDCU. La relevancia del principio de la buena fe como instrumento enderezado a evitar los abusos en el campo de la contratación está hoy fuera de duda. Como se ha afirmado por la doctrina mercantilista, el artículo 1258 CC se sustenta hoy en “el fondo de valores, principios y criterios morales que la nueva conciencia social cristaliza y reclama en la realidad del tiempo actual (artículo 3 CC) bajo la denominación de ética de la empresa o ética de los negocios”¹⁵⁶. En esta misma dirección se ha pronunciado también la doctrina civilista, a cuyo su juicio, la buena fe objetiva es la fórmula que “permite introducir una cierta dosis de moralización en la creación y el desenvolvimiento de los contratos”¹⁵⁷.

3.5. Aplicación de este control exclusivamente a los contratos de consumo según la doctrina del Tribunal Supremo

El control de transparencia material prohibitivo de las cláusulas sorprendentes no es acogido de forma expresa por ninguna norma en nuestro ordenamiento. Es cierto que inicialmente se insertó en el Proyecto de LCGC una regla prohibitiva de este tipo de estipulaciones: el artículo 5.c), aplicable a las condiciones generales utilizadas tanto en los contratos de consumo como en los celebrados entre empresarios y/o profesionales. Pero durante el proceso de tramitación parlamentaria dicha previsión se suprimió deliberadamente –aunque con una argumentación nada convincente– del texto que más tarde se convirtió en la LCGC¹⁵⁸. Existen, no obstante, algunos indicios que permiten entender que este control tiene acogida de forma implícita en nuestro Derecho¹⁵⁹. Entre los más relevantes, cabe aquí mencionar los siguientes:

– 1º) En primer lugar, es importante tener en cuenta que nuestro Tribunal Supremo ha interpretado el artículo 3 LCS en el sentido de que la prohibición de las cláusulas lesivas que en él se formula abarca no sólo las cláusulas abusivas sino también las sorprendentes, que desnaturalizan los

¹⁵⁶ FONT GALÁN (2011), págs. 49 y 62.

¹⁵⁷ Díez-PICAZO, ROCA TRÍAS Y MORALES MORENO(2002), págs. 154 y 155; merced a la buena fe –añaden estos autores–, las relaciones negociales se han de desenvolver de conformidad con una serie de principios que la conciencia social considera necesarios, aunque no hayan sido establecidos en los contratos –léase documentos contractuales–. Se presenta, en suma, como un “arquetipo o modelo de conducta social: la *lealtad* en los tratos y el proceder *honesto, esmerado y diligente*; la fidelidad a la palabra dada; *no defraudar la confianza que objetivamente se ha suscitado a los demás, ni abusar de ella*, conducirse conforme cabe esperar de quienes con honrado proceder intervienen en el tráfico jurídico como contratantes o partícipes en él en virtud de otras relaciones jurídicas”.

¹⁵⁸ Al respecto: PERTIÑEZ VÍLCHEZ (2004), especialmente págs. 193 y ss., y PAGADOR LÓPEZ (2011), págs. 1363 y ss.; entre otros.

¹⁵⁹ Véase, en particular, el conjunto de *indicios normativos* que expone y analiza PAGADOR LÓPEZ, con vistas a sostener la acogida implícita –pero, a su juicio indudable– de la regla de las cláusulas sorprendentes en el TRLGDCU: PAGADOR LÓPEZ (2011), págs. 1366 a 1368. MIQUEL GONZÁLEZ (2011), pág. 728, por su parte, lamenta la supresión de la regla sancionadora de las cláusulas sorprendentes tal como inicialmente figuraba en el Proyecto de LCGC, dada su idoneidad para comprender el control de transparencia, pero añade que dicha regla “debe quedar comprendida en la regla general de la buena fe y el justo equilibrio de prestaciones”. Más recientemente, CAÑIZARES LASO (2015), pág. 77, entiende que aunque es cierto que el legislador español no formula esta regla en la legislación vigente, también lo es que tampoco prohíbe su utilización.

contratos de seguro en abierto contraste con las expectativas legítimas y razonables de los tomadores o asegurados¹⁶⁰.

Especial relevancia tiene en esta materia la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2007¹⁶¹. Se discutía en ella acerca de qué debe considerarse Beneficio Bruto. En principio, de acuerdo con la normativa contable y la doctrina que la interpreta, este concepto se concibe como “el valor de producción (ventas, más subvenciones, más variación de existencias, más trabajos realizados por la empresa para el inmovilizado), menos las compras netas, los gastos externos y los de personal, esto es, ingresos menos gastos”. Sin embargo, una de las condiciones generales del contrato de seguro definía este término de una forma diferente, siendo así que se trataba de un concepto fundamental para el contrato de seguro sobre el que versaba el litigio. A juicio del Tribunal Supremo, dicha cláusula había de considerarse limitativa de los derechos del asegurado habida cuenta de sus efectos. Y a esto añadía que se trataba de una estipulación “inusual, al establecer un sistema diferente al seguido generalmente por las empresas para la determinación del Beneficio Bruto”, y apartarse del concepto fijado por el Plan General de Contabilidad. Razón por la cual concluía que cabía calificarla “como una cláusula sorpresiva, según la construcción de la jurisprudencia alemana, en virtud de la cual se negaba la validez de aquellas disposiciones cuya presencia en el contrato podía considerarse razonablemente como una sorpresa para el cliente, cuya regla puede enunciarse en el sentido de que no se consideran incorporadas al contrato aquéllas que, de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la propia naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el adherente no hubiera podido contar racionalmente con su existencia”. Tras lo anterior, esta importante resolución terminaba sentando la idea de que la inadmisión de las cláusulas sorprendentes se encuentra latente en la prohibición de las cláusulas lesivas para los asegurados que formula el artículo 3 LCS: “[e]n nuestro Derecho, la falta de acogida explícita de la regla de las cláusulas sorpresivas en la LGDCU y en la LCGC no significa que falte en el ordenamiento positivo español todo vestigio sobre ellas, y tampoco que carezcan de virtualidad, pues, de un lado, existen señales sobre las mismas en la Disposición Adicional 1ª de la Ley primeramente indicada, y de otro, en el ámbito de la LCS dicha pauta late en la prohibición de las cláusulas lesivas para los asegurados”.

– 2º) Junto a lo anterior, se ha de constatar también que el artículo 61 TRLGDCU más arriba mencionado, al formular el relevante principio de la integración publicitaria del contrato – por el que se concede relevancia negocial a los contenidos publicitarios y promocionales –, protege las expectativas legítimas y razonables suscitadas en el ánimo de los consumidores por la publicidad y las actividades promotoras de la contratación, aun en los casos en que las condiciones generales por las que se rigen los contratos celebrados dispongan otra cosa diferente¹⁶².

En efecto, aun cuando no se trate de una cuestión totalmente pacífica en la doctrina, entendemos que existen argumentos de peso para sostener que la integración publicitaria del contrato (*ex* artículo 61 TRLGDCU) ha de ser operativa no sólo en caso de silencio o laguna contractual, sino también cuando el contenido del contrato – normalmente predispuesto – es incompatible con los contenidos publicitarios o promocionales. Nos explicamos: el contenido publicitario ha de prevalecer siempre sobre el contenido contractual, salvo que este último sea más favorable que aquél (pues así lo establece el propio artículo 61 TRLGDCU) o haya sido expresamente negociado por las partes contratantes (cláusulas especialmente negociadas *ex* artículo 1255 CC).

¹⁶⁰ Así lo apuntamos en MIRANDA SERRANO y PAGADOR LÓPEZ (2016), págs. 27 y ss.; MIRANDA SERRANO, (2017a), págs. 45 y ss., y (2017b), págs. 1151-1196.

¹⁶¹ STS, 1ª, 17.10.2017 (Ar: 11; MP: Juan Antonio Xiol Ríos).

¹⁶² Ampliamente: MIRANDA SERRANO y SERRANO CAÑAS (2016), págs. 2 y ss.

En este segundo supuesto, es decir, cuando existe negociación entre las partes, el consumidor tiene pleno conocimiento en el momento de celebrar el contrato de la divergencia existente entre el contenido contractual y las declaraciones realizadas por el empresario o profesional a través de la publicidad. El problema residirá en la práctica en acreditar en qué casos el consumidor ha aceptado de forma consciente y voluntaria la alteración – vía contrato – de los contenidos publicitarios y promocionales. Desde luego, no puede entenderse que existe dicha aceptación cuando el consumidor se limita a adherirse a un clausulado negociado elaborado por el empresario merced a la técnica de las condiciones generales de la contratación. Lo anterior sólo admite una excepción: que la alteración entre publicidad y contrato se refiera al objeto principal o parte económica del contrato (precio y prestación), pues en tales hipótesis la discrepancia entre publicidad y contrato difícilmente podría pasar desapercibida para el consumidor. Ahora bien, las estipulaciones relativas al objeto principal o parte económica del contrato habrán de ser efectivamente conocidas y consentidas por el adherente en el momento de contratar. De lo contrario se tratará de cláusulas sorprendentes y, por ende, inadmisibles, no conformes con las expectativas legítimas y razonables que la publicidad suscitó en el adherente¹⁶³.

Pero los expuestos no dejan de ser nada más que indicios. Como hemos señalado más arriba, nuestro ordenamiento carece de una norma que establezca este control, a diferencia de lo que ocurre con el control de transparencia formal –o control de inclusión o de incorporación– residenciado tanto en el TRLGDCU (para los contratos de consumo: B2C) como en la LCGC (para los contratos celebrados entre empresarios y/o profesionales: B2B). En rigor, la formulación del control de transparencia que analizamos ha sido obra de la labor judicial que, con el auxilio de la doctrina, lo ha definido en los términos expuestos más arriba.

En concreto, nuestro Tribunal Supremo ha *conectado el control de transparencia material o sustantivo con el control de contenido o abusividad*, y no con el control de inclusión o de incorporación –o control de transparencia formal como lo llamamos aquí–¹⁶⁴. Ahora bien, aunque sin abandonar nunca dicha conexión, ha mantenido dos tesis distintas en sus resoluciones en lo que atañe a cuándo las cláusulas que no superan el control de transparencia merecen considerarse abusivas. De ahí que en esta materia la jurisprudencia del Alto Tribunal no ofrezca el nivel de claridad deseable¹⁶⁵. Veamos:

– *Primera*: Por un lado, el Tribunal Supremo, influenciado por la literalidad del artículo 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, ha declarado que sólo es posible someter a control de contenido o abusividad una cláusula relativa al objeto principal del contrato (precio y prestación) cuando no es transparente en sentido material o sustantivo. De modo que las estipulaciones esenciales del contrato que no superan el control de transparencia material pueden declararse abusivas cuando se considere que causan un desequilibrio en perjuicio del adherente. Desde este punto de vista, se entiende, por tanto, *que la no transparencia de la cláusula conlleva la reactivación del control de contenido*. Esta solución es la acogida por la sentencia de 9 de mayo de 2013, donde se afirma, entre otras cosas, que “las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible”¹⁶⁶. Más recientemente, este

¹⁶³ Véase más referencias bibliográficas y jurisprudenciales en el artículo citado en la nota anterior.

¹⁶⁴ Lo que ha sido criticado por un sector doctrinal: véase nota 176.

¹⁶⁵ Al respecto, entre otros: AGÜERO ORTIZ (2017), págs. 3 y ss.; PAREDES PÉREZ, (2017), págs. 12 y ss.; PAZOS CASTRO (2017b), págs. 174 y ss.

¹⁶⁶ Véase el párrafo 207 de la STS; 1ª, 9.5.2013 (Ar: 3088; MP: Rafael Gimeno-Bayón Cobos).

mismo criterio es seguido por la sentencia de 9 de marzo de 2017, en la que se concluye que “cabe control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación si no es transparente”¹⁶⁷.

– *Segunda*: Mas, por otro lado, el Alto Tribunal también ha sostenido que es directamente abusiva toda estipulación relativa al objeto principal del contrato (precio y prestación) que incumple las exigencias derivadas del control de transparencia material o sustantivo. Según esta otra forma de enfocar el asunto, el *defecto de transparencia material de la estipulación le confiere inexorablemente carácter abusivo*, sin necesidad de tener que efectuar un control de abusividad dirigido a analizar su contenido y averiguar si provoca o no un desequilibrio para el adherente. De manera especialmente clara se expresa en esta segunda dirección el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de diciembre de 2015¹⁶⁸. Sostiene en ella que “la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado”. Por tanto, de conformidad con esta solución, toda cláusula que no supera el control de transparencia es *per se* irremediabilmente abusiva¹⁶⁹.

La primera de las tesis expuestas no puede aceptarse. Someter a un doble control –de transparencia material y de abusividad– las cláusulas que conforman el contenido principal del contrato no es conforme con el artículo 3.1 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, que se refiere al *equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes pero no al equilibrio entre las prestaciones*: “[l]as 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*

¹⁶⁷ Fundamento Jurídico 2º de la STS, 1ª, 9.3.2017 (Ar: 977; MP: Ignacio Sancho Gargallo). Posiblemente la vuelta en 2017 al criterio inicial acogido en 2013 se deba a la STJUE, 26.1.2017 (asunto C-421/14, Banco Primus, S.A. vs Jesús Gutiérrez García), en la que de manera muy clara se sostiene que “según el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, las cláusulas que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarle como contrapartida, por otra – cláusulas comprendidas en el ámbito regulado por esta Directiva –, sólo quedan exentas de la apreciación sobre su carácter abusivo cuando el tribunal nacional competente estime, tras un examen caso por caso, que han sido redactadas por el profesional de manera clara y comprensible (...) [de forma que si] una cláusula contractual relativa al modo de cálculo de los intereses ordinarios, como la controvertida en el litigio principal, no está redactada de manera clara y comprensible a efectos del artículo 4 apartado 2 de la citada Directiva, le incumbe examinar si tal cláusula es abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa misma Directiva (párrafos 62 y 67). Previamente a la STJUE de 9.3.2017 que acabamos de mencionar se había pronunciado también en la misma dirección la STJUE de 26.2.2015 (asunto C-143/13, Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei y SC Volksbank România SA), en la que afirma expresamente el TJUE que, aun cuando un Tribunal constate que las cláusulas enjuiciadas forman parte del objeto principal del contrato, “en todo caso tales cláusulas deberán ser objeto de una apreciación de su posible carácter abusivo si se comprueba que no están redactadas de forma clara y comprensible”. Y con anterioridad a ella véase también en este mismo sentido la STJUE, 30.4.2014 (asunto C-26/13, Kásler vs OTP Jelzálogbank ZRT), que concibe el control de transparencia como un paso previo al control de contenido.

¹⁶⁸ STS, 1ª, 23.12.2015 (Ar: 5714; MP: Pedro José Vela Torres).

¹⁶⁹ Véase también en este sentido: STS, 1ª, 24.3.2015 (Ar: 845; MP: Rafael Saraza Jimena), STS, 1ª, 25.3.2015 (Ar: 735; MP: Eduardo Baena Ruiz), STS, 1ª, 29.4.2015 (Ar: 2042; MP: Rafael Saraza Jimena), STS, 1ª, 23.12.2015 (Ar: 5714; MP: Pedro José Vela Torres) y STS, 1ª, 3.6.2016 (Ar: 2306; MP: Pedro José Vela Torres).

*derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato*¹⁷⁰. Es improcedente, por tanto, que el juez enjuicie el equilibrio económico del contrato. Su cometido queda reducido únicamente al análisis del equilibrio jurídico, esto es, de los derechos y obligaciones de las partes. De forma muy clara expresan esta idea los redactores de los *Principios de Derecho Europeo de Contratos* (PDEC) en el “Comentario” del artículo 4:110, cuando indican que jueces y árbitros tienen prohibido “juzgar la relación entre el precio y el objeto principal”, teniendo vetada la aplicación de la doctrina del *iustum pretium* del Derecho canónico¹⁷¹.

Dado que se trata de proteger el consentimiento contractual del adherente, bastará al juez con constatar que las estipulaciones no transparentes afectan al objeto principal del contrato (precio y prestación). Constatada esta relevante circunstancia, las cláusulas en cuestión habrán de reputarse necesariamente ilícitas. Así ha de ser por cuanto que, como venimos sosteniendo, la referencia para juzgar la ilicitud de estas estipulaciones no es el modelo legal de regulación justa derivado del Derecho dispositivo, los usos y la buena fe, sino el consentimiento negocial del adherente o, si se prefiere, las expectativas legítimas y razonables que éste se hizo a la hora de contratar a la vista del contexto general en el que se desarrolló la operación negocial. Además, la configuración del control de transparencia como la llave del control de contenido implicaría conferir a los jueces la facultad de declarar eficaces en algunos casos estipulaciones no superadoras del control de transparencia¹⁷².

En apoyo de la interpretación que acabamos de exponer cabe invocar también, junto al mencionado artículo 4:110 PDEC, el artículo II.-9:402(2) del *Marco Común de Referencia* (MCR). Este precepto dispone que en los contratos de consumo (B2C)¹⁷³ una cláusula predispuesta puede reputarse abusiva por el único motivo de no resultar transparente¹⁷⁴. Como se expone en el “Comentario” de esta disposición, su razón de ser se sustenta en varios argumentos. De un lado, en que un control judicial del precio y de la calidad de los bienes y servicios es incompatible con los principios básicos de una economía de mercado. De otro lado, en que para que pueda llevarse a efecto un control de la calidad y el precio es necesario contar con criterios jurídicos que

¹⁷⁰ La cursiva es nuestra.

¹⁷¹ BARRES BENLLOCH, EMBID IRUJO y MARTÍNEZ SANZ (2003), pág. 387.

¹⁷² Insiste en estas relevantes ideas ALFARO ÁGUILA-REAL (2017d), (2014) y (2017c); también muy claro y rotundo en esta dirección: PAGADOR LÓPEZ (2016). Proclive también a cuestionar la solución que propugna que las cláusulas sobre el objeto principal del contrato que no superan el control de transparencia han de ser sometidas al control de abusividad: PAZOS CASTRO (2017b), págs. 175 y 176. Otra doctrina, sin embargo, sostiene – erróneamente, a nuestro juicio – que “si por falta de transparencia, las cláusulas contractuales relativas al objeto principal del contrato no pueden ser cabalmente conocidas y valoradas por el consumidor antes de la celebración del contrato, eso afecta claramente a la prestación del consentimiento, y de ahí la importancia del control del contenido de esas cláusulas contractuales”: NAVAS NAVARRO (2015), págs. 149 y 150. En este mismo sentido hay que mencionar también a PAZOS CASTRO que en otro lugar [(2017a), pág. 439] no duda en afirmar que, en su opinión, “salvo que una disposición legal diga expresamente otra cosa, y en España no existe esa disposición legal, no puede interpretarse el Derecho español de forma distinta a como el Tribunal de Justicia ha interpretado la Directiva de cláusulas abusivas. Por consiguiente, no es posible declarar el carácter abusivo de una cláusula contractual únicamente por su falta de transparencia”. En la obra de PAZOS CASTRO mencionada en segundo lugar se mencionan los autores partidarios de esta solución que, como decimos, no llega a convencernos: GONZÁLEZ PACANOWSCA, CÁMARA LAPUENTE, CARRASCO PERERA, entre otros.

¹⁷³ Pues esta regla no se extiende ni a los contratos celebrados entre empresarios o profesionales (B2B), ni a los concluidos entre particulares (C2C), para los cuales el MCR establece que el control de transparencia es un requisito previo para poder efectuar el control de abusividad.

¹⁷⁴ BLANDINO GARRIDO (2012), pág. 648.

no existen, salvo en casos muy excepcionales¹⁷⁵. En la misma dirección que el artículo II.-9:402 MCR se sitúa la –nada afortunada– Proposición de Ley de impulso de la transparencia en la contratación predispuesta más arriba aludida¹⁷⁶, que, tras caracterizar el control de transparencia como el que “tiene por objeto examinar si la configuración de la reglamentación predispuesta responde a los previos y especiales deberes contractuales que el profesional tiene de facilitar la comprensibilidad material, que no formal y gramatical, de los aspectos o elementos que definan el producto o servicio ofertado, su correcto cumplimiento y los riesgos asociados al mismo” (“de manera –añade– que el consumidor y usuario comprenda no solo el significado general de la contratación, sino también el alcance jurídico y económico de los compromisos asumidos”), propone incorporar al TRLGDCU un nuevo artículo 90 bis con el siguiente tenor: “[l]a infracción de estos deberes contractuales [en alusión a los deberes de transparencia en sentido material], sin necesidad de que concurra el perjuicio o lesión para el consumidor y usuario, comportará que la cláusula afectada sea declarada abusiva”.

Por otra parte, la *conexión entre transparencia y abusividad* realizada por el Tribunal Supremo en los términos sumariamente expuestos –que un sector doctrinal minoritario cuestiona por considerarla inapropiada¹⁷⁷– le lleva a sostener que el control de transparencia material o sustantivo *sólo es practicable a la contratación de consumo*, esto es, a los contratos B2C en los que los adherentes actúan al margen de una actividad empresarial o profesional (o, si se prefiere –con fidelidad al artículo 1.3 de la derogada LGDCU– sin la finalidad de integrar el bien adquirido o el servicio contratado en

¹⁷⁵ De lo que se hace eco, entre nosotros, PAZOS CASTRO (2017b), págs. 175 y 176.

¹⁷⁶ Disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-176-1.PDF

¹⁷⁷ En esta dirección: CÁMARA LAPUENTE (2015) y (2016), *passim*, a quien sigue más tarde PAZOS CASTRO (2017a), pág. 441 y ss. Además, téngase también en cuenta el voto particular del magistrado ORDUÑA MORENO a la STS 3.6.2016, 1ª (Ar: 2016/2306; MP: Pedro José Vela Torres), que posteriormente es seguido por algunos civilistas: *ad ex.*, FERNÁNDEZ CHACÓN (2017), págs. 1 y ss. Básicamente esta doctrina argumenta que el deber de transparencia de las condiciones generales concernientes al entramado económico del contrato (precio y prestación) no debe ubicarse en la cláusula de control de contenido o abusividad del artículo 82 TRLGDCU, sino en los artículos 5 y 7 LCGC a modo de un *control de inclusión o de incorporación cualificado*. Razón por la cual dicho control alcanzaría también a la contratación estandarizada celebrada entre empresarios y/o profesionales (contratos B2B). Se explica así que estos autores demanden al Tribunal Supremo que lleve a cabo una recalificación de la naturaleza jurídica del control de transparencia que conduzca a conectarlo con el control de incorporación, aplicable tanto a los contratos en los que el adherente es un consumidor (contratos B2C) como a aquellos en los que dicho sujeto actúa empresarial o profesionalmente (contratos B2B). En palabras de FERNÁNDEZ CHACÓN (2017), pág. 12, el control de transparencia real o material “forma parte del control de incorporación y su no superación no supone la abusividad de una cláusula predispuesta, sino sencillamente su falta de incorporación, independientemente de si configura o no el objeto principal del contrato y de si los contratantes son profesionales o consumidores”. Empero, esta tesis no llega a convencernos. Los requisitos de inclusión o de incorporación estatuyen un control de transparencia meramente *formal*, en la medida en que sólo garantizan la *posibilidad de conocimiento* (mera posibilidad) del clausulado de condiciones generales y cláusulas predispuestas por parte del adherente. Por consiguiente, no parece aceptable fundamentar en ellos el control de transparencia *material*, enderezado a garantizar al adherente el *conocimiento efectivo* de las estipulaciones que conforman el objeto principal o parte económica del contrato. En este sentido se han pronunciado, entre otros, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2016), pág. 9, y PAGADOR LÓPEZ (2016), pág. 12. En concreto, el último autor citado, al comentar el voto particular del magistrado ORDUÑA MORENO a STS, 1ª 3.6.2017 (Ar: 2306; MP: Pedro José Vela Torres), no duda en afirmar –en unos términos que nos parecen muy atinados– que “llevar más allá el contenido normativo de los artículos 5 y 7 de la LCGC y sostener que formulan un mandato de transparencia que, al menos en algunos casos, llega a exigir el conocimiento efectivo de ciertas cláusulas, es hacer decir a las normas lo que no son”.

procesos de mercado de carácter industrial, comercial o profesional¹⁷⁸). Según sus palabras, es la “aproximación entre transparencia y abusividad” lo que “impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor”, toda vez que la legislación española ha optado deliberadamente por no someter a control de contenido o abusividad las cláusulas predispuestas insertas en contratos celebrados entre empresarios y/o profesionales¹⁷⁹.

Por consiguiente, el adherente no consumidor no puede invocar el carácter ilícito de una estipulación negocial (por ejemplo, una cláusula suelo o multidivisa) por falta de transparencia. Con rotundidad y claridad así lo expresa el Alto Tribunal en su sentencia de 3 de junio de 2016, donde puede leerse, entre otras cosas, que “este control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores”¹⁸⁰.

Este criterio jurisprudencial es coherente con la solución de política jurídica en materia de control de contenido acogida en nuestro ordenamiento, donde sólo quedan sujetas a esta modalidad de control las condiciones generales y cláusulas predispuestas utilizadas en contratos de consumo (artículo 8 LCGC y artículos 3 y 4 y 80 y ss. TRLGDCU). No las empleadas entre empresarios y/o profesionales. Como se sabe, esta solución legal no se debió a un descuido u olvido del legislador, sino que fue el resultado de una decisión deliberada y consciente¹⁸¹. En nuestra opinión, no se hace acreedora de una valoración positiva. El control de contenido responde a una necesidad de política legislativa de carácter general. Carece de justificación dotar en esta materia de un distinto régimen jurídico a los contratos de consumo (B2C) y a los celebrados entre empresarios y/o profesionales (B2B). El problema de *déficit de contractualidad* que plantean las condiciones generales de la contratación no afecta exclusivamente a los adherentes que actúan como consumidores o usuarios. Alcanza por igual a todos los adherentes, con independencia de que actúen o no de modo profesional o empresarial. El control de contenido de las condiciones generales de la contratación se justifica no por la condición

¹⁷⁸ Al respecto: MIRANDA SERRANO (2006), págs. 179 y ss.; CÁMARA LAPUENTE (2011), págs. 84 y ss.; PAZOS CASTRO (2017a), págs. 225 y ss.

¹⁷⁹ STS, 1ª, 3.6.2016 (Ar: 2306; MP: Pedro José Vela Torres).

¹⁸⁰ Por su interés, interesa reproducir de forma completa el párrafo de esta resolución en el que se contiene la afirmación que destacamos en el texto: “este control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es más, como hemos resaltado en varias de las sentencias antes citadas, el art. 4.2 de la Directiva conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados. Y precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor”

¹⁸¹ La STS, 1ª, 3.6.2016 (Ar: 2306; MP: Pedro José Vela Torres) afirma expresamente que “no se trata de una laguna legal”, sino de una “opción legislativa”.

consumidora o empresarial de los sujetos que participan en el contrato, sino por la *singularidad del procedimiento de contratación* en que consiste la técnica de las condiciones generales. De modo que tan justificado está controlar la abusividad de las condiciones generales empleadas en la contratación de consumo, como de las utilizadas en la contratación empresarial o profesional¹⁸².

La anterior es, además, la solución acogida por el artículo 4:110 de los *Principios de Derecho Europeo de Contratos* (PDEC). Efectivamente, como aclara su redactor en el "Comentario" que los PDEC dedican a este precepto, dicha norma "amplía el ámbito de aplicación de la cláusula general de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (1993) a los contratos entre particulares y respecto de los contratos mercantiles". Los PDEC se sitúan así en la dirección que le fue ya señalada al legislador de la Unión Europea por el Comité Económico y Social en su Dictamen sobre la Propuesta de Directiva en materia de cláusulas abusivas, donde instó a la Comisión a considerar en un futuro "la posibilidad de prohibir las cláusulas abusivas en todos los contratos, independientemente de que éstos se celebren con consumidores o no, teniendo particularmente en cuenta los problemas experimentados por las pymes".

Esta misma dirección es la que sigue también el *Marco Común de Referencia* (MCR). Así lo corrobora su artículo II.9:405 intitulado "significado de abusivo en los contratos celebrados entre empresarios". Se dispone en él que una cláusula incluida en un contrato celebrado entre empresarios es abusiva cuando, además de tratarse de una cláusula estándar, "resulta de tal naturaleza que su aplicación se aparta manifiestamente de las buenas prácticas comerciales, en contra de las exigencias de la buena fe y la honradez en los tratos"¹⁸³. Ciertamente es, no obstante, que entre los PDEC y el MCR cabe apreciar una diferencia relevante en esta materia. Y es que mientras los PDEC contienen una única definición de cláusula abusiva, el MCR, en cambio, establece tres definiciones diferentes en función de que el contrato sea celebrado entre un empresario y un consumidor (B2C), entre dos particulares no empresarios (C2C) o entre dos empresarios y/o profesionales (B2B)¹⁸⁴.

A la vista de las consideraciones precedentes, se explica que echamos en falta la introducción en el *Anteproyecto de Código Mercantil* (ACM) de mecanismos de control de contenido de las condiciones generales de la contratación. Según este texto prelegislativo, cuando en la contratación estandarizada intervienen consumidores o usuarios, goza de aplicación preferente la legislación protectora de éstos (TRLGDCU), que sí prevé la práctica del control de contenido. En cambio, cuando las condiciones generales se utilizan entre empresarios y/o profesionales, tan sólo se aplican las previsiones del propio ACM, que se limita a formular los requisitos de incorporación o inclusión de las condiciones generales al contrato (artículo 430-2) y algunas reglas en materia de interpretación (artículo 430-4);

¹⁸² A propósito de esto véase la exposición que realizamos (y la doctrina que citamos) en MIRANDA SERRANO (2008), págs. 366 y ss. y (2011), págs. 1601 y ss.; más información también, entre la amplia bibliografía existente, en ALFARO ÁGUILA-REAL (1997), págs. 839 y ss.; MIQUEL GONZÁLEZ (2002), *passim*; BLANCO GÓMEZ (2003), págs. 1471 y ss.; MARTÍN PÉREZ (2003), págs. 131 y ss.; PASTOR VITA (2005), págs. 1 y ss.; ALBIEZ DOHRMANN (2009), *passim*.; CÁMARA LAPUENTE (2017) págs. 195 y ss..

¹⁸³ Traducción de BLANDINO GARRIDO (2012), pág. 661.

¹⁸⁴ BLANDINO GARRIDO (2012), pág. 660.

además de incluir la llamada regla de las cláusulas sorprendentes (artículo 430-3, apdo. 2), en el sentido que más adelante explicaremos¹⁸⁵.

Justo es reconocer, sin embargo, que en un ordenamiento como el alemán, que es todo un referente en la regulación de las condiciones generales de la contratación, y que —como se sabe— prevé desde 1976 la aplicación de la cláusula general de control de contenido no sólo a los contratos de consumo (B2C) sino también a los celebrados entre empresarios y/o profesionales (B2B), existe desde 2008 un relevante movimiento —conocido como la *iniciativa de Frankfurt*, promovida y apoyada por diversas organizaciones empresariales y económicas de Alemania— que propugna abiertamente la introducción de relevantes reformas en esta materia. En concreto, aboga por una reformulación más flexible de la cláusula general de control de contenido en su aplicación a la contratación interempresarial (B2B), salvo cuando los adherentes sean empresarios de pequeña dimensión. Entre las razones esgrimidas para sustentar estas reivindicaciones, ocupa un lugar central un argumento que suele ser recurrente siempre que se demanda un regulación más flexible de la actividad empresarial: la necesidad de evitar la huida de las empresas hacia otros ordenamientos extranjeros, que, según apuntan los defensores de esta iniciativa, no sólo se presenta como una amenaza futura sino como una realidad ya constatable en el tejido empresarial alemán¹⁸⁶.

3.6. Posibilidad de aplicar este control a los contratos celebrados entre empresarios y/o profesionales

Ahora bien, presupuesto lo anterior, ha de tenerse en cuenta que las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016¹⁸⁷ y de 30 de enero de 2017¹⁸⁸ han supuesto un cambio de perspectiva importante en esta materia. Aunque confirman que el control de transparencia material o sustantivo no resulta de aplicación a los contratos celebrados entre empresarios y/o profesionales (B2B), reconocen al mismo tiempo *utilidad al principio general de la buena fe* (ex artículo 1258 CC y 57 Cdc) *para depurar del contrato las estipulaciones sorprendentes*, que conculcan de forma furtiva o subrepticia las expectativas legítimas y razonables que el adherente-empresario o profesional tenía a la hora de contratar. Entre las afirmaciones que al respecto realiza el Alto Tribunal, cabe aquí seleccionar por su relevancia las siguientes¹⁸⁹:

a/ Primera: “Establecidas las conclusiones precedentes y vista la remisión que, en relación con los contratos entre profesionales, hace la exposición de motivos de la LCGC a las normas contractuales generales, y nuestra jurisprudencia al régimen general del contrato por negociación, hemos de tener en cuenta que los artículos 1258 CC y 57 CCom establecen que los

¹⁸⁵ Véase epígrafe 3.7.

¹⁸⁶ PAGADOR LÓPEZ (2017), págs. 97 y 98.

¹⁸⁷ STS, 1ª, 3.6.2016 (Ar: 2306; MP: Pedro José Vela Torres).

¹⁸⁸ STS, 1ª, 30.1.2017 (Ar: 371; MP: Pedro José Vela Torres).

¹⁸⁹ Las dos primeras afirmaciones se contienen inicialmente en la STS, 1ª, 3.6.2016 (Ar: 2306; MP: Pedro José Vela Torres) y algunos meses más tarde son reproducidas de forma prácticamente inmodificada en la STS, 1ª, 30.1. 2017(Ar: 371; MP: Pedro José Vela Torres). La tercera afirmación corresponde a la STS, 1ª, 30.1. 2017(Ar: 371; MP: Pedro José Vela Torres).

contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe. Para ello, puede considerarse que *la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, es defendible, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente. Así, el artículo 1.258 CC ha sido invocado para blindar, frente a pactos sorprendentes, lo que se conoce como el contenido natural del contrato (las consecuencias que, conforme a la buena fe, y según las circunstancias - publicidad, actos preparatorios, etc- se derivan de la naturaleza del contrato)*¹⁹⁰.

b/ Segunda: “En esa línea, puede postularse la nulidad de determinadas cláusulas que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente (sentencias 849/1996, de 22 de octubre ; y 1141/2006, de 15 de noviembre). Conclusión que es acorde con las previsiones de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, formulados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos («Comisión Lando»), que establecen el principio general de actuación de buena fe en la contratación (art. 1:201); prevén la nulidad de cláusulas abusivas sea cual fuere la condición (consumidor o no) del adherente, entendiéndose por tales las que «causen, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato» (art. 4:110,1); y no permiten el control de contenido respecto de las cláusulas que «concreten el objeto principal del contrato, siempre que tal cláusula esté redactada de manera clara y comprensible», ni sobre la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte (art. 4:110,2). Consideración esta última sobre la adecuación de precio y prestación que resulta especialmente relevante en este caso, dado que en un contrato de préstamo mercantil el interés remuneratorio pactado constituye el precio de la operación”.

c/ Tercera: “Para que pueda estimarse que concurren tales circunstancias, habrá que tomar en consideración el nivel de información proporcionado, pues una correcta información excluiría el factor sorpresivo, y la diligencia empleada por el prestatario adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas del préstamo y los posibles efectos futuros de la condición general discutida sobre el coste del crédito. Diligencia exigible al empresario adherente que dependerá, en gran medida, de sus circunstancias subjetivas, como personalidad jurídico-mercantil, volumen de negocio, estructura societaria, experiencia, conocimientos financieros, asesoramiento, etc. Y como quiera que el adherente no es consumidor, operan las reglas generales de la carga de la prueba. Por lo que habrá de ser el prestatario que pretende la nulidad de una condición general desde el punto de vista de la buena fe, alegando la introducción de una estipulación sorprendente que desnaturaliza el contrato y frustra sus legítimas expectativas, quien acredite la inexistencia o insuficiencia de la información y quien, ya

¹⁹⁰ La cursiva es nuestra.

desde la demanda, indique cuáles son sus circunstancias personales que pueden haber influido en la negociación y en qué medida la cláusula le fue impuesta abusivamente”¹⁹¹.

La doctrina que analiza estas resoluciones valora de forma desigual la virtualidad que en ellas otorga el Alto Tribunal al principio de la buena fe en sentido objetivo (artículos 1258 CC y 57 Cdc) como instrumento para extender la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendentes a los contratos B2B, celebrados entre empresarios y/o profesionales. Se dice por algún autor que, pese a tratarse de una construcción meritoria, no parece adecuado que preceptos dirigidos a integrar o completar los contenidos negociales terminen funcionando como instrumentos de desintegración o depuración de estipulaciones contractuales sorprendentes en contratos celebrados entre empresarios y/o profesionales a través de la técnica de las condiciones generales¹⁹². Otra doctrina, en cambio, considera acertada la interpretación del artículo 1258 CC realizada por el Tribunal Supremo en estas sentencias, al reconocer a dicho precepto utilidad para expulsar determinadas cláusulas del contrato, especialmente si se trata de estipulaciones no transparentes que de forma engañosa y subrepticia modifican el contenido contractual tal como resulta de las legítimas expectativas que al respecto se había forjado el adherente al contratar¹⁹³.

Al margen de algunas incorrecciones menores en las que incurrir estas sentencias, la interpretación que en ellas hace el Tribunal Supremo de los artículos 1258 CC y 57 Cdc nos parece respetuosa con la funcionalidad que es inherente al principio de la buena fe objetiva. En efecto, desde nuestro punto de vista, el juzgador acierta cuando defiende que dicho principio permite anteponer las expectativas legítimas y razonables que el adherente tenía al contratar frente al contenido de las condiciones generales relativas al objeto principal o parte económica del contrato de las que no tuvo conocimiento cuando emitió su consentimiento y cuya presencia en el clausulado negocial supone una conculcación manifiesta de aquellas expectativas. Y es que si, según apuntamos más arriba, del artículo 61 TRLGDCU cabe inferir que las expectativas legítimas y razonables de los adherentes consumidores prevalecen sobre el contenido de las condiciones generales que las contradicen, idéntica conclusión cabe predicar de los artículos 1258 CC y 57 Cdc respecto de adherentes

¹⁹¹ La cursiva es nuestra.

¹⁹² PAGADOR LÓPEZ (2016), págs. 405 y ss., quien, pese a sostener que en este extremo la STS, 1ª, 3.6.2016 (Ar: 2306; MP: Pedro José Vela Torres) realiza una construcción “atrevida y estimable”; añade, sin embargo, que dicha resolución “revela un valioso y loable esfuerzo por encontrar petróleo en un terreno normativo llamado a otros fines”; para concluir finalmente que esta STS “pone de manifiesto la insatisfactoria situación del ordenamiento jurídico español en cuanto al tratamiento legal de condiciones generales en los contratos celebrados entre profesionales y empresarios”.

¹⁹³ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2016), págs. 1 y ss. y, con anterioridad y también de este mismo autor: PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004), pág. 107; en opinión de este autor, la puerta que la STS, 1ª, 3.6.2016 (Ar: 2306; MP: Pedro José Vela Torres) abre al principio de la buena fe es acertada, toda vez que “puede considerarse contrario a la buena fe aprovecharse del poder de predisposición para introducir mediante condiciones generales cláusulas con cuya existencia no podía contar el adherente, de acuerdo con la naturaleza y con las circunstancias del contrato, y que suponen una frustración de sus expectativas legítimas sobre el contenido del mismo” (pág. 16.) También en esta dirección: PAZOS CASTRO (2017a), págs. 459 y 460, quien sostiene que el control que el TS extiende en estas resoluciones a la contratación entre empresarios se explica perfectamente desde la perspectiva teórica del “producto contractual aceptado”, que él expone para explicar el control de contenido (págs. 200 y ss.) y en cierto modo, también, el control de transparencia (págs. 454 y ss.).

empresarios o profesionales. No en vano – dijimos también allí¹⁹⁴ –, el artículo 61 TRLGDCU ha de concebirse como un desarrollo normativo específico – para el concreto ámbito de las relaciones de consumo – de dichos preceptos decimonónicos¹⁹⁵. Nos explicamos:

Como se sabe, el ámbito de aplicación subjetivo del artículo 61 TRLGDCU se limita a las relaciones entre empresarios y consumidores (B2C). No sorprende así que la doctrina privatista restrinja normalmente el análisis de la relevancia negocial de los contenidos publicitarios y promocionales a dichas relaciones. De hecho, apenas existen estudios doctrinales que se ocupen de la trascendencia negocial de la publicidad en los contratos celebrados entre empresarios y/o profesionales (B2B)¹⁹⁶. Ahora bien, siendo esto cierto, no puede desconocerse que desde hace algunos años cabe vislumbrar ciertas *tendencias legislativas y jurisprudenciales* merced a las cuales es posible afirmar que la regla de la relevancia negocial de los contenidos publicitarios y promocionales – y la protección de las legítimas expectativas de los adherentes consumidores que a ella se anuda – se encuentra en un proceso expansivo de su ámbito de aplicación personal o subjetivo, llegando a ser operativa más allá de los contratos de consumo¹⁹⁷.

Exponentes de las *tendencias legislativas* referidas son los *Principios de Derecho Europeo de Contratos* (PDEC) y el *Marco Común de Referencia* (MCR), ambos de gran importancia pese a su carácter académico. De hecho, a ellos recurren con cierta frecuencia en sus resoluciones el Tribunal Supremo, los Tribunales Superiores de Justicia y las Audiencias Provinciales¹⁹⁸. De conformidad con estos textos expresivos de las nuevas tendencias legislativas en materia de obligaciones y contratos, las declaraciones públicas sobre calidad y uso de los productos, con inclusión de las publicitarias y promocionales, son fuente de obligaciones contractuales de carácter unilateral, a menos que el proveedor pueda demostrar que la otra parte conocía o no podía desconocer la incorrección de lo manifestado. Se trata de previsiones destinadas no sólo a proteger a los consumidores, sino dotadas

¹⁹⁴ Véase epígrafe 3.4.

¹⁹⁵ MIRANDA SERRANO y SERRANO CAÑAS (2016), págs. 14 y ss.

¹⁹⁶ Ciertamente es, en honor a la verdad, que algunos autores, pese a centrar su análisis en las relaciones de consumo, realizan alguna afirmación favorable a entender que la relevancia negocial de los contenidos publicitarios y promocionales ha de alcanzar también a las relaciones entre empresarios o profesionales. Este es el caso, por ejemplo, de GUILLÉN CATALÁN (2010), pág. 31, a quien sigue también ZUBERO QUINTANILLA (2015), pág. 14. Ambos, en efecto, ponen de manifiesto que el hecho de que el destinatario de la publicidad carezca de la condición de consumidor, implica la no aplicación de la legislación de consumo (TRDCU), pero no supone que la publicidad no pueda formar parte del contenido del contrato, aunque –añaden– para fundamentar dicha integración contractual habrán de aplicarse las reglas generales del Código Civil. También Díez-Picazo, Roca y Morales (2002), pág. 275, se manifiestan a favor de reconocer validez y eficacia contractual a la publicidad en el ámbito de las relaciones entre empresarios o profesionales. A su juicio –que compartimos plenamente–, los PDEC aciertan cuando no limitan la relevancia negocial de los contenidos publicitarios y promocionales a los contratos de consumo, pues al ser dicha relevancia una concreción singular del principio de la buena fe, no existen razones que justifiquen limitarla únicamente al ámbito de la protección de los consumidores y usuarios.

¹⁹⁷ Ampliamente: MIRANDA SERRANO y SERRANO CAÑAS (2016), págs. 5 y ss., donde valoramos positivamente este proceso, toda vez que la buena fe objetiva, que fundamenta y está detrás de esta regla, debe estimarse como de carácter general y ha de salvaguardarse en toda relación negocial y no sólo en las calificadas como de consumo (pág. 14).

¹⁹⁸ A propósito de los PDEC: JIMÉNEZ BUENDÍA (2014).

de un alcance general, lo que es valorado muy positivamente por la doctrina que las analiza, por considerarlas una concreción específica del principio general de la buena fe, de tanta relevancia para el Derecho de obligaciones y contratos¹⁹⁹. Ahora bien, según matizan los PDEC y el MCR, para que las declaraciones públicas referidas posean valor negocial en el sentido indicado, han de versar sobre informaciones relevantes o significativas, con destacada influencia en la decisión de contratar de quien las invoca²⁰⁰.

Pero cabe hablar también de *tendencias jurisprudenciales* en esta materia. En efecto, contamos en nuestra experiencia judicial con algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo en los que no duda en conferir relevancia negocial a los contenidos publicitarios y promocionales en supuestos de hecho en los que el destinatario de la actividad publicitaria y promocional y posterior contratante no es un consumidor sino un empresario o profesional. Se trata, por tanto, de resoluciones que permiten hablar –con cierto fundamento– de la fuerza expansiva de la teoría de la integración publicitaria del contrato más allá del ámbito específico de las relaciones de consumo. En dicha dirección cabe citar, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1976²⁰¹, 1 de octubre de 2012²⁰² y 23 de julio de 2013²⁰³. En ellas el Tribunal Supremo tiene meridianamente claro que preceptos como el

¹⁹⁹ Díez-Picazo, Roca Trías y Morales Moreno (2002), pág. 275.

²⁰⁰ Por ejemplo –se añade– “las declaraciones del tipo *sus clientes quedarán contentos con este producto* no se pueden considerar como información”, y “por supuesto, informaciones y compromisos grandielocuentes del tipo *le trataremos como a un rey* no se pueden tomar al pie de la letra”. Por otra parte, “tampoco formarán parte del contrato aquellas informaciones o promesas que la otra parte hubiera considerado irrelevantes” (el ejemplo que al respecto se suministra es bastante ilustrativo: “No cabrá exigir responsabilidad de ninguna clase a la persona que vende un caballo y presume de que perteneció a la Reina, si el comprador es un carnicero que sólo compra el caballo para vender su carne”): Barres Benloch, Embid Irujo y Martínez Sanz (2003), págs. 434 y 435.

²⁰¹ Esta STS puede considerarse el punto de partida de lo que más tarde llegaría a conocerse como principio de la integración publicitaria del contrato. No en vano, se trata de la primera decisión judicial en la que el Alto Tribunal confiere relevancia negocial al contenido de la publicidad, con el argumento de que el mensaje publicitario constituye una oferta de contrato. En concreto, a través de esta resolución el Tribunal Supremo condena a un empresario (Agro Industrial S.A.) a retirar a su costa una maquinaria industrial para la fabricación de harinas y salazones de pescado, y remitir al comprador (D. Francisco, titular de una fábrica de harinas de pescado) otra que respondiese a las características y rendimientos de la que expresamente fue anunciada en los folletos publicitarios sobre la base de los cuales el comprador basó su decisión de compra. El dato de que el comprador no actuase como consumidor o usuario en el supuesto de hecho objeto de enjuiciamiento, sino como empresario adquirente de la maquinaria con vistas a integrarla en un proceso productivo de carácter industrial, no impidió al Alto Tribunal conceder relevancia negocial a la publicidad, obligando al empresario vendedor a cumplir el contenido de lo publicitado.

²⁰² STS, 1ª, 1.10.2012 (Ar: 9024; MP: Francisco Javier Arroyo Fiestas). Los hechos que dieron lugar a esta STS son básicamente los que siguen: la demandante (Metrovacesa) promovió el complejo “Residencial Valdemoro Unifamiliares II”, constituido por 32 viviendas unifamiliares. Las viviendas 25, 26 y 27 fueron adquiridas por la demandada (Jamón y Vino del País S.A.) a través de tres contratos de compraventa. Otorgada la licencia de primera ocupación, la entidad vendedora convocó a través de burofax a la compradora para el otorgamiento de las correspondientes escrituras públicas de compraventa. La compradora, sin embargo no compareció, con el argumento de que la contraparte había incumplido su obligación de concederle financiación, contraviniendo así el contenido de la publicidad de la promoción, donde se hablaba de la posibilidad de conferir financiación al comprador mediante la subrogación –en caso de que la entidad bancaria lo autorizara– en un préstamo para la construcción. En primera instancia se desestimó la demanda en la que se instaba el cumplimiento de los contratos y se estimó parcialmente la reconvencción en el sentido de condenar a la parte

derogado artículo 8 LGDCU o el actual artículo 61 TRLGDCU no pueden aplicarse a las relaciones entre empresarios y/o profesionales, pues su ámbito de aplicación lo impide. Lo anterior, sin embargo, no le lleva a desestimar la aplicación de la regla de la relevancia negocial de la publicidad a las relaciones entre empresarios y/o profesionales. Antes bien, considera que en esta clase de relaciones dicha regla constituye también una exigencia del Derecho de contratos por aplicación del artículo 1258 CC. Ciertamente, en opinión del Tribunal Supremo, cuando nos encontremos ante este

vendedora a que devolviese la suma de 244.109,80 euros entregados a cuenta, como consecuencia de la resolución de los contratos. Por su parte, la AP estimó parcialmente el recurso de apelación y la demanda, condenando a la demandada al otorgamiento de las oportunas escrituras. En la parte principal de esta sentencia en lo que a nosotros interesa el Tribunal Supremo analiza la eficacia negocial del contenido de los folletos publicitarios y promocionales utilizados por la parte vendedora. Señala al respecto que “sin necesidad de fundar la resolución en la legislación tuitiva del consumo, y apoyándonos en los invocados arts. 7, 1258, 1281 y 1288 CC, es evidente que la parte vendedora ofreció a la compradora la posibilidad de obtener financiación, subrogándose si el banco lo autorizaba, en un previsto préstamo a la construcción. Esta oferta contractual, jurídicamente vinculante, para la vendedora consta en la publicidad de la promoción y en el exponiendo V del contrato, pero no con los efectos que la parte recurrente pretende”. En rigor –prosigue el Tribunal–, “el folleto litigioso no responde, o al menos únicamente, a una mera función de promoción, sino que constituye una auténtica oferta publicitaria en tanto que se trata de una información concreta, que contiene datos objetivos, referidos a características relevantes, y que, si cabe entender que no es oferta en sentido estricto (en cuanto que no recoge todos los elementos esenciales SS. 26 de marzo de 1993 y 28 de enero de 2000, entre otras), resulta incuestionable su importancia desde la perspectiva de la integración contractual (art. 1258 CC), dada su repercusión relevante en la formación del consentimiento”.

²⁰³ STS, 1ª, 23.7.2013 (Ar: 5007; MP: Francisco Javier Arroyo Fiestas). Una síntesis de los hechos juzgados en esta STS permitirá la adecuada valoración de la doctrina jurisprudencial que en ella sienta en Alto Tribunal. Se trataba de un contrato de compraventa de una vivienda, garaje y trastero que formaba parte de una promoción en una localidad costera española, celebrado en el año 2006. En este momento estaba prevista asimismo la construcción de un puerto deportivo y de un campo de golf en las inmediaciones de la urbanización. En dicho aspecto concurrían, no obstante, algunas peculiaridades dignas de reseña: a) Al parecer, quien se encargaría de promover la construcción de estas relevantes instalaciones no era la entidad promotora vendedora, sino el Ayuntamiento de la localidad en cuyo término municipal se proyectaba la urbanización. b) Pese a ello, la promotora vendedora se sirvió en la actividad de promoción y publicidad de su urbanización de la circunstancia de estar en proyecto la construcción de un puerto deportivo y de un campo de golf. Por otro lado, se daba la circunstancia, en absoluto irrelevante, de que la vivienda en cuestión fue vendida por una promotora que actuaba en el ámbito de su actividad empresarial propia (Casa Amiga Promoresidencial, S.L.) y comprada por otra sociedad mercantil, y, más en concreto, por una sociedad de responsabilidad limitada (TORGESPA, S.L.). El problema surgió cuando fueron incumplidos los plazos de entrega contractualmente previstos y la compradora dio por resuelto el contrato por incumplimiento de su contraparte, a lo que ésta respondió reclamando judicialmente a la contraparte el pago de la parte del precio que había quedado aplazada. La pretensión de la vendedora fue íntegramente estimada en primera instancia, pero fue revocada en apelación, y la STS a la que aquí nos referimos confirmó íntegramente la sentencia dictada en esta segunda instancia. En síntesis, sostiene en ella el Alto Tribunal que vender una vivienda publicitándola junto a un campo de golf y un puerto deportivo que finalmente no llegan a construirse, permite al comprador resolver el contrato. Y ello aun cuando ambas construcciones no dependían del promotor sino de un Ayuntamiento, y pese a que la parte compradora fuera una sociedad de carácter mercantil. Para sostener la relevancia de la publicidad en el plano negocial y fundamentar la resolución del contrato de venta sobre la base de que finalmente no se construyeron el puerto y el campo de golf publicitados, el Alto Tribunal reproduce algunas consideraciones contenidas en otras sentencias precedentes. Pero esta STS es especialmente relevante, desde la perspectiva que aquí interesa, porque en ella el Tribunal Supremo aplica la regla de la relevancia negocial de los contenidos publicitarios o promocionales a las relaciones entre empresarios o profesionales. No otra cosa se desprende de la afirmación clara y rotunda del Tribunal según la cual existe incumplimiento contractual por no haberse cumplido las condiciones contenidas en la publicidad, pese a que la relación enjuiciada no pueda ser calificada como de consumo (sino B2B).

tipo de relaciones se hace también necesario reconocer una dimensión negocial a la publicidad, pues, “dada su repercusión relevante en la formación del consentimiento”, “resulta incuestionable su importancia desde la perspectiva de la integración contractual”. Y para ello –como queda meridianamente claro en las sentencias de 1 de octubre de 2012²⁰⁴ y de 23 de julio de 2013²⁰⁵– no es necesario (ni posible –al menos de momento– habría que añadir) fundamentar la resolución en la legislación tuitiva de los consumidores y usuarios. Lo correcto es acudir al *principio de la buena fe objetiva* consagrado por el artículo 1258 CC²⁰⁶.

Pues bien, si, como acabamos de exponer, el principio de la buena fe en sentido objetivo (artículo 1258 CC) permite hacer realidad la integración publicitaria del contrato en el ámbito de los contratos celebrados entre empresarios y/o profesionales, habrá que aceptar las consecuencias que de ello se derivan. Entre ellas, se ha de fijar la atención en una especialmente relevante para nuestros fines: la facultad del adherente empresario o profesional para denunciar que las legítimas y razonables expectativas que en él había suscitado la publicidad y, en general, la actividad promotora de la contratación desarrollada por el predisponente en la etapa precontractual, en relación con algún extremo esencial del contrato –precio y prestación–, se han visto defraudadas y conculcadas por una singular estipulación que, camuflada en el amplio clausulado predispuesto, entra en abierta contradicción con aquellas expectativas.

El principio de integración publicitaria del contrato tiene *dos caras*, como el Dios Jano. Una *positiva*, que permite al adherente exigir al predisponente que formen parte del contrato aquellos contenidos que en su momento fueron publicitados o promocionados pero que finalmente no llegaron a recogerse dentro del clausulado contractual. Otra *negativa*, que faculta al adherente para exigir al predisponente que sean expulsadas del contrato aquellas condiciones generales relativas al objeto principal o parte económica del negocio (precio y prestación) que no fueron conocidas ni consentidas por él de forma real y efectiva en el momento de contratar y cuya presencia en el clausulado negocial supone una clara conculcación de las legítimas expectativas que le había suscitado la operación negocial a la vista de su naturaleza, características, regulación legal y, en suma, del contexto en que se celebró. Se explica así el acierto de la virtualidad que el Tribunal Supremo reconoce al principio de la buena fe para blindar el contenido natural del contrato frente a cláusulas sorprendentes que de manera furtiva o subrepticia modifican el contenido negocial legítimamente esperado por el adherente a la vista del contexto en el que celebró el contrato²⁰⁷.

²⁰⁴ STS, 1ª, 1.10.2012 (Ar: 9024; MP: Francisco Javier Arroyo Fiestas).

²⁰⁵ STS, 1ª, 23.7.2013 (Ar: 5007; MP: Francisco Javier Arroyo Fiestas).

²⁰⁶ Ciertamente es que, junto al art. 1258 CC, el Tribunal Supremo también menciona en estas sentencias otros preceptos para fundamentar su decisión favorable a reconocer trascendencia negocial a la publicidad en las relaciones entre empresarios o profesionales. Se trata principalmente de los arts. 7, 1281, 1288 y 1469, todos ellos del CC.

²⁰⁷ Así la STS, 1ª, 3.6.2016 (Ar: 2306; MP: Pedro José Vela Torres) y la STS, 1ª, 30.1.2017 (Ar: 371; MP: Pedro José Vela Torres); conforme con ellas: PERTÍNEZ VÍLCHEZ (2016), págs. 14 y ss., quien concluye que “en el ámbito de la falta de transparencia, se puede acudir a la buena fe del artículo 1258 CC no en cuanto que norma que expulsa del contrato las cláusulas que sean desequilibradas en perjuicio del consumidor por su contenido, sino en cuanto que norma que establece una gradación o jerarquía entre contenidos contradictorios en función de la distinta fuente de integración al contrato de la que proceden. Esto es, las expectativas legítimas sobre el precio incorporadas al contrato *ex bona fide*

Mas el argumento que acabamos de exponer y desarrollar no es el único que cabría utilizar a fin de sostener la extensión del control de transparencia material o sustantivo a las cláusulas sorprendentes incluidas en contratos celebrados entre empresarios y/o profesionales. En apoyo de esta solución sería posible también invocar la *regla de la prevalencia de las condiciones generales sobre las particulares* en el sentido que exponemos a continuación.

Como se sabe, la LCGC formula esta regla de interpretación propia de la contratación estandarizada en su artículo 6, apdo. 1º, donde establece que en caso de “contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán éstas sobre aquéllas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares”. Su razón de ser es clara: las condiciones particulares han de prevalecer frente a las generales por reflejar mejor la voluntad o intención común de las partes²⁰⁸. Aunque la redacción de la norma es muy mejorable, de su literalidad cabe advertir sin excesiva dificultad cuál es su supuesto de hecho y la consecuencia jurídica que a él anuda. El supuesto de hecho no es otro que la existencia de una condición general que sea total o parcialmente contradictoria con una condición particular. La consecuencia jurídica consiste en la prevalencia de la condición particular sobre la general, a menos que ésta resulte más beneficiosa para el adherente.

A los efectos de conocer el alcance de la norma, interesa realizar dos precisiones. La primera versa sobre cuándo cabe afirmar que existe contradicción entre las referidas cláusulas. Según se acepta en nuestra comunidad jurídica, dicha situación tiene lugar cuando la condición general introduce una modificación en el contenido obligacional establecido por la cláusula particular y siempre, además, que ambas cláusulas reúnan los requisitos de eficacia²⁰⁹. La segunda precisión se refiere al concepto de cláusula o condición particular. Frente a la noción de condición general –como cláusula que cumple

de forma acumulativa las exigencias de la contractualidad, predisposición, imposición y generalidad–, las condiciones particulares son todas aquellas cláusulas que no pueden considerarse generales, lo que comprende tanto las especialmente negociadas entre las partes como las que, pese a haber sido redactadas unilateralmente por el predisponente, carecen de la nota de la generalidad²¹⁰.

Pues bien, a la vista de lo que antecede, parece claro que la cláusula o cláusulas que afectan al objeto principal del contrato (precio y prestación) y sobre las que existe acuerdo de los contratantes en el momento de contratar –por haber sido conocidas y comprendidas por los adherentes al emitir sus consentimientos negociales– merecen la consideración de condiciones particulares²¹¹. Además, en el

tienen una resistencia frente a las condiciones generales simplemente incorporadas por superar los requisitos de incorporación” (pág. 15). También en el mismo sentido y de este mismo autor: (2004), pág. 107.

²⁰⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL (1991), págs. 299 y 300; PAGADOR LÓPEZ (1999a), pág. 479; VIERA GONZÁLEZ (2012), pág. 23.

²⁰⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL (1991), pág. 304; PAGADOR LÓPEZ (1999a), pág. 518 y (1999a), pág. 1370; VIERA GONZÁLEZ (2012), pág. 23.

²¹⁰ *Ibidem*.

²¹¹ Lo que no impide que puedan existir cláusulas relativas al objeto principal o parte económica del contrato incluidas en el clausulado general y configuradas como una condición general de la contratación (caso, por ejemplo, de la cláusula suelo). En este sentido, lo ha sostenido la STS de 29 de abril de 2015, donde se afirma que el hecho de que “la

caso sobre el que giran nuestras reflexiones parece cumplirse la otra exigencia necesaria para la aplicación de la regla de interpretación contractual que comentamos, pues cabe hablar de contradicción entre una condición particular y una general cuando en un contrato celebrado entre empresarios una condición general merece la consideración de cláusula sorprendente, contraviniendo las expectativas del adherente sustanciadas en la cláusula o cláusulas particulares en las que quedó reflejado el acuerdo alcanzado por las partes contratantes (reducto de contractualidad).

De lo hasta aquí expuesto cabe, en suma, concluir que, merced al principio de la buena fe en sentido objetivo —que sirve de fundamento al principio de la integración publicitaria del contrato—, las expectativas legítimas y razonables del adherente en relación con el contenido principal o parte económica del contrato tienen prevalencia frente a condiciones generales o cláusulas predispuestas que forman parte del contrato únicamente por haber superado el control de transparencia en sentido formal —o control de inclusión o de incorporación—, independientemente de que el adherente actúe en condición consumidora (artículo 61 TRLGDCU) o de forma empresarial y/o profesional (artículos 1258 CC y 57 Cdc). A idéntica conclusión conduce, por otra parte, la aplicación de la regla de la prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales (artículo 6.1 LCGC) en los términos analizados.

La diferencia que en esta materia presentan los contratos celebrados entre empresarios y/o profesionales (B2B) respecto de los de consumo (B2C) se refiere al ámbito procesal, en la dirección apuntada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 30 de enero de 2017²¹². Nos referimos a que, al carecer el adherente de la condición de consumidor en estos casos, las reglas sobre carga de la prueba aplicables han de ser las generales. De modo que es a él a quien corresponde demostrar que el predisponente no cumplió las exigencias derivadas del control de transparencia material o sustantivo y, en consecuencia, que la cláusula controvertida frustra sus legítimas expectativas y merece considerarse sorprendente o no transparente. Y es que una cosa es que el principio de la buena fe en sentido objetivo (artículos 1258 CC y 57 Cdc) permita que el control de transparencia material pueda hacerse también realidad en el ámbito de las relaciones entre empresarios y/o profesionales en los términos más arriba indicados, y otra bien distinta que dicho control tenga hoy por hoy idéntica intensidad que el practicado en el ámbito de la contratación de consumo. Así lo señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de noviembre de 2017²¹³, donde advierte que “en el estado actual de

cláusula de un contrato celebrado con un consumidor regule un elemento esencial del contrato no obsta a que tenga la consideración legal de condición general de la contratación si concurren los requisitos para ello (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad), ni la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 1993/93/CEE ni de las normas de Derecho interno que la transponen, como es el caso de la LCGC”. Además esta cuestión fue resuelta por la STJUE, 10.5.2001 (asunto C-144/99, Comisión de las Comunidades Europeas vs Reino de los Países Bajos), en los términos que expone la STS, 1ª, 14.12.2017 (Ar: 5167; MP: Pedro José Vela Torres), sobre índices de referencia IRPH en préstamos hipotecarios, más arriba comentada. En la doctrina véase en esta dirección CÁMARA LAPUENTE (2006), págs. 155 y ss.

²¹² STS, 1ª, 30.1.2017 (Ar: 371; MP: Pedro José Vela Torres).

²¹³ STS, 1ª, 7.11.2017 (Ar: 4763; MP: Pedro José Vela Torres).

nuestro Derecho, el régimen de protección del adherente no consumidor frente a las cláusulas sorprendentes no puede tener la misma intensidad que la protección del consumidor”²¹⁴.

Téngase en cuenta, finalmente, que la Proposición de Ley de impulso de la transparencia en la contratación predisuelta²¹⁵, opta por extender el control de transparencia a los contratos celebrados entre empresarios y/o profesionales (B2B). El apartado IV de su Exposición de Motivos anuncia esta medida en los siguientes términos: “la presente Ley incorpora el control de transparencia a la contratación entre empresarios. Si bien, a diferencia de la contratación con consumidores, requiere para su aplicación que el empresario contratante lo solicite expresamente y acredite su condición de mero adherente en la reglamentación predisuelta objeto de impugnación. Con la extensión del control de transparencia a la contratación entre empresarios se evita, además, que la tutela que debe ser dispensada discorra indirectamente por otros cauces técnicamente no apropiados para este modo de la contratación, caso del recurso a la aplicación genérica del principio de buena fe del artículo 1258 CC, cuya aplicación, como se sabe, resulta más acorde en el marco de la integración contractual que se derive del contrato por negociación. De esta forma se gana también en precisión conceptual y sistemática a la hora de aplicar la presente Ley”. Pero es el artículo segundo de esta Proposición de Ley el que propone introducir esta medida en nuestro ordenamiento mediante la incorporación a la LCGC del artículo 6 bis, en cuyos apartados 2 y 3 se dispone lo que sigue: “2. La tutela dispensada por el control de transparencia, con idénticos fundamentos y deberes de configuración negocial, podrá extenderse a la contratación entre empresarios. En este caso, el empresario adherente deberá solicitar judicialmente su aplicación y acreditar el carácter predisuelto del clausulado objeto de impugnación. 3. La aplicación del control de transparencia se realizará de acuerdo con el régimen normativo previsto en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre”. La mera lectura de esta norma –en relación con el contexto en que se inserta– permite advertir algunas relevantes incoherencias en las que incurre su redactor, que nos llevan a pensar que, de aprobarse en su redacción actual –lo que esperamos no suceda–, es seguro que nuestro ordenamiento no va a ganar en “precisión conceptual y sistemática”, utilizando términos empleados por la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley. Como hemos afirmado anteriormente, desde nuestro punto de vista, este juicio negativo es predicable, en general, de todo el texto de la Proposición de Ley. Además de poseer una orientación excesivamente programática, esta propuesta legislativa interviene ampliamente en una materia especialmente compleja, adoptando determinadas soluciones de política jurídica sobre cuestiones que en algunos casos son más que discutibles, al tiempo que difícilmente conciliables con algunas de las coordenadas básicas sobre las que se sustenta el Derecho de obligaciones y contratos²¹⁶.

3.7. Nuevas tendencias legislativas: propuestas de formulación legal de este control a través de la prohibición de las cláusulas sorprendentes

Las dos propuestas legislativas en las que cabe vislumbrar las tendencias actuales del Derecho español de contratos contienen materiales normativos enderezados a instaurar un control de transparencia material o sustantivo de las condiciones generales y cláusulas predisuestas. No en vano, ambas cuentan una regla prohibitiva de las cláusulas sorprendentes. Nos referimos a la

²¹⁴ STS, 1ª, 7.11.2017 (Ar: 4763; MP: Pedro José Vela Torres).

²¹⁵ Disponible [en http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-176-1.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-176-1.PDF)

²¹⁶ También críticos: ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA (2018) y FERNÁNDEZ BENAVIDES (2018),

Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de 2009 (PMCCOC)²¹⁷ y al *Anteproyecto de Código Mercantil* de 2014 (ACM)²¹⁸.

Efectivamente, el malogrado ACM de 2014 contiene una regla prohibitiva de las cláusulas sorprendentes dentro de los preceptos que dedica a las condiciones generales de la contratación. Según esta regla formulada por el artículo 430-3, apartado 2º, ACM, “[c]arece de eficacia aquella cláusula integrada en condiciones generales cuyo contenido o redacción, material o formal, carezca de razonable previsibilidad para la otra parte del contrato, salvo que ésta la acepte expresamente”.

No es difícil apreciar en la norma transcrita una clara influencia del artículo 2.1.20 de los *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales* (en adelante, Principios Unidroit), donde –bajo la rúbrica “cláusulas sorprendentes”–, se dispone que “(1) Una cláusula estándar no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente. (2) Para determinar si una cláusula estándar es de tal carácter, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación”²¹⁹. Como puede leerse en el “Comentario” de este precepto, su finalidad no es otra que “evitar que la parte que utiliza cláusulas estándar adquiera una ventaja injusta imponiendo cláusulas furtivas que la otra parte difícilmente aceptaría si fuera consciente de ellas”²²⁰.

Como puede constatarse con relativa facilidad, de conformidad con los Principios Unidroit y con el ACM, una cláusula puede ser sorpresiva no sólo por su *contenido*, sino también por su “*lenguaje o presentación*” (Principios Unidroit) o por su “*redacción material o formal*” (ACM). Esto se debe a que los Principios Unidroit –y por influencia de éstos también el ACM– no formulan los requisitos de inclusión o de incorporación de las condiciones generales –esto es, el que aquí hemos llamado control de transparencia formal– de forma positiva, concretando de modo expreso qué exigencias formales han de cumplir los predisponentes para asegurarse de que sus cláusulas predisuestas se incorporan válidamente a los contratos que celebran. Su proceder es otro. Consiste en formular dichos requisitos o exigencias a través de la regla de las cláusulas sorprendentes o sorpresivas.

Por tanto, de conformidad con estos textos jurídicos, una estipulación no sólo puede ser sorprendente cuando tiene un *contenido inesperado o sorpresivo* para el adherente, sino también cuando se presenta con *caracteres tipográficos muy pequeños* (incumplimiento de la exigencia de la

²¹⁷ Disponible en http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292338957019?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername=ContentDisposition&blobheadername2=SuplementosBoletin&blobheadervalue1=attachment%3B+filename3DPropuesta_de_Modernización_del_Código_Civil_en_materia_de_Obligaciones_y_Contratos.PDF&blobheadervalue2=1215327821311

²¹⁸ Disponible en http://servicios.mpr.es/seacyp/search_def.asp.aspx?crypt=xh%8A%8Aw%98%85d%A2%B0%8DN%90%8C%8An%87%99%7Fmjro%86og%A3%91

²¹⁹ Constata esta influencia PÉREZ ESCOLAR (2015), pág. 465.

²²⁰ A efectos de la correcta interpretación de esta regla, ha de tenerse en cuenta que los Principios Unidroit utilizan la expresión cláusulas estándar para aludir a “aquellas disposiciones contractuales preparadas con antelación por una de las partes para su uso generalizado y repetido sin ser negociadas con la otra parte”: artículo 2.1.19, apartado (2), Principios Unidroit. Los Principios Unidroit y sus “Comentarios” se encuentran disponibles en <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-s.pdf>.

perceptibilidad) o cuando es de *difícil comprensión a la vista de la terminología utilizada para expresarla o redactarla* (incumplimiento de la exigencia de la *comprensibilidad*). De ahí que el factor sorpresa pueda girar, según estos textos, no sólo en lo que respecta al objeto principal o parte económica del contrato (precio y prestación), sino en relación también a cuestiones accesorias que el adherente no tiene posibilidad de conocer a la vista del lenguaje utilizado por el predisponentes para formularlas o al modo o forma en que las presenta.

El “Comentario” del artículo 2.1.20 de los Principios Unidroit, bajo la rúbrica “[e]stipulaciones *sorpresivas* por su terminología o presentación”, confirma la veracidad de la conclusión anterior. En él puede leerse lo que sigue: “Otra de las razones para que una estipulación contenida en cláusulas estándar resulte sorpresiva para la parte adherente puede ser la terminología empleada para expresarla, que puede ser oscura, o la manera en que se presenta tipográficamente, por ejemplo con caracteres muy pequeños”. Y a lo anterior se añade: “Para determinar si éste es el caso, debe tomarse en consideración no tanto la formulación y presentación comúnmente utilizada en este tipo de cláusulas estándar, sino sobre todo a la (*sic*) práctica profesional y experiencia de aquéllos que se encuentren en las mismas condiciones que la parte adherente. Así, una misma expresión puede resultar al mismo tiempo oscura o clara, dependiendo de si la parte adherente pertenece a la misma categoría profesional que aquella que utilizó las cláusulas estándar”.

A nuestro juicio, la solución elegida en esta materia por los redactores de los Principios Unidroit y del ACM no es la mejor de todas las posibles. Nos parece más acertado optar por formular de forma expresa y en sentido positivo los requisitos de inclusión o incorporación, y que la regla de las cláusulas sorprendentes juegue como un *requisito negativo de inclusión*, con referencia a aquellas cláusulas relativas al objeto principal del negocio que, pese a haberse incorporado válidamente al contrato por cumplir las exigencias de forma dispuestas a tal efecto por la ley (esto es, el control de transparencia material o control de inclusión o incorporación), han de quedar fuera del clausulado contractual en consideración a su contenido sorpresivo, insólito o inesperado²²¹.

Desde este punto de vista –que, insistimos, nos parece el más acertado–, la regla de las cláusulas sorprendentes ha de servir para privar de eficacia a las cláusulas negociales con cuya presencia el tomador o adherente no tiene por qué contar, teniendo en cuenta el contenido material de regulación de la cláusula y las circunstancias concretas que rodearon la celebración del contrato y que desnaturalizan o privan de sentido a éste. 1º) En cuanto a lo primero, son cláusulas que regulan asuntos importantes dentro del entramado contractual, es decir, relativos al objeto principal o parte económica del contrato (precio y prestación), aspectos que suelen ser conocidos y tomados en consideración por el adherente y respecto de los cuales éste tiene unas expectativas concretas a la hora de celebrar el contrato. 2º) En cuanto a lo segundo, es el contexto que rodea la celebración del contrato el que determina cuáles son las expectativas legítimas y razonables del tomador o asegurado dignas de protección frente a la modificación a través de cláusulas furtivas camufladas dentro del conjunto de condiciones generales: el tipo contractual según la regulación legal –si la hubiere– y la práctica bancaria, el carácter duradero de la relación contractual, la publicidad y otras actividades de

²²¹ Al parecer, no conforme: DOMÍNGUEZ YAMASAKI (2017), pág. 415, quien afirma que, en su opinión –que no compartimos– “una cláusula que hubiese superado el control de incorporación difícilmente podría sorprender al adherente” (pues entiende –creemos que erróneamente– que la transparencia exigida por el control de incorporación comprende no sólo la transparencia formal sino también la material).

promoción de la contratación llevadas a cabo por el predisponente en la fase precontractual, el intercambio de correspondencia entre las partes, etc.

En la dirección apuntada se manifiestan también los redactores de los Principios Unidroit en el “Comentario” del artículo 2.1.20. Se pone aquí de manifiesto, ciertamente —con referencia a las cláusulas sorprendentes por razón de su contenido—, que “[l]o sorpresivo o inesperado de una cláusula en particular incorporada a cláusulas estándar puede resultar, en primer lugar, del contenido mismo de dicha cláusula”, añadiéndose a renglón seguido que “[e]ste sería el caso cuando una persona razonable de la misma condición que la parte adherente no hubiera podido esperar dicha estipulación dentro del tipo de cláusulas estándar de que se trate”. Y lo anterior se completa con la indicación de que la determinación de si una estipulación es o no inusual exige tomar en consideración, por una parte, “las estipulaciones regularmente utilizadas dentro del sector comercial de que se trate” y, por otra, “las negociaciones individuales entabladas entre las partes”. Con estos parámetros hay, en suma, que determinar si concurre o no el *elemento o factor sorpresa* —en cuanto al contenido— que es inherente a este tipo de estipulaciones.

Junto a lo anterior, ha de constatarse que, según el artículo 430-3, apdo. 2º, ACM, las cláusulas sorprendentes son ineficaces a menos que el adherente las acepte expresamente. Y lo mismo dispone el artículo 2.1.20 de los Principios Unidroit. Naturalmente, a la vista de lo hasta aquí expuesto, habrá que entender que corresponde al predisponente probar que esta aceptación ha tenido lugar. Para ello entendemos que no podrá sólo alegar que cuenta con la firma del adherente junto a la cláusula sorprendente. El predisponente tendrá que valerse de alguno de los elementos del contexto contractual anteriormente aludidos que le permitan demostrar que en el momento de contratar el adherente conoció la cláusula en cuestión y la consintió (intercambio de documentación entre las partes a lo largo del iter precontractual, grabación lícitamente efectuada de conversaciones entre las partes, etc.)²²². A través de dichos elementos habrá de probar, en suma, que al emitir su consentimiento el adherente tuvo un conocimiento real y completo de *cómo juega la estipulación en cuestión dentro de la economía del contrato*, utilizando algunos de los términos que emplea el Tribunal Supremo en su conocida sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo²²³.

En una dirección similar a la indicada se expresa el “Comentario” del art. 2.1.10 de los Principios Unidroit, cuando señala que “[e]l riesgo de que una parte sea tomada por sorpresa por ciertas

²²² Empero, no conforme: ISERN SALVAT (2014), pág. 482, para quien la firma del adherente al lado de la cláusula vale como prueba de aceptación de la cláusula sorprendente por su parte. Lo anterior explica que, a juicio de esta autora, el artículo 430-3, apdo. 2º, ACM merezca ser criticado, en la medida en que “el requisito de la expresa aceptación para su validez, a pesar de lo insólito de su contenido y de que no ha habido ninguna posibilidad de poder modificarla [la cláusula sorprendente, ha de entenderse], no deja de ser a su vez sorprendente, por cuanto que dicha declaración de voluntad suele estar supeditada en la mayoría de los casos a la necesidad de contratar del adherente, de resultas que se deja sin eficacia la protección que se pretende otorgar mediante la regla de la cláusula imprevisible o sorprendente”. Esta crítica nos parece infundada. La regla de las cláusulas sorprendentes persigue proteger el consentimiento del adherente. Si no conoce la cláusula y no la consiente se trata de una cláusula ilícita. Pero si la conoce y la acepta de forma expresa (pudiendo demostrarse —por el predisponente— que este conocimiento real y efectivo ha tenido lugar) deja de ser sorprendente e ilícita (porque no puede sorprender lo que se conoce y consiente libremente).

²²³ STS, 1ª, 9.5.2013 (Ar: 3088; MP: Rafael Gimeno-Bayón Cobos).

estipulaciones no se presenta si éstas han sido previamente aclaradas y discutidas con la otra parte. Tampoco existe dicho riesgo si, en el caso concreto, la parte que declaró dichas cláusulas llama la atención de la parte adherente acerca de cierto punto y ésta lo acepta. Este artículo, por lo tanto, expresa que una parte no podrá valerse de lo *sorpresivo* de una estipulación cuando la ha aceptado expresamente”.

Como apuntamos más arriba, la PMCCOC de 2009 también contiene una formulación de la regla de las cláusulas sorprendentes. Ésta figura en su artículo 1261.3, que decreta la no incorporación al contrato de las condiciones generales de la contratación que “resulten tan sorprendentes o desacostumbradas que el adherente no pudiera razonablemente contar con ellas en contratos de las características del celebrado”. Como se ve, esta formulación sí limita el juego de la regla de las cláusulas sorprendentes sólo a aquellas que tienen un *contenido* insólito o inesperado²²⁴. En la formulación de esta regla cabe advertir una cierta similitud con la previsión que en su momento formó parte del Proyecto y el Anteproyecto de LCGC, que disponía la no incorporación al contrato de las condiciones generales “que de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia”.

De todos modos, al margen de las peculiaridades que presentan estas propuestas normativas, cabe, en suma, concluir que el legislador mercantil del siglo XXI parece decidido a seguir la senda abierta hace ya algún tiempo por otros legisladores en el Derecho comparado, que actuaron como los verdaderos precursores de lo que hoy ha dado en conocerse entre nosotros como control de transparencia material o control de transparencia cualificado. Nos referimos, en concreto, al legislador alemán, como se deduce del párrafo 305c (1) del *Bürgerliches Gesetzbuch* –procedente del párrafo 3 de la *AGB-Gesetz* –, según el cual “las cláusulas en condiciones generales de la contratación que, de acuerdo con las circunstancias, especialmente con la apariencia externa del contrato, son tan inusuales que la contraparte contractual del predisponente no debe contar con ellas, no devienen parte del contrato”.

No es difícil deducir de lo hasta aquí expuesto que, desde nuestro punto de vista, esta opción de política legislativa ha de ser valorada positivamente. Para llevarla a buen puerto habrá que elegir la solución que se considere más adecuada. A nosotros –acabamos de afirmarlo– nos parece menos procedente la seguida por el codificador mercantil en el ACM, por ser más ajena a nuestra tradición jurídica. De todos modos, la que –con diferencia– menos nos convence –al menos, si persiste en los términos inicialmente planteados– es la representada por la Proposición de Ley de impulso a la transparencia en la contratación predispuesta, presentada en el Congreso por el Grupo Socialista²²⁵.

²²⁴ Al requisito de inclusión de la *comprensibilidad* se refiere seguidamente la Propuesta de Modernización en el apartado 3) del artículo 1261.3, esto es, en el apartado inmediatamente siguiente a aquel en el que se formula la regla de las cláusulas sorprendentes, disponiéndose que tampoco se entienden incorporadas al contrato las condiciones generales que “su redacción sea de tal modo oscura o confusa que se pueda suponer que resultarán incomprensibles por el adherente medio en contratos de las características del contrato que se trate”.

²²⁵ Disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-176-1.PDF

Su orientación excesivamente programática y sus desaciertos en los planos de la técnica jurídica y de la política legislativa desaconsejan que este texto sea finalmente aprobado.

Además, la intervención legislativa en materia de control de transparencia material que aquí se propone debería ser aprovechada por el legislador español para corregir los errores que afectan al sistema de control de condiciones generales y cláusulas predispuestas vigente en nuestro Derecho. La doctrina privatista los ha venido denunciando con rigor y claridad. Sólo falta que el legislador la escuche y no desoiga una vez más sus recomendaciones. Desgraciadamente, no lo han hecho los redactores de la Proposición de Ley de impulso de la transparencia en la contratación predispuesta.

4. Consideraciones finales

El análisis de las exigencias de transparencia que han de cumplir las entidades bancarias y financieras en la utilización de condiciones generales y cláusulas predispuestas nos ha permitido diferenciar dos controles diferentes, uno formal y otro material o sustantivo, que podrían representarte gráficamente a través de dos círculos concéntricos.

El círculo más amplio se correspondería con el *control de transparencia formal*, que alcanza a todas las condiciones generales y cláusulas predispuestas, a las que se les exige el cumplimiento de varias exigencias (en concreto, la perceptibilidad, la comprensibilidad y la entrega o carácter accesible) orientadas a garantizar al adherente una *posibilidad de conocimiento* de dichas estipulaciones, pero sin implicar que sean efectivamente conocidas por él. De ahí que este control se califique de meramente formal.

El círculo más reducido se identificaría con el *control de transparencia material o sustantivo* – o *control de transparencia cualificado*, en palabras de nuestro Tribunal Supremo –, que sólo alcanza a las cláusulas relativas al objeto principal o parte económica del contrato (precio y prestación), a las que se les impone un plus de transparencia relevante, pues además de cumplir las exigencias dimanantes del control de transparencia formal, han de ser *efectivamente conocidas y comprendidas* por el adherente en el momento en que emite su consentimiento negocial.

Constatado el diferente significado y alcance de ambos controles, hemos centrado la atención en el control de transparencia en sentido estricto, que es el material o sustantivo, lo que nos ha permitido obtener algunas conclusiones de interés, la mayoría de ellas válidas para cualquier sector de la contratación mercantil, y no sólo para el bancario o financiero.

La primera es la existencia de una muy estrecha conexión entre dicho control y la *regla prohibitiva de las cláusulas sorprendentes*. A nuestro juicio, en efecto, las cláusulas no transparentes – esto es, las que no superan el control de transparencia material – y las sorprendentes – categoría que en nuestro Derecho es hasta la fecha más doctrinal y judicial que legal – designan prácticamente una misma realidad. Con

dichas expresiones se alude a las estipulaciones relativas al objeto principal o parte económica del contrato (precio y prestación) que se introducen por el predisponente de forma furtiva en el clausulado negocial en contravención de las legítimas expectativas que el adherente tenía a la hora de contratar.

Como es natural, estas estipulaciones desnaturalizadoras del contrato en abierto contraste con las expectativas del adherente –como una *cláusula suelo o multidivisa* en el ámbito singular de la contratación bancaria o financiera– sólo vinculan a éste si el predisponente puede probar que cuando aquél celebró el contrato las conoció y comprendió de forma real y efectiva.

Con ese fin el predisponente podrá recurrir a medios tales como, por ejemplo, la correspondencia postal o electrónica intercambiada entre las partes durante la fase de negociación, la grabación lícitamente efectuada de las conversaciones habidas entre los contratantes, el carácter duradero de la relación contractual, la publicidad y otras actividades de promoción de la contratación puestas por él en marcha en la etapa precontractual, la demostración de que el notario interviniente en la operación negocial informó correctamente al adherente del sentido y alcance de la estipulación, la adecuada y lógica ubicación sistemática de la cláusula controvertida dentro del documento contractual y cualquier otra circunstancia que pueda ser relevante para esa finalidad.

El control de transparencia material o sustantivo –o, si se prefiere, las cláusulas sorprendentes o no transparentes– plantean un problema de *falta de consentimiento* o *consentimiento viciado*. Entre los autores que ven en ellas un *vicio del consentimiento negocial*, cabe diferenciar dos soluciones distintas. Según una de ellas, estas estipulaciones permiten hablar de un *error esencial* –aunque *parcial*–, por afectar a aspectos o elementos de la relación negocial sobre los que descansa directamente la decisión de celebrar el contrato. Para otra doctrina, en cambio, las cláusulas sorprendentes son un caso de *maquinación insidiosa* de carácter *incidental*, entendiéndose que la mejor manera de proteger a los adherentes en estos casos pasa por aplicar las normas relativas al *dolo incidental*.

Mas hay quien ve en las cláusulas no transparentes o sorprendentes un problema de *falta de consentimiento* –y no tanto de consentimiento viciado–. Desde esta otra perspectiva, se considera que dichas estipulaciones –merced a su inclusión furtiva o subrepticia en el clausulado predispuerto– *no forman parte de la oferta negocial*, por lo que han de tenerse por no puestas cuando perjudican al consumidor.

En nuestra opinión, el esfuerzo realizado por la doctrina en la dirección apuntada merece valorarse muy positivamente. En concreto, especialmente acertada nos parece la solución que reconduce el problema a un supuesto de *dolo incidental*. Sobre todo porque esta clásica figura de nuestro Derecho privado se ajusta bastante bien al perfil de las cláusulas no transparentes o sorprendentes. Y, además, porque los remedios para luchar contra este tipo de estipulaciones a los que se llega desde esta tesis son más apropiados que aquellos a los que conduce la tesis del error.

Pese a lo anterior, quizá sea posible encontrar también la fundamentación de la ilicitud de las cláusulas no transparentes o sorprendentes en el *principio de la integración publicitaria del contrato* del artículo 61 TRLGDCU. Merced a esta norma, el contenido de la publicidad –que genera en el

adherente unas expectativas legítimas y razonables y, como tales, dignas de protección jurídica—expulsa del contrato todas aquellas cláusulas que lo contradigan, siempre que no hayan sido conocidas y consentidas por el adherente en el momento de contratar. Dicho brevemente: *si lo que está en la publicidad integra el contrato, lo que está en el contrato pero de forma furtiva y entra en contradicción con la publicidad no puede formar parte del contrato.*

Por otra parte, el Tribunal Supremo, aunque sin abandonar nunca la *conexión* que, a su juicio, existe entre el control de transparencia material o sustantivo y el control de contenido o abusividad, ha mantenido dos soluciones distintas acerca de la abusividad de las cláusulas intransparentes o sorprendentes. Según la primera de ellas, las estipulaciones esenciales del contrato (relativas a precio y prestación) que no superan el control de transparencia material o sustantivo —esto es, las cláusulas sorprendentes o no transparentes— pueden declararse abusivas cuando causan un desequilibrio en perjuicio del adherente; de modo que, según esta tesis, la no transparencia de la cláusula lleva aparejada la *reactivación del control de contenido.*

En otras sentencias, sin embargo, el Alto Tribunal sostiene que es directamente abusiva toda estipulación relativa al objeto principal del contrato —precio y prestación— que incumple las exigencias derivadas del control de transparencia material o sustantivo. De conformidad con esta otra forma de enfocar el asunto, el defecto de transparencia material de la estipulación le confiere *inexorablemente carácter abusivo*, sin tener que llevar a cabo un control de abusividad dirigido a analizar su contenido y averiguar si provoca o no un desequilibrio para el adherente.

A nuestro juicio, la primera de estas soluciones no puede aceptarse. Someter a un doble control —de transparencia material o sustantiva y de contenido o abusividad— las cláusulas que conforman el contenido principal del contrato no es conforme con la Directiva sobre cláusulas abusivas, que se refiere al equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes pero no al equilibrio entre las prestaciones. Es improcedente permitir al juez que enjuicie el equilibrio económico del contrato. Su cometido queda reducido únicamente al análisis del equilibrio jurídico, lo que excluye el enjuiciamiento de la abusividad de las cláusulas relativas al objeto principal o parte económica del negocio (en la dirección apuntada por el artículo 4:110 PDEC y el artículo II.-9:402 MCR).

Por otro lado, la apreciación de la existencia de una *conexión entre el control de transparencia y el control de abusividad* lleva al Tribunal Supremo a sostener que el control de transparencia material o sustantivo *sólo se aplica a los contratos de consumo* (B2C). El adherente no consumidor está, por tanto, privado de la facultad de alegar ante los tribunales el carácter ilícito de una estipulación negocial por falta de transparencia en sentido material —por ejemplo, una cláusula suelo o multidivisa—.

Ahora bien, en algunas recientes sentencias el Alto Tribunal —sin desdecirse de lo anterior— reconoce *utilidad al principio general de la buena fe* (ex artículos 1258 CC y 57 Cdc) *para depurar del contrato las estipulaciones sorprendentes*, que conculcan de forma furtiva o subrepticia las expectativas legítimas y razonables que el adherente-empresario y/o profesional tenía a la hora de contratar.

Esta interpretación del Tribunal Supremo nos merece, en general, una valoración positiva. A su favor cabe invocar la *corriente judicial y legislativa que, sobre la base del principio de la buena fe* (ex artículos 1258

CC y 57 Cdc), *confiere relevancia negocial a la publicidad también en los contratos entre empresarios y/o profesionales*, de la que cabe inferir la facultad del adherente para denunciar que las legítimas expectativas que en él había suscitado la publicidad –y, en general la actividad promotora de la contratación desarrollada por el predisponente en la etapa precontractual– en relación con algún extremo esencial del contrato –precio y prestación– se han visto defraudadas por una singular estipulación que, camuflada en el amplio clausulado de condiciones generales, entra en abierta contradicción con aquellas expectativas.

Además, apoya también dicha conclusión la *regla interpretativa de la prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales*, pues cabe hablar de contradicción entre una condición particular y una general cuando en un contrato celebrado entre empresarios (B2B) una condición general merece la consideración de cláusula sorprendente o no transparente, conculcando las expectativas del adherente sustanciadas en la cláusula o cláusulas particulares en las que quedó reflejado el acuerdo alcanzado por los contratantes.

Finalmente, hemos apuntado nuestra opinión favorable a la introducción por el legislador en nuestro ordenamiento de una norma que establezca el control de transparencia en sentido material o sustantivo. En un ordenamiento como el nuestro, en que sobran demasiadas normas –pues muchas de las vigentes más que coadyuvar a la seguridad jurídica la perjudican sensiblemente–, faltan algunas otras sobre asuntos relevantes. Y, sin lugar a dudas, la prohibición de las cláusulas no transparentes relativas al objeto principal o parte económica del contrato nos parece una materia importante necesitada de regulación.

A la hora de concretar el contenido de esta norma habrá que elegir entre la opción representada por los Principios Unidroit, en los que se inspira el Anteproyecto de Código Mercantil, o la solución más clásica, seguida por la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos. Desde luego, la opción que menos nos convence –al menos, si pervive en los términos actuales– es la representada por la Proposición de Ley de impulso a la transparencia en la contratación predispuesta. Su orientación excesivamente programática y sus desaciertos en los planos de la técnica jurídica y de la política legislativa desaconsejan que este texto sea finalmente aprobado.

Desde nuestro punto de vista, la respuesta jurídica al problema de la transparencia en la contratación celebrada a través de clausulados predispuestos ha de ser mucho más breve que la que se propone en este texto prelegislativo. Además, debe reunir una mayor calidad técnica y ser más acertada en términos de política legislativa. Quizá baste con incorporar a nuestro ordenamiento una regla prohibitiva de las cláusulas sorprendentes en la dirección que aquí hemos tratado de perfilar. Somos conscientes de que esta medida puede parecer insuficiente para afrontar el problema de la falta de transparencia material en la contratación a través de clausulados predispuestos. Pero, como sentenció magistralmente BALTASAR GRACIÁN en su *Oráculo manual y arte de prudencia*, “lo bueno, si breve, dos veces bueno” y “lo malo, si poco, no tan malo”.

5. Tabla de jurisprudencia citada

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Partes</i>
10.5.2001	C-144/99	Comisión Comun. Europeas vs Países
3.6.2010	C-484/08	Caja de ahorros v Monte Piedad. vs
26.4.2012	C-472/10	Fogvasztóvédelmi Hatóság vs Invitel
21.3.2013	C-92/11	RWE Vertrieb AG vs Nordrhein-
30.4.2014	C-26/13	Kásler vs OTP Jelzálogbank ZRT
21.1.2015	C-482, 484, 485, 487/13	Unicaja v Caixbank vs José Hidalgo v
26.2.2015	C-143/13	Bogdan Matei, Ofelia Matei vs
23.4.2015	C-96/14	Jean-Claude Van Hove vs CNP
9.7.2015	C-348/14	Maria Bucursa vs SC Bancpost SA
3.12.2015	C-312/14	Banif Plus Bank vs Márton v Mártonne
26.1.2017	C-421/14	Banco Primus, S.A. v Jesús Gutiérrez
20.9.2017	C-186/16	R. Andriuc vs Banca Românească

Tribunal Supremo

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
1ª 5.7.1997	Ar: 2014/6151	Xavier O'Callaghan Muñoz
1ª 10.4.2001	Ar:2001/2027	Antonio Romero Lorenzo
1ª 17.10.2007	Ar: 2008/11	Juan Antonio Xiol Ríos
1ª 17/06/2010	Ar: 2010/5407	Juan Antonio Xiol Ríos
1ª 1.10.2012	Ar: 2012/9024	Francisco Javier Arroyo Fiestas
1ª 9.5.2013	Ar: 2013/3088	Rafael Gimeno-Bayón Cobos
1ª 23.7.2013	Ar: 2013/5007	Francisco Javier Arroyo Fiestas
1ª 8.9.2014	Ar: 2014/4660	Francisco Javier Orduña
1ª 24.3.2015	Ar: 2015/845	Rafael Saraza Jimena
1ª 25.3.2015	Ar: 2015/735	Eduardo Baena Ruiz
1ª 29.4.2015	Ar: 2015/2042	Rafael Sarazá Jimena
1ª 30.6.2015	Ar: 2015/2662	Rafael Sarazá Jimena
1ª 23.12.2015	Ar: 2015/5714	Pedro José Vela Torres
1ª 22.4.2016	Ar: 2016/3846	Pedro José Vela Torres
1ª 3.6.2016	Ar: 2016/2306	Pedro José Vela Torres
1ª 30.1.2017	Ar: 2017/371	Pedro José Vela Torres
1ª 9.3.2017	Ar: 2017/977	Ignacio Sancho Gargallo
1ª 20.9.2017	Ar: 2017/4039	Pedro José Vela Torres
1ª 7.11.2017	Ar: 2017/4763	Pedro José Vela Torres
1ª 15.11.2017	Ar: 2017/4730	Rafael Sarazá Jimena
1ª 1.2.2018	Ar: 2018/219	Rafael Sarazá Jimena

Audiencias Provinciales

<i>Tribunal y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
Teruel (1ª), 27.5.2014	Ar: 2014/185804	Fermín Fº Hernández Gironella
La Coruña (4ª), 20.5.2015	Ar: 2015/154544	José Luis Seoane Spielberg
Burgos (3ª), 5.4.2016	Ar: 2016/107147	Esther Villimar San Salvador
Madrid (13ª), 4.5.2017	Ar: 2017/373	José González Olleros

6. Bibliografía

Alicia AGUERO ORTIZ (2017), "Cláusula suelo transparente por quedar probado que el consumidor tuvo un conocimiento de la misma: ¿existe alguna diferencia entre el control de transparencia y la evaluación del consentimiento? Comentario a la STS de 9 de marzo de 2017", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 21, Enero-Marzo 2017, págs. 171-179.

- (2014) "Las hipotecas multidivisa a examen", en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 10, 2014 (Ejemplar dedicado a *Ejecución hipotecaria. Hipotecas multidivisa. Seguros de impago. Protocolo MIFID. Programa plurianual 2014-2020*), págs. 43-50.

Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN, (2009) *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona.

- (2016) "Primerísimas observaciones al Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario" *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 20, Octubre-Diciembre 2016, págs. 42-73.

- (2017) "Cláusulas de moneda o divisa extranjera en contratos de préstamo bancarios. Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16: Andriciuc y otros/Banca Româneasca SA", *Diario La Ley*, La Unión Europea, núm. 53, de 30 de noviembre de 2017, págs. 29-48.

Jesús ALFARO-ÁGUILA REAL (1991), *Las condiciones generales de la contratación*, Ed. Civitas, Madrid.

- (1997) "El Proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 67, julio-septiembre de 1997, págs. 889 y ss.

- (2002) "Comentario del artículo 1", en AA.VV. (dirs. MENÉNDEZ y DíEZ-PICAZO), *Comentario de la LCGC*, Ed. Civitas, Madrid.

-(2014) "Cláusulas abusivas y elementos esenciales del contrato", en <http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2014/02/clusulas-abusivas-y-elementos.html> 12/02/2014

-(2016) "Delimitación del riesgo cubierto en un contrato de seguro", disponible en <http://almacenederecho.org/delimitacion-del-riesgo-cubierto-en-un-contrato-de-seguro/> 5/05/2016

-(2017a) "Cláusulas predisuestas que describen el objeto principal del contrato", disponible en <http://almacenederecho.org/clusulas-predisuestas-describen-objeto-principal-del-contrato/> 21/03/2017

-(2017b) "De nuevo sobre la STJUE de 26 de enero de 2017", disponible en <http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2017/02/de-nuevo-sobre-la-stjue-de-26-de-enero.html> 13/02/2017

- (2017c) "Cámara, en InDret sobre la sentencia del TJUE sobre retroactividad de la nulidad por falta de transparencia de la cláusula suelo", disponible en <http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2017/01/camara-en-indret-sobre-la-sentencia-del.html> 30/01/2017

-(2017d) "A las cláusulas predisuestas que regulan los elementos esenciales del contrato no se le aplica el Derecho de las condiciones generales ni el derecho de las cláusulas abusivas", disponible en

<http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2017/01/a-las-clausulas-predispuestas-que.html>
19/01/2017

María del Pilar ÁLVAREZ OLALLA (2016), "Algunos aspectos del anteproyecto de Ley XX/2016, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Ámbito de aplicación y normas de transparencia", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10, 2016, págs. 113-121.

Segismundo ÁLVAREZ ROYO VILLANOVA (2017a) "La STJUE sobre los préstamos multidivisa: quedan muchas dudas", disponible en <https://hayderecho.com/2017/10/07/la-sentencia-del-tjue-sobre-los-prestamos-multidivisa-quedan-muchas-dudas/> 07/10/2017

-(2017b) "La nueva sentencia del Tribunal Supremo sobre préstamos en divisas", disponible en <https://hayderecho.com/2017/11/20/la-nueva-sentencia-del-tribunal-supremo-608-2017-sobre-prestamos-en-divisas/> 20/11/2017

-(2018) "Proposición de Ley de impulso de la transparencia: una opción discutible", disponible en <https://hayderecho.com/2018/02/19/proposicion-ley-impulso-la-transparencia/>

Esther ARROYO AMAYUELAS (2017), "La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial", *InDret* 2/2017 (<http://www.indret.com/pdf/1304.pdf>).

José Ignacio ATIENZA LÓPEZ (2017), "Protección al prestatario en la hipoteca multidivisa", en *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 201, 2017, págs. 155-165

María Pilar BARRES BENLLOCH, José Miguel EMBID IRUJO, y Fernando MARTÍNEZ SANZ (2003), *Principios de Derecho Contractual Europeo*, Partes I y II, Colegios Notariales de España, Madrid.

José Manuel BLANCO GÓMEZ (2003), "Algunas reflexiones sobre los arts. 8.1 y 9.1 LCGC: la ausencia de control de contenido específico de las condiciones generales de los contratos entre profesionales o empresarios y la clase de nulidad de las condiciones generales contempladas en dichas normas", en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, t. II (Derecho civil. Derecho de obligaciones), Ed. Civitas, Madrid, págs. 1471-1489.

María Amalia BLANDINO GARRIDO (2012), "Capítulo 9. Contenido y efectos de los contratos", en AA.VV. (coords. Antoni VAQUER ALOY, Esteve BOSCH CAPDEVILA y María Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ), *Derecho europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, t. I, Ed. Atelier, Barcelona, págs. 573-694.

Pilar BLÁZQUEZ, (2014), "Los tribunales declaran ilegal el índice hipotecario IRPH, el *euríbor caro* de las Cajas de Ahorro", disponible en http://www.eldiario.es/economia/IRPH-bancario-jueces-declaran-ilegal_0_326168521.html

Cristina BORRALLO FERNÁNDEZ (2016), “La problemática de las hipotecas multidivisa: novedades jurisprudenciales”, en *Actualidad civil*, núm. 10, 2016, págs. 45-57.

Alexandra BORRALLO VEIGA (2016), “El TJUE confirma que las hipotecas multidivisa no son un instrumento financiero”, en *Diario La Ley*, núm. 8686, 2016.

Sergio CÁMARA LAPUENTE (2006), *El control de las cláusulas “abusivas” sobre elementos esenciales del contrato*, Cátedra Garrigues-Thomson Aranzadi, Pamplona.

- (2011) “El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, en *Cuadernos de Derecho Transaccional*, vol. 3, núm. 1, págs. 84-117.

- (2013a) “El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 junio 2010 (*Caja Madrid*) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo. No es abusiva la cláusula que define el objeto principal del contrato, salvo por falta de transparencia”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013, págs. 98-115.

- (2013b) “¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? De la STJUE de 3 junio 2010 (*Caja de Madrid*, C-484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (pleno) de 9 mayo 2013 sobre las cláusulas suelo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre de 2013, vol. 5, núm. 2, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1815>

- (2015) “Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas – un resumen crítico”, disponible en <http://www.elnotario.es/especial-50-numeros-de-ensxi/70-secciones/academia-matritense-del-notariado/4087-transparencias-desequilibrios-e-ineficacias-en-el-regimen-de-las-clausulas-abusivas-un-resumen-critico> 25/05/2015

- (2016) “Control de cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios” disponible en <http://almacenederecho.org/control-clausulas-predispuestas-contratos-empresarios/> 27/06/2016

- (2017) “Experiencias españolas en el (reducido) ámbito de control de las cláusulas en los contratos entre empresarios”, en AA.VV. (dirs. Kindl, Perales Viscasillas y Arroyo Vendrell), *Standardisierte Verträge - zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle*, Ed. Nomos, págs. 195-236.

Ana CAÑIZARES LASO (2015), “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, julio-septiembre de 2015, disponible en <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/149>

Ángel CARRASCO PERERA (2017), “De nuevo sobre el control de transparencia y el control de contenido en contratos celebrados entre no consumidores. El principio del fin de la historia”, disponible en <http://www.gomezacebo-pombo.com/index.php/es/conocimiento/analisis/item/2635-de-nuevo-sobre-el-control-de->

[transparencia-y-el-control-de-contenido-en-contratos-celebrados-entre-no-consumidores-el-principio-del-fin-de-la-historia](#) 10/02/2017

Ángel CARRASCO PERERA y Carmen GONZÁLEZ CARRASCO (2013), “La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre las «cláusulas suelo» es inconstitucional” en *Diario La Ley*, núm. 8159, 30 de Septiembre de 2013. pág. 17 y ss.

Antonio CASADO NAVARRO (2015a), “El control de transparencia como llave del control de contenido de las cláusulas contractuales predisuestas”, en *La Ley Mercantil*, núm. 11, febrero de 2015^a, págs. 50-62.

-(2015b) “La normativa española sobre transparencia de préstamos hipotecarios ante la Directiva 2014/17/UE, reguladora de los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial celebrados con consumidores”, *Diario La Ley*, núm. 8636, 2015b, págs. 1 y ss.

Carolina del Carmen CASTILLO MARTÍNEZ (2017), “La nulidad de la cláusula que incluye el índice de referencia IRPH en las escrituras de préstamo hipotecario con consumidores”, en *Actualidad civil*, núm. 11, 2017.

Luis CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO (2015), “Una aproximación a la naturaleza jurídica de la conocida como hipoteca multidivisa”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 34, 2015, págs. 269-292.

Luis HUMBERTO CLAVERÍA GOSÁLBEZ (2008), *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*, Ed. Bosch, Barcelona.

Amanda COHEN BENCHTRIT (2014), “Cuestiones prácticas que se plantean ante los Juzgados de lo Mercantil en procedimientos en los que se pretende la declaración de nulidad de una condición general de la contratación: la cláusula suelo” en *Práctica de Tribunales*, núm. 107, marzo-abril de 2014, págs. 64-77.

Encarna CORDERO LOBATO (2013), “Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)” en *Diario La Ley*, núm. 8088, 22 de mayo de 2013, págs. 21-23.

Silvia DÍAZ ALABART y María Teresa ÁLVAREZ MORENO (2015), “La Directiva 2014/17, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial”, en AA.VV., *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios: (Directiva 2014/17/UE)*, Ed. Reus, págs. 13-52.

Luis DÍEZ-PICAZO, M^a Encarnación ROCA TRIAS, y Antonio MORALES MORENO (2002), *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Ed. Civitas, Madrid.

M^a Isabel DOMÍNGUEZ YAMASAKI (2017), "La aparente corrección parcial del control de transparencia: a propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016", *Cuadernos de Derecho Transaccional*, marzo de 2017, vol. 9, núm. 1, pp. 406-429.

Miguel FERNÁNDEZ BENAVIDES (2018), "El penúltimo debate sobre control de transparencia (en contratos entre empresarios)", disponible en <https://hayderecho.com/2018/02/23/penultimo-debate-control-transparencia-contratos-empresarios/>

Ignacio FERNÁNDEZ CHACÓN (2017), "El control de transparencia bancaria en la contratación con consumidores", disponible en https://congresocreditoinmobiliario.es/?smd_process_download=1&download_id=353

Juan Ignacio FONT GALÁN (2011), "Publicidad comercial y contrato con consumidores. Conexiones funcionales y normativas: sustantivación obligacional e integración contractual de las ofertas promocionales y publicitarias", en AA.VV. (dirs. REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO), *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del TRLGDCU*, Ed. Iustel, Madrid, págs. 1132-1186.

Oliver GREENBERG (2015), "Constitutional Reasoning in Private Law: The Role of the CJEU in Adjudicating Unfair Terms in Consumer Contracts", *European Law Journal*, 2015, págs. 599-621.

Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA (1990), "Contrato de seguro: condiciones generales; delimitación del riesgo, necesidad de específica aceptación por escrito; imprudencia grave y dolo", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 24, 1990, págs. 1203-1212.

- (2009) "Título II. Condiciones generales y cláusulas abusivas", en AA.VV., (dir. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), *Comentario del TRLGDCU*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, págs. 955-1152.

Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ (2001), "El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia derivada de su no incorporación. Crónica de lo incomprensible", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 54, núm. 3, 2001, págs. 1105-1144.

Raquel GUILLÉN CATALÁN (2010), *El régimen jurídico de la oferta a consumidores*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, pág. 31.

José Antonio JIMÉNEZ BUENDÍA (2014), "Utilización de los Principios de Derecho Europeo de Contratos por los Tribunales españoles", disponible en <https://ddd.uab.cat> 2014

M^a Rosa ISERN SALVAT (2014), "Las condiciones generales del contrato de seguro", en *Revista de Derecho Mercantil*, 2014, núm. 292, págs. 457-488.

José María LÓPEZ JIMÉNEZ (2014), "La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014, sobre la cláusula suelo: una sentencia reiterativa e insuficiente" en *Diario La Ley*, núm. 31/10/2014, octubre de 2014, págs. 1647-1650.

- (2017) "Sentido común financiero e hipotecas multidivisa. Comentario a la STS nº 608/2017, de 15 de noviembre", en *Diario La Ley*, núm. 9084, 2017.

María del Carmen LÓPEZ MARTÍN y María Teresa MONTERO ROMERO (2015), "Elementos para una propuesta de cláusulas techo y suelo sin conflicto de intereses", en AA.VV. (dir. Luis María MIRANDA SERRANO), *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*, Ed. Iustel, págs. 315-334.

Celia MARTÍNEZ ESCRIBANO (2014), "El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo" en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 133, 2014, págs. 295-344.

José Antonio MARTÍN PÉREZ (2002), "El ámbito de aplicación subjetivo del régimen de las condiciones generales. (Sobre la necesidad de protección de los adherentes-profesionales)", en AA.VV. (dir. Santiago ESPIAU y Antoni VAQUER ALOY), *Bases de un Derecho contractual europeo*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, págs. 131-139.

Jesús Alberto MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS (2014), "El control de transparencia de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario" en *Actualidad Civil*, núm. 6, 2014, págs. 68-78.

José María MIQUEL GONZÁLEZ (2002), "Comentario al art. 8 LCGC", en AA.VV. (dir. Aurelio MENÉNDEZ/Luis Díez-PICAZO), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, págs. 443-446.

- (2011) "Comentario al artículo 82 TRLGDCU", en AA.VV. (dir. Sergio CÁMARA LAPUENTE), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Ed. Colex, Madrid, págs. 768-788.

- (2017), "Opinión sobre las 10 tesis sobre la falta de transparencia de cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato del Profesor Pantaleón", disponible en <http://almacen.dederecho.org/10-tesis-la-falta-transparencia-las-clausulas-referidas-los-elementos-esenciales-del-contrato/> 13/03/2017

Hans-W. MICKLITZ y Norbert REICH (2014), "The Court and Sleeping Beauty: The Revival of Unfair Contract Terms Directive (UCTD)", *Common Market Law Review*, 2014, págs. 771-808.

Luis María MIRANDA SERRANO (2006), "La protección de los consumidores en la contratación: aspectos generales", en Miranda Serrano, Vela Torres y Prías Picardo, *La contratación mercantil, disposiciones generales, protección de los consumidores*, tomo XXX del Tratado de Derecho Mercantil, Ed. Marcial Pons, 2006, págs. 179-221.

- (2007), "El régimen especial de la contratación electrónica mediante condiciones generales: un magnífico ejemplo de cómo no se debe legislar", en AA.VV. (dir. Agustín MADRID PARRA, coord. María Jesús GUERRERO LEBRÓN), *Derecho patrimonial y tecnología (Revisión de los principios de la contratación electrónica con motivo del Convenio de las Naciones Unidas sobre Contratación Electrónica de 23 de noviembre de 2005 y de las últimas novedades legislativas)*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, págs. 233-250.

- (2008) *Aplazamientos de pago y morosidad entre empresas*, Ed. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires.

- (2011) "El control de contenido de los contratos entre empresarios o profesionales: últimos desarrollos normativos en favor de las pymes", en AA.VV. (coords. Juan Carlos SÁENZ GARCÍA de ALBIZU y otros), *Estudios de Derecho Mercantil. En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Ed. Civitas/Thomson Reuters, Madrid, págs. 1601 y ss.

- (2013) "Operaciones y contratos bancarios", publicado en AA.VV (coords. Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ Y Alberto DÍAZ MORENO), *La contratación bancaria*, vol. 7º de *Derecho Mercantil*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, págs. 39-80.

- (2015) "La protección del consumidor como ariete de la reforma del viejo Derecho privado; en especial, en la fase previa a la contratación de bienes y servicios", en AA.VV. (dir. Luis María MIRANDA SERRANO), *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*, Ed. Iustel, Madrid, págs. 37-64.

- (2017a) "Control de transparencia de las condiciones del contrato de seguro. Más allá de los clásicos requisitos de inclusión", en AA.VV. (dirs. María Jesús PEÑAS MOYANO y Juan BATALLER GRAU), *Un derecho del seguro más social y transparente*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, págs. 45-108.

- (2017b) "Cláusulas limitativas y sorprendentes en contratos de seguro: protección de las expectativas y el consentimiento de los asegurados", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 761, mayo-junio 2017, págs. 1151-1196.

- (2017c) "La interpretación del contrato mercantil: de las viejas reglas decimonónicas a las recientes propuestas de modernización", en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 304, 2017, págs. 41 y ss.

Luis María MIRANDA SERRANO y Javier PAGADOR LÓPEZ (2016), "Condiciones generales y particulares del contrato de seguro: claves de su régimen legal y propuestas de modernización", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 40, 2016, págs. 27-67.

Luis María MIRANDA SERRANO y José Manuel SERRANO CAÑAS (2016), "Relevancia negocial de la publicidad en los contratos entre empresarios o profesionales. Alegato a favor de la integración publicitaria del contrato más allá de las relaciones de consumo", en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 18, 2016, págs. 1-44.

Lucía MORENO GARCÍA (2015), *Cláusulas suelo y control de transparencia. Tratamiento sustantivo y procesal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo.

Ana Felicitas MUÑOZ PÉREZ (2015), «Las condiciones generales del contrato de seguro en el futuro Código Mercantil», en AA.VV. (dirs. María Pilar PERALES VISCASILLAS, María José MORILLAS JARILLO, y Leopoldo José PORFIRIO CARPIO), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, págs. 1591-1612.

Juan Ignacio NAVAS MARQUÉS (2014), "La adecuación de la Ley 1/2013 y la sentencia de la Sala Primera del TS al derecho comunitario de los consumidores" en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 883, 2014, pág. 8.

Susana NAVAS NAVARRO (2015a), "Cláusula sobre divisa extranjera en préstamos hipotecarios y falta de transparencia", en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*. núm. 14, 2015, págs. 130-164.

- (2015b), "Sentencia de 30 de junio de 2015. Hipoteca multidivisa. Deberes precontractuales de información y error vicio. Perfil experto del cliente", en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 99, 2015, págs. 693-732.

Ubaldo NIETO CAROL (2016), *Transparencia y protección de la clientela bancaria*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.

- (2017), "Es necesaria una Ley de Transparencia Bancaria", en *El Notario del siglo XXI*, núm. 75, SEPTIEMBRE-octubre de 2017, págs. 34-41.

Manuel OLIVENCIA RUIZ (2015), "Las cláusulas suelo en los contratos de préstamos bancarios con consumidores", en AA.VV. (dir. Luis María MIRANDA SERRANO), *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*, Ed. Iustel, págs 251-258.

Francisco Javier ORDUÑA MORENO, Carlos SÁNCHEZ MÁRTÍN y Raquel GUILLÉN CATALÁN (2016), *Control de transparencia y contratación bancaria. Régimen de aplicación y doctrina jurisprudencial aplicable*, Ed. tirant lo Blanch, colección Tratados, Valencia.

Maite ORTIZ PÉREZ y José María ERAUSKIN VÁZQUEZ, (2017), "IRPH Cajas, ¿una simple media de los tipos de interés medios ponderados?", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2017, págs. 133-142.

Javier PAGADOR LÓPEZ (1996), "Régimen jurídico de las condiciones generales y particulares del contrato de seguro. (En torno a los conceptos de "cláusula limitativa de los derechos del asegurado", "cláusula de carácter lesivo para el asegurado") y "cláusula de delimitación del riesgo objeto de cobertura)", en *Revista Española de Seguros*, núm. 87, 1996, págs. 83 y ss.

- (1999a) *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Marcial Pons, Madrid, 1999a.

- (1999b) "Impugnación por vicios del consentimiento y condiciones generales de la contratación", en *Diario La Ley*, ref. D-87, 1999b, págs. 1850-1856.

- (2011) "Título II. Condiciones generales y cláusulas abusivas", en AA.VV. (dirs. REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO), *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del TRDCU*, Ed. Iustel, Madrid, págs. 1306-1442.

- (2013) "De nuevo sobre las cláusulas predispuestas relativas a la parte económica del contrato", en *Derecho de los Negocios*, núm. 268, 2013, págs. 7-25.

- (2016) "Las cláusulas suelo en la contratación entre empresarios y profesionales. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [Sala Primera] de 3 de junio de 2016", en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 301, 2016, págs. 405-427.

- (2017) "Retos y tendencias en materia de disposiciones generales sobre obligaciones y contratos mercantiles. Aportaciones del Derecho mercantil a una regulación unitaria de la teoría general del Derecho de obligaciones y contratos (II)", en AA.VV. (dirs. Luis María MIRANDA SERRANO y Javier PAGADOR LÓPEZ), *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, págs. 91-120.

Fernando PANTALEÓN PRIETO (2017), "Diez tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato", disponible en <http://almacenederecho.org/10-tesis-la-falta-transparencia-las-clausulas-referidas-los-elementos-esenciales-del-contrato/> 12/03/2017

José Ignacio PAREDES PÉREZ (2017), "El carácter abusivo por falta de transparencia de las cláusulas que establecen el reembolso de un préstamo vinculado a moneda extranjera. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16: Ruxandra Paula Andriciuc y otros y Banca Româneasca SA", en *Diario La Ley*, La Unión Europea, núm. 53, de 30 de noviembre de 2017, págs. 61-74.

Francisco Javier PASTOR VITA, "Las condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre empresarios", en *Diario La Ley*, núm. 6367, 25 de noviembre de 2005, págs. 1217-1226.

Beatriz PATIÑO ALVES (2017), "La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 de septiembre de 2017, sobre hipotecas multidivisa: ¿coincidencia o estrategia?", disponible en <https://www.beatrizpatino.com/la-sentencia-del-tribunal-justicia-la-union-europea-20-septiembre-2017-hipotecas-multidivisa-coincidencia-estrategia/>

Ricardo PAZOS CASTRO (2017a), *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2017.

- (2017b), "Un nuevo ejemplo de la tortuosa relación del Derecho español con la Directiva de cláusulas abusivas. Comentario a la STJUE de 26 de enero de 2017 (Banco Primus)", en *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 1, enero-marzo de 2017, págs. 163-181.

Valerio PÉREZ DE MADRID CARRERAS (2012), "La protección del consumidor en la contratación bancaria", en AA.VV. (coords. MIRANDA SERRANO y PAGADOR LÓPEZ), *Derecho (privado) de los consumidores*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, págs. 415-434.

Marta PÉREZ ESCOLAR (2015), "Incorporación al contrato de cláusulas no negociadas. Perspectivas de reforma a la luz del panorama europeo, la Propuesta de Modernización del Código Civil y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil", en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXVIII, 2015, págs. 409-480.

Carmen PÉREZ GUERRA (2017), “Hipotecas multidivisa, tutela de los consumidores y desequilibrio contractual”, en *La Ley mercantil*, núm. 36 (mayo), 2017, págs. 5 y ss.

Juan PÉREZ HERESA (2017), “Novedades en la función notarial para recuperar la seguridad jurídica en los préstamos hipotecarios”, en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 75, 2017, págs. 16-19.

Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2002), “El deber de transparencia en la redacción de las cláusulas contractuales predispuestas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 5.^a) de 10 de mayo de 2001]” en *Actualidad Civil*, núm. 45, diciembre de 2002, págs. 1351-1363.

- (2003) “Los elementos esenciales del contrato y el control de las condiciones generales” en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 17/2003, 2003, págs. 2171-2183.

- (2004) *Las cláusulas abusivas por un defecto de Transparencia*, Cizur Menor.

- (2005) “Cláusulas delimitadoras del riesgo, cláusulas limitativas y transparencia en el contrato de seguro”, en *Revisita Española de Seguros*, núm 123-124, 2005, págs. 529-546.

- (2011) “Comentario al artículo 80 TRDCU”, en AA.VV. (dir. Sergio CÁMARA LAPUENTE), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Ed. Colex, Madrid, págs. 669 y ss.

- (2013) “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, en *InDret*, 3/2013 (<http://www.indret.com/pdf/995.pdf>).

- (2016) “Buena fe ex art. 1.258 cc y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios”, en *InDret*, 4, 2016 (http://www.indret.com/pdf/1266_es.pdf).

- (2017) “Presupuestos para la anulación por error vicio de los préstamos hipotecarios en divisas”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 761, 2017, págs. 1197-1238.

Javier PLAZA PENADÉS, “Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo” en *Diario La Ley*, núm. 8097, 4 de junio de 2013, págs. 1128-1135.

Juande PORTILLO (2017), “El Supremo respalda a la banca y avala las hipotecas ligadas a IRPH”, 22 de noviembre de 2017, disponible en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/11/22/midiner/1511353172_169252.html

- (2018), “Los jueces empiezan a cuestionar el aval del Supremo al IRPH hipotecario”, en *CincoDías*, 25 de enero de 2018, disponible en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/01/24/midiner/1516812021_632878.html

María Pilar PRADA SOLAESA (2017), “El futuro de nuestro sistema hipotecario”, en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 75, 2017, págs. 8-15.

Reyes RINCÓN (2017), “El Supremo falla a favor de los bancos en los casos de hipotecas con IRPH”, en *El País Online*, 22 de noviembre de 2017, disponible en https://elpais.com/economia/2017/11/22/actualidad/1511351915_932269.html

Yolanda RODRÍGUEZ VIDALES (2018), “Los tribunales comienzan a rebelarse contra la sentencia del Supremo sobre IRPH”, en *Confilegal Online*, 23 de enero de 2018, disponible en <https://confilegal.com/20180123-los-tribunales-comienzan-a-rebelarse-contr-la-sentencia-del-supremo-sobre-el-irph/>

Luis ROJO AJURIA (1994), *El dolo en los contratos*, Ed. Civitas, Madrid.

José RUIZ-GALLARDÓN UTRERA (2017), “«Non est aurum omne quod radiat»: gastos hipotecarios e hipotecas multidivisa”, en *La Ley mercantil*, núm. 40 (octubre), 2017, págs. 8 y ss.

Luis Javier SÁNCHEZ (2017), “Primera sentencia que anula el índice IRPH, tras el fallo del Tribunal Supremo”, en *Confilegal Online*, 4 de diciembre de 2017, disponible en <https://confilegal.com/20171204-primera-sentencia-que-anula-el-indice-irph-tras-el-fallo-del-tribunal-supremo/>

José María SÁNCHEZ GARCÍA (2014), “El control de transparencia sobre los intereses remuneratorios en los contratos de crédito al consumo” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2014, págs. 31-57.

Carlos SÁNCHEZ MARTÍN (2013), “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria” en *Diario La Ley*, núm. 8092, 28 de mayo de 2013, págs. 1713-1716.

Guillermo SOLÍS HERNÁNDEZ (2017), “Los préstamos hipotecarios multidivisa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2017, págs. 1-8.

Ernesto SUÁREZ PUGA (2017), “Problemática contractual actual relativa a determinados índices financieros en contratos de financiación: el caso del IRPH”, en *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 5, 2017, págs. 29-43.

Alberto TAPIA HERMIDA (2014), “La armonización comunitaria de los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial: la Directiva 2014/17/UE”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 136, 2014, págs. 338-343.

- (2017) “Transparencia en el mercado asegurador. La Comisión Europea precisa el contenido de los documentos de información sobre productos de seguro. Los Reglamentos de 8 de marzo y 9 de agosto de 2017”, disponible en <http://ajtapia.com/2017/09/transparencia-mercado-asegurador-la->

[comision-europea-precisa-contenido-los-documentos-informacion-productos-seguro-los-reglamentos-8-marzo-9-agosto-2017/](#) 28/09/2017

Eduardo VALPUESTA GASTAMINZA (2017), “El control de incorporación y transparencia de condiciones generales del contrato en los contratos bancarios según la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en AA.VV. (dirs. Luis María MIRANDA SERRANO y Javier PAGADOR LÓPEZ), *Retos y tendencias de la contratación mercantil*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, págs. 459-474.

Pedro José VELA TORRES (2017), “Hipoteca multidivisa: adaptación de la jurisprudencia española a la del TJUE”, en *Diario La Ley*, núm. 9108, 2017.

Arístides Jorge VIERA GONZÁLEZ, (2012) “La interpretación de los contratos privados en el ordenamiento jurídico español”, disponible en <https://eciencia.urjc.es/handle/10115/7858> 10/07/2012

Sara ZUBERO QUINTANILLA (2015), “La regulación de la publicidad en el CESL. Incidencia directa e indirecta del contenido de las declaraciones publicitarias en la formación del contrato”, *Revista de Investigación Jurídica, Ius*, 2015, núm. 10, págs. 14 y ss.