

CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

ISABEL GONZÁLEZ PACANOWSKA
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Murcia

SUMARIO: 1. El contrato de adhesión: naturaleza y fundamento de su obligatoriedad.-2. La regulación legal de las condiciones generales. Concepto y régimen jurídico. 2.1 Las especialidades del régimen jurídico en la LCGC frente al CC. Requisitos de incorporación y reglas de interpretación. a) Requisitos de incorporación. b) Interpretación de las CGC. 2.2 El control de contenido o de validez.-3. El control de contenido en la contratación estandarizada con adherentes no consumidores. 3.1 Normas sectoriales. 3.2 Los instrumentos para evitar abusos en la jurisprudencia: antes y después de la LCGC. 3.3 Las condiciones generales de la contratación como parte de la teoría general del contrato. Integración en el CC.-4. El control de contenido en contratos con consumidores. El TJUE, el TRLGDCU y el CC. 4.1 La Directiva 93/13 y el Derecho nacional. ¿Disrupción o armonía? 4.2 Nacimiento, auge y contención del control de transparencia material. a) La introducción del control de transparencia material. b) Transparencia y vicios del consentimiento. c) El reducto de la transparencia material como motivo autónomo de invalidez. Ponderación y comprobación del desequilibrio. 4.3 Cláusulas nulas, subsistencia del contrato e integración. a) La adaptación del Derecho interno a la doctrina del TJUE. b) Subsistencia del contrato e integración en la doctrina del TS.-5. Bibliografía.

1. EL CONTRATO DE ADHESIÓN: NATURALEZA Y FUNDAMENTO DE SU OBLIGATORIEDAD¹

En el Código civil el contrato es la fuente de obligaciones basada en el consentimiento, proyectado sobre los elementos esenciales de objeto y causa (arts. 1254

¹ La bibliografía sobre esta materia, aunque se limitara a la española, es extensísima. En las citas que siguen, las referencias serán necesariamente escasas por exigencias editoriales y limitación de espacio. En ocasiones se remitirá al lector a las obras de las que soy autora, con cita mucho más extensa de doctrina y de jurisprudencia.

y 1261 CC). Su contenido se determina por la voluntad común de las partes expresada en pactos, cláusulas o condiciones sometidos a la primacía de la ley imperativa, de la moral y del orden público (art. 1255 CC). La integración tiene lugar conforme al art. 1258 CC, con el recurso a la ley, los usos y la buena fe. Elementos respecto de los cuales no se requiere el previo conocimiento ni el acuerdo para que cumplan su función, si bien el resultado de su aplicación no deberá ser contrario a, o repudiado por, la voluntad de las partes, interpretada conforme a los criterios que proporcionan los arts. 1281 a 1289 del CC y, en su caso, los relativos a cada contrato en particular. Los preceptos sobre interpretación del contrato no se limitan a proporcionar los elementos de interpretación de la voluntad declarada; sirven también para discernir cuándo hay efectivamente declaración de voluntad relevante para integrar la regla contractual.

Frente a este modelo, la predisposición unilateral del contenido contractual no era una realidad considerada por nuestro Código civil, como tampoco lo fue por otros códigos decimonónicos. Mediante las condiciones generales de la contratación, el predisponente no solamente diseña el objeto del contrato, sino que precisa el significado de los términos utilizados y, sobre todo, reduce la necesidad de acudir al art. 1258 CC. Las fuentes legales de integración quedan así postergadas por la regla redactada con carácter previo para su uso generalizado en el tráfico.

El contenido predispuesto no es, en gran medida, previamente conocido por la otra parte ni determinante de su decisión de celebrar el contrato. Las condiciones generales de la contratación se refieren fundamentalmente a lo que Royo Martínez denominó en 1949 una «periferia», añadida al «núcleo o médula en el que se comprenden las prestaciones cardinales» que resulta efectivamente conocido y querido; una adición de la que habitualmente no se tiene noción o esta resulta «en absoluto insuficiente para servir de base a un eficaz consentimiento»². Lo habitual es que el formulario no se lea; y la conducta se estima racional e incluso económicamente eficiente. De ahí la calificación de contrato de adhesión y de adherente. La atención se centra en las estipulaciones relativas a los elementos esenciales que describen y delimitan la prestación y la contraprestación, únicas que, se dice, pueden estimarse verdaderamente conocidas y consentidas. Si bien, la frontera entre lo esencial y el resto del contenido contractual puede ser harto imprecisa y no cabe negar las recíprocas influencias dentro del mismo contrato³.

² ROYO MARTÍNEZ 1949, p. 61.

³ Sobre esta cuestión en la doctrina y la jurisprudencia, v. GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015, pp. 1129 y ss. Un ejemplo reciente de las diferentes perspectivas la hora de deslindar el concepto de «objeto principal del contrato» es la comisión de apertura. La STJUE de 16 julio 2020 (ECLI:EU:C:2020:578), *Caixabank*

La utilización de condiciones generales de la contratación (en adelante, CGC) presenta indudables ventajas y con frecuencia se ha descrito como algo indispensable para racionalizar la organización empresarial de bienes y servicios y ahorrar costes inherentes a la celebración de contratos. Por esta vía se reduce la inseguridad jurídica que en muchos ámbitos genera la parquedad o la obsolescencia del Derecho legislado, especialmente ante la incesante aparición de nuevas modalidades y ofertas contractuales⁴. Pero, al mismo tiempo que se iba extendiendo su presencia, sobre todo en el ámbito de los contratos de seguro, de transporte y bancarios, se constataba igualmente el carácter desequilibrado de las cláusulas redactadas de modo previo, cuyas reglas generalmente se habían configurado para servir a los intereses del predisponente, en detrimento de la otra parte. El asunto se agrava en la contratación en el entorno digital, aumentando «*el potencial de las CGC y otros mecanismos empleados por las empresas con el fin de absorber el excedente y abusar de los consumidores*»; el abuso puede ser más intenso por adaptarse a perfiles de consumidores concretos y pasar inadvertido⁵.

Este distinto modo de contratar recibió temprana atención como una de las manifestaciones de la crisis del contrato, al menos de la noción propia de la ideología liberal. La literatura jurídica española sobre esta materia se desarrolló en la segunda mitad del siglo xx, con el enunciado de distintas teorías sobre la naturaleza jurídica de las CGC y el fundamento de su obligatoriedad. La obra de F. De Castro refleja el debate doctrinal acerca de aquella naturaleza (frente a la teoría «normativista» y en pro de la tesis «contractualista») pero, sobre todo, alerta sobre los peligros inherentes a su extendida utilización, sin negar sus indudables ventajas. Hallar los motivos para impugnarlas supone una tarea formidable, «*afrentar las dificultades más graves que entraña el dogma de la autonomía de la voluntad*». Partiendo de su naturaleza contractual, pero constatando el déficit de conocimiento y consentimiento de una de las partes respecto de la regla redactada por la otra, De Castro diseñó el marco en el que cabía y debía examinarse el contenido predispuesto y contrastar su legitimidad, a partir de las reglas generales codificadas de las obligaciones y contratos, y las de los contratos en particular. Las normas dispositivas no son

y otros, C-224/19 y C-259/19, dice que no es una prestación esencial por el mero hecho de estar incluida en el coste total del crédito (§ 62 y 64). La STS de Pleno 44/2019, de 23 enero (ECLI:ES:TS:2019) entendió que constituye junto con el interés remuneratorio el precio del contrato y, en consecuencia, un elemento esencial; no sometido al test de abusividad si supera el control de transparencia. Mediante Auto de 10 septiembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:10856A), el TS ha planteado sobre esta cuestión petición de decisión prejudicial ante el TJUE.

⁴ ALFARO, 2002a, pp. 75 y s.

⁵ GÓMEZ POMAR/ARTIGOT GOLOBARDES, 2020, p. 14.

dadas «para auxilio de descuidados o desmemoriados, supletorias o adivinatorias de sus voluntades», sino que manifiestan la regulación normal; son preceptos en los que el legislador ha ponderado cuidadosamente la situación normal de los intereses de las partes, tienen una función ordenadora, por lo que no pueden ser desplazados, advertía, sin una razón suficiente⁶. Sobre esta base, inspirada en la doctrina alemana, construyó su doctrina sobre las «limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad»⁷.

Las teorías que, por el contrario, han puesto mayor énfasis en negar o rebajar el fundamento contractual de la vinculación del adherente a cláusulas predispuestas –para las que no existe, se dice, genuino consentimiento– también acuden para elaborar el juicio sobre su validez a la conformidad de aquellas con los criterios de integración del contrato que se desprenden del art. 1258 CC. Lo que de alguna manera reclama igualmente el régimen jurídico aplicable en defecto de pacto: la configuración legal si es que existiera, la usual o consuetudinaria en defecto de la primera y, en último término, la conformidad del clausulado predispuesto con la buena fe, que requiere una valoración equilibrada entre los intereses de ambas partes⁸.

Desde la aprobación de leyes especiales extramuros del CC, la discusión acerca de su naturaleza jurídica perdió intensidad. La ley consagra, de un lado, el carácter contractual de las cláusulas redactadas con carácter previo por una de las partes, estableciendo los requisitos necesarios para que aquellas puedan estimarse incluidas en la oferta y amparadas por la aceptación, de modo que se produzca su incorporación al contrato. El aspecto fundamental de la contratación estandarizada, cual es fijar un criterio específico para el control de contenido se ha limitado, sin embargo, a la contratación entre profesionales y consumidores. Fuera de este ámbito, la jurisprudencia reitera, sobre todo en los últimos años, que «las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor o usuario, tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas»⁹.

⁶ DE CASTRO, 1961, pp. 321, 333.

⁷ DE CASTRO, 1982, *passim*.

⁸ La monografía de ALFARO ÁGUILA-REAL (1991, *passim*, en especial, para lo que se dice en el texto, pp. 103 y ss.) ha tenido una influencia decisiva en la doctrina posterior, siendo una de las obras de referencia en la materia. En ella se enuncia la denominada teoría «declarativa», que basa la validez contractual de las condiciones generales, bien en la autonomía privada para aquellas que hubieren sido específicamente seleccionadas por el adherente, bien en su conformidad con las fuentes ordinarias del Derecho.

⁹ SSTS 227/2015, de 30 de abril (RJ 2015, 2019), 41/2017 de 20 enero (RJ 2017, 926), 702/2018, de 13 diciembre (ECLI:ES:TS:2018:4568).

2. LA REGULACIÓN LEGAL DE LAS CONDICIONES GENERALES. CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO

La primera regulación de alcance general se promulgó como norma de protección de los consumidores mediante la LGDCU (Ley 26/1984, de 16 de julio), con la inédita formulación de una norma abstracta de control de contenido, seguida por una lista de concretas cláusulas abusivas (art. 10 LGDCU 1984).

El empeño de incorporar al Derecho español una ley que abordara de modo global el fenómeno de la contratación estandarizada constituía, no obstante, una meta del legislador, que se había ido reflejando en sucesivos Anteproyectos de una «Ley de condiciones generales de la contratación»¹⁰. La norma vigente, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, en adelante LCGC (BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998), se dictó en virtud de los títulos competenciales que la Constitución Española atribuye en exclusiva al Estado en el art. 149.1.6.ª y 8.ª «por afectar a la legislación mercantil y civil», según reza la Exposición de Motivos. Su objeto se describe como «la transposición de la Directiva 93/13/CEE» sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, «así como la regulación de las condiciones generales de la contratación».

La estructura de la materia en la Ley 7/1998 no responde tanto a la Directiva 93/13 cuanto a la clara influencia de la *AGBG* alemana de 1976, modelo cuya impronta estaba ya presente en todos los anteproyectos que la precedieron. El ámbito objetivo de aplicación quedó así delimitado mediante el concepto de condiciones generales de la contratación, con una definición legal que resalta las características de predisposición y generalidad de las cláusulas, por cuya imposición el contrato deviene «de adhesión» (art. 1. 2 LCGC). El ámbito objetivo se complementa con las previsiones del art. 4 LCGC que, de un lado, excluye la aplicación de la norma a determinados tipos de contratos que cuentan con su propia regulación o en los que está ausente el fenómeno de la predisposición y, de otro, incorpora la norma procedente de la Directiva 93/13¹¹ (art. 1.2), por la que también se excluyen las cláusulas contractuales que refle-

¹⁰ Anteproyectos de los años 1983, 1988, 1992. Sobre estos textos, v. GONZÁLEZ PACANOWSKA (1999, p. 140).

¹¹ Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. DOCE núm. 95, de 21 de abril de 1993. Modificada por la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre (introduce el art. 8 *bis*) y por la Directiva 2019/2161, de 27 de noviembre, que inserta el art. 8 *ter*, dirigida a intensificar el régimen de sanciones aplicables en caso de infracción de las disposiciones nacionales adoptadas al amparo de la norma comunitaria: «Tales sanciones serán efectivas, proporcionadas y disuasorias» (art. 8 *ter*. 1).

jen disposiciones legales o reglamentarias aplicables al contrato de que se trate, ya sean imperativas o dispositivas.

La finalidad de «proteger los legítimos intereses» no solo de los consumidores, sino los de «cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual», determina el ámbito de aplicación subjetivo: el predisponente ha de ser un profesional —«toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada»— mientras que el adherente podrá ser «cualquier persona física o jurídica» (art. 2 LCGC).

El régimen jurídico, a partir de aquí, se articula en torno a tres niveles de control, con una secuencia que recuerda la exposición doctrinal y legal germanas: incorporación (arts. 5 y 7 LCGC), interpretación (art. 6 LCGC) y control de contenido (arts. 8 a 10 LCGC). Novedosa, aunque de dudosa y manifiestamente limitada utilidad práctica¹², fue la creación del Registro de CGC en el que puede tener lugar de modo voluntario el depósito de los clausulados; depósito que últimamente ha devenido obligatorio para los formularios de los préstamos y créditos hipotecarios comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (art. 11 LCGC).

La LCGC cumplía, por último, con las exigencias comunitarias (art. 7 Directiva 93/13) de proveer de cauces de tutela preventiva y abstracta mediante las, entonces también inéditas, acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales (arts. 12 a 20 LCGC). Como era de esperar, solamente la primera ha tenido aplicación práctica, merced, sobre todo, a la actividad de las asociaciones de consumidores.

Junto a la muy defectuosa técnica de la LCGC, la crítica que más ha perdurado en el tiempo es el sinsentido de una ley que obviaba tratar en su seno el tema cardinal del régimen jurídico de las condiciones generales, cual es establecer el parámetro abstracto para determinar su validez y, correlativamente, legitimar el eventual control judicial del ejercicio abusivo por parte del predisponente de su libertad para configurar el contenido. El legislador optó por una remisión al régimen general de la nulidad por contravención de norma imperativa o prohibitiva (art. 8. 1 LCGC). El contenido abusivo, como causa de nulidad, se limita a las cláusulas incorporadas al contrato que se haya celebrado con un consumidor, ampliándose al mismo tiempo su campo de aplicación a toda cláusula no negociada. Tanto el concepto general de cláusula abusiva como la lista de cláusulas

¹² La trascendencia jurídica del depósito se limita a la fijación del plazo de prescripción de las acciones colectivas de cesación y retractación; como regla general son imprescriptibles (art. 19. 1 LCGC), pero se sujetan al plazo de cinco años, contados desde el día de dicho depósito y siempre que las condiciones generales hayan sido objeto de utilización efectiva.

abusivas se circunscribe a los contratos entre empresarios y consumidores y se ubica en la LGDCU (arts. 10, 10 bis y Disp. Adic. 1.^a), cuyo texto vigente se contiene en el RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007), en adelante TR LGDCU (arts. 82 a 91).

Esta opción legislativa inevitablemente ha reducido el interés en el desglose de la definición legal de condición general de la contratación¹³, al centrarse generalmente la controversia en la presencia o no de negociación, asunto para el que el TS ha señalado algunas pautas¹⁴. La negociación impeditiva de los controles específicos no puede derivar sin más de que la iniciativa para celebrar el contrato proceda del adherente («oferente»), ni de la existencia de otras alternativas en el mercado para el mismo tipo de contrato. Los caracteres de generalidad, predisposición e imposición no quedan borrados por estos hechos. La negociación de algunos aspectos del contrato, como pueda ser la cantidad por la que se concede un préstamo, no implica que el resto de las cláusulas del contrato haya sido objeto de negociación¹⁵. Para que la cláusula deje de considerarse impuesta «no basta que el consumidor hubiera podido influir en su redacción, sino que es preciso que efectivamente haya influido y este elemento ha de ser probado»¹⁶; es «necesaria una prueba suficiente de los hitos

¹³ Para un completo análisis de las notas características, v. STS 649/2017, de 29 noviembre (ECLI:ES:TS:2017:649). A la hora de abordar tales caracteres, la doctrina ha mostrado, en general, la recepción de la muy fecunda doctrina alemana.

¹⁴ SSTS 649/2017, de 29 noviembre (RJ 2017.5632), 489/2018, de 13 septiembre, (ECLI:ES:TS:2018:3098), 422/2019, de 16 julio (ECLI:ES:TS:2019:2345): «a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que, o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula, o debe renunciar a contratar. b) «No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación, aunque varias de ellas procedan del mismo empresario. c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios. d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario». Un ejemplo de negociación y «pleno conocimiento»: STS 16/2021, de 19 enero (ECLI:ES:TS:2021:16), sobre cláusula suelo acordada con ocasión de la novación y ampliación del préstamo hipotecario.

¹⁵ STS 99/2021, de 23 febrero (ECLI:ES:TS:2021:636), con cita de otras, sobre préstamo «multidivisa»: la negociación relativa a la cuantía del préstamo en euros, el plazo de devolución o la presencia de la divisa extranjera que justifica un interés remuneratorio más bajo de lo habitual para los préstamos en euros no significa que se haya negociado la redacción de las cláusulas sobre el modo en el que el elemento divisa extranjera operaba en la economía del contrato y en la posición jurídica y económica de las partes.

¹⁶ STS 489/2018, de 13 septiembre (ECLI:ES:TS:2018:3098), sobre acuerdo de modificación de cláusula suelo, que se estima negociada.

en que el proceso de negociación se plasmó», y la prueba corresponde en todo caso al profesional¹⁷.

2.1 Las especialidades del régimen jurídico en la LCGC frente al CC. Requisitos de incorporación y reglas de interpretación

Como régimen jurídico general aplicable a las condiciones generales de la contratación, con independencia de la condición subjetiva del adherente, la especificidad frente al Código civil se limita, prácticamente, a la introducción de requisitos de incorporación (arts. 5 y 7 LCGC) y alguna novedad en materia de interpretación (art. 6 LCGC).

a) REQUISITOS DE INCORPORACIÓN

El tratamiento legal de la incorporación (arts. 5 y 7 LCGC) es prolijo en exceso y probablemente no precisaba tal nivel de detalle en relación con cualquier adherente¹⁸. La meta es que el predisponente procure que la otra parte disponga del clausulado predispuesto en un momento previo o simultáneo a la celebración del contrato, en un formato accesible y susceptible de ser consultado *a posteriori*. El cumplimiento de estos requisitos es una valoración jurídica, susceptible de ser controlada en casación¹⁹.

En estas normas se reside el deber de redacción concreta y transparente (art. 5.5 y 7 (b) LCGC) cuya vulneración podría servir, entre otras cosas y como demuestra el *iter* legislativo, para negar la vinculación a las denominadas cláusulas *sorprendentes*; cláusulas cuyo problema no reside en la oscuridad o excesiva ambigüedad de su texto, sino que resultan tan insólitas que el adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia. Son contradictorias con las legítimas expectativas generadas en el caso concreto, a la vista de todas las circunstancias que rodearon la celebración del contrato, incluyendo, naturalmente, la información previa y la publicidad. A modo de factor negativo de inclusión. El TS, sin embargo, ha hecho en general un uso limitado de este entendimiento de los requisitos legales, al haber construido un concepto de transparencia material, contrapuesta a la formal, que no cursa como requisito de incorporación, sino como ingrediente del carácter abusivo

¹⁷ STS 192/2021, de 6 abril (ECLI:ES:TS:2021:1270), sobre renuncia por parte del cliente al ejercicio de acciones de responsabilidad contra un abogado.

¹⁸ Para el análisis en particular de tales reglas. GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015, pp. 1049 y ss.

¹⁹ STS 218/2021, de 20 abril (ECLI:ES:TS:2021:1454), cláusula suelo en contrato entre empresarios.

de una cláusula relativa a un elemento esencial y por deficiencias en la información precontractual.

Mediante el control de incorporación se intenta únicamente comprobar que «la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato», «independientemente de que el adherente o el consumidor realmente las haya conocido y entendido, pues esto último tendría más que ver con el control de transparencia y no con el de inclusión». Lo que el art. 7 LCGC requiere se refiere a la «comprensibilidad gramatical y semántica»²⁰. Para superar el control de incorporación, en suma, «debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato»²¹. La doctrina jurisprudencial sugiere, de otra parte, que la sencillez y la claridad dependen del tipo de contrato y de la complejidad de la relación contractual, que no es uniforme: «Lo exigible es que la redacción de la condición general no añada innecesariamente complicación a la propia complejidad que pueda tener la relación contractual»²².

Esta inteligencia acerca de la función de los requisitos de incorporación ha conducido, especialmente en el ámbito de los contratos bancarios, a disociar el juicio sobre el cumplimiento de los arts. 5 y 7 LCGC, de un lado, y, de otro, las consecuencias derivadas de una información precontractual insuficiente. Si se trata de un consumidor, el déficit de información sobre el funcionamiento de la cláusula, y su incidencia en la carga jurídica y económica del contrato, es susceptible de integrar un supuesto de cláusula abusiva por infracción de la denominada transparencia material. Tratándose, en cambio, de un adherente empresario, el TS ha desestimado, con matices, la pretensión de que se declare no incorporada una cláusula a la que se haga referencia en el contrato y en el anexo firmado por los contratantes, con tipografía destacada en negrita y de redacción

²⁰ STS 195/2021, de 12 abril (ECLI:ES:TS:2021:1347).

²¹ STS 564/2020, de 27 octubre (ECLI:ES:TS:3473), sobre la denominada «hipoteca tranquilidad». Las cuotas de amortización son constantes (con incremento lineal fijo), de modo que las oscilaciones en el interés remuneratorio variable se reflejan en el número de cuotas, con un máximo de 40 años.

²² STS 560/2020, de 26 octubre (ECLI:ES:TS:2020:3558), «hipoteca tranquilidad». En relación con la cláusula suelo, la STS 395 STS 395/2021, de 9 de junio, reitera, con cita de otras, que «... en principio y salvo prueba en contrario, su inclusión en la escritura pública y su lectura por el notario o, en su caso, por los contratantes (arts. 25 de la Ley del Notariado y 193 del Reglamento Notarial) suele satisfacer ambos aspectos, puesto que su claridad semántica no ofrece duda. Es decir, respecto de esta modalidad concreta de condiciones generales de la contratación, en la práctica solamente no superarían el control de inclusión cuando se considere probado que el adherente no pudo tener conocimiento de su existencia porque no se incluyó en la escritura pública, sino en un documento privado anexo que no se le entregó, o porque el notario no leyó la escritura, por poner dos ejemplos de casos que han sido resueltos anteriormente por la sala».

sencilla; trasladar a este campo argumentos relacionados con la ausencia de (mayor) información precontractual supondría un juicio de abusividad encubierto, con base en la noción de transparencia material, que no tiene cabida en los contratos en los que el adherente actúa con una finalidad profesional²³.

La reciente modificación del art. 5.5 LCGC por la Ley 5/2019 proclama la nulidad de «pleno derecho» de las cláusulas incorporadas de modo no transparente en los contratos con consumidores. Si esta norma, duplicada en el art. 83 LGDCU por la misma Ley 15/2019, se refiere a la transparencia *formal*, nada añade a lo que ya resultaba de la LCGC (art. 7 (b), art. 9.1). Si se refiere a la transparencia *material*, podría pensarse entonces que es una nulidad del art. 6.3 CC que escapa al régimen propio de las cláusulas abusivas²⁴.

b) INTERPRETACIÓN DE LAS CGC

La finalidad de las reglas de interpretación del art. 6 LCGC no es prevalecer sobre las disposiciones del Código civil en la materia. Presuponen más bien la interpretación previa y su aplicación es pertinente cuando el resultado de aquella no haya podido salvar la contradicción entre las condiciones generales y las particulares (art. 6.1 LCGC), o cuando persistan las dudas, por la presencia de cláusulas oscuras (art. 6.2 LCGC). La especialidad en este punto es reducida. Se ordena la prevalencia de las condiciones particulares específicamente previstas para el contrato en particular y más beneficiosas para el adherente, en caso de contradicción con las condiciones generales (art. 6.1 LCGC), por entenderse que las primeras serán más acordes con la voluntad común. Pero la discordancia entre unas y otras también puede ser contemplada como un caso de oscuridad o de ambigüedad de la regla que ordena resolver las dudas en la interpretación en favor del adherente (art. 6.2 LCGC); regla que no difiere, salvo en algún matiz, del art. 1288 CC.

2.2 El control de contenido o de validez

El art. 8.1 LCGC reitera la misma idea del art. 6.3 CC sobre las consecuencias de la contravención a normas imperativas o prohibitivas, sean las de

²³ STS 218/2021, de 20 abril (ECLI:ES:TS:2021:1454), sobre cláusula suelo en préstamo hipotecario destinado a comprar licencia de taxi. Sobre las vacilaciones de la jurisprudencia en cuanto a la trascendencia del cumplimiento de los requisitos impuestos por la regulación sectorial bancaria sobre el juicio de incorporación y la evolución de la jurisprudencia en esta materia hasta 2020, v. CÁMARA LAPUENTE, 2020, *passim*, y en especial pp. 32 y ss.

²⁴ En este sentido, CARRASCO PERERA, 2019, p. 68.

la LCGC, sean otras. Pero las normas de esta naturaleza en la propia LCGC se limitan prácticamente a lo antes expuesto sobre la inclusión y el art. 7 LCGC ya se encarga de establecer la consecuencia de *no incorporación* cuando no se hubiere cumplido lo exigido por el art. 5 LCGC.

En lo que hace al alcance de la nulidad, la regulación de la LCGC en este punto (arts. 9.1 y 10.1 LCGC), con el mandato de nulidad parcial y subsistencia del contrato, «si éste puede subsistir sin tales cláusulas» (art. 10.1 LCGC) sigue a la Directiva 93/13 (art. 6.1). Y el art. 9.2 LCGC precisa que se declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de la cláusula o su no incorporación «afectara a uno lo de los elementos esenciales del mismo en los términos del art. 1261 CC». La norma comunitaria, empero, se refiere a las cláusulas nulas por razón de su carácter abusivo, no a aquellas cuya nulidad deriva de la contravención a norma imperativa. Y la nulidad parcial se ha justificado reiteradamente por el TJUE, diciendo que el objetivo es restablecer el equilibrio, mediante la supresión de la cláusula, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas²⁵. Además, como veremos más adelante, para saber si el contrato puede o no subsistir sin una cláusula abusiva y para decidir cuál es, en su caso, el régimen del contrato que efectivamente subsista *sin* la cláusula abusiva, el TJUE ha desarrollado una doctrina que no cabe soslayar a la hora de abordar el asunto en el sistema español.

Cuando la cláusula suponga, en cambio, la vulneración de cualquier otra «norma imperativa o prohibitiva», las consecuencias se regirán por lo que la norma infringida disponga: nulidad de pleno derecho o un «efecto distinto» (art. 8.1, en relación con el art. 6.3 CC); sin que en principio sea relevante el que la cláusula afectada sea predispuesta. El legislador no parece haber reparado en que la principal función de las condiciones generales es el desplazamiento de las fuentes de integración (art. 1258 CC) entre las que no se cuenta, en rigor, la norma imperativa, cuya vigencia incondicionada no puede evitar la autonomía privada, sea impuesta de modo unilateral o negociada.

Se revela en esta remisión del art. 8 LCGC uno de los mayores defectos de la LCGC que incluso provoca, siguiendo a Miquel, su casi total inutilidad. El control de contenido se justifica por el procedimiento de formación del contrato, en el que una de las partes establece la regla contractual con una pretensión de generalizada vigencia en el tráfico jurídico. El contenido es típicamente desequilibrado, pero no es su eventual iniquidad la razón fundamental de la existencia

²⁵ SSTJUE de 15 marzo 2012 (TJUE, 2012, 55), *Perenicová y Perenic*, C-453, §31, 14 marzo 2019 (TJUE 2019, 39), *Dunai*, C-118, § 40, 26 marzo 2019 (TJUE 2019, 59), *Abanca*, C-70/17 y C-179/17, § 57, con cita de otras.

de aquel control específico, sino el procedimiento por el que se establece la regla contractual. El art. 8 LCGC impide que pueda hablarse en este punto de laguna legal, pues la remisión al régimen general de contravención a normas imperativas y prohibitivas (art. 6.3 y art. 1255 CC) expresa la consciente decisión del legislador de que la formación del contrato mediante las condiciones generales no justifica la necesidad de reglas específicas para limitar la autonomía de la voluntad, fuera del ámbito de la contratación con consumidores²⁶.

El TS ha afirmado, en coherencia con el diseño legal, que «en nuestro ordenamiento jurídico la nulidad de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino como una técnica de protección del adherente que tiene la condición legal de consumidor o usuario, esto es, cuando este se ha obligado con base en cláusulas no negociadas individualmente»; «lo relevante para controlar el contenido de las condiciones generales impugnadas... no es solamente si el contrato es o no de adhesión, sino si, una vez determinado que las cláusulas no han sido negociadas individualmente, el adherente tiene la consideración legal de consumidor o usuario» (STS 227/2015, de 30 de abril, reiterada en la STS de Pleno 367/2016, de 3 junio, RJ 2016, 2306, doctrina que se mantiene en los años sucesivos).

3. EL CONTROL DE CONTENIDO EN LA CONTRATACIÓN ESTANDARIZADA CON ADHERENTES NO CONSUMIDORES

3.1 Normas sectoriales

La noción de cláusula abusiva se ha integrado en la legislación especial, en escenarios típicos de contratos predisuestos, en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y en la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías²⁷. El legislador se sirve aquí, de un lado, de normas que establecen límites imperativos, se trate o no de condiciones generales²⁸.

²⁶ MIQUEL GONZÁLEZ, 2007, pp. 196 y s.

²⁷ Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, modificada por la Ley 15/2010, de 5 de julio y la Ley 11/2013, de 26 de julio. Con esta norma se incorporó al Ordenamiento español la Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio 2000, modificada por la Directiva 2011/7/UE, de 16 de febrero.

²⁸ El art. 4.1 de la Ley 3/2004 establece como límite máximo imperativo sobre plazos de pago el de 60 días naturales. A pesar de las críticas doctrinales, el TS confirma el carácter imperativo de la norma en la STS 688/2016, de 23 de noviembre (ECLI:ES:TS:2016:5128). En la Ley 15/2009 de transporte terrestre de mercancías, el art. 38.4 prevé la nulidad del pacto contrario a la revisión del precio del transpor-

De otro, de normas que solo pueden ser desplazadas por CGC cuando resulten más beneficiosas para el adherente²⁹. La Ley 3/2004 introdujo además en el art. 9, y en cumplimiento de la Directiva 2000/35/CE (art. 7), la nulidad de toda cláusula contractual relacionada con plazos de pago, el tipo de interés de demora o la compensación por costes de cobro, cuando resulte «*manifiestamente abusiva en perjuicio del acreedor*», estableciendo, en consonancia con la norma comunitaria, las circunstancias a tener en cuenta para apreciar la abusividad, aludiendo, en primer lugar, a «*cualquier desviación grave de las buenas prácticas comerciales, contraria a la buena fe y actuación leal*»³⁰.

Con anterioridad a estas normas y a la propia LCGC, la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro (en adelante, LCS)³¹ anticipa ya requisitos generales de inclusión y el control de contenido en el art. 3. I LCS.

De los dos aspectos que aquí se tratan –la prohibición de cláusulas lesivas y los requisitos de eficacia de las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados– la jurisprudencia se ha ocupado ampliamente del segundo, deslindando las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados que «*deberán ser específicamente aceptadas por escrito*» y las cláusulas de delimitación del riesgo, no sometidas a dicha formalidad. La frontera es ciertamente difusa, pero el concepto jurisprudencial de cláusula limitativa ha sido un cauce recurrente para expulsar del contrato condiciones *sorpresivas*, contradictorias con el contenido natural del contrato conforme a la propia LCS y, en su caso, con las legítimas expectativas del adherente, a la vista de todas las circunstancias, incluido el precio³². Y la misma calificación de cláusulas limitativas se postula para aquellas de redacción oscura, que, a juicio del TS, im-

te en función de la variación del precio del gasóleo, contenido en condiciones generales. El art. 41 se remite en cuanto a los plazos de pago a la Ley 3/2004. También tiene carácter imperativo el régimen de la responsabilidad del porteador del Capítulo V de la Ley 15/2009, según el art. 46.

²⁹ Ley 15/2009, art. 3: «*Salvo expresa estipulación contraria de esta ley o de la legislación especial aplicable, las partes podrán excluir determinados contenidos de esta ley mediando el correspondiente pacto. También podrá ser así, respecto de las condiciones generales de los contratos de transportes cuando sus obligaciones resulten más beneficiosas para el adherente*».

³⁰ Sobre ambas normas, MATO PACÍN, 2017, pp. 114 y ss., 199 y s. y 336 y s.

³¹ BOE 17 octubre 1980.

³² STS 58/2019, de 21 enero (ECLI:ES:TS:2019:162), STS 661/2019, de 12 diciembre (RJ 2019, 5196): «*Un criterio distintivo utilizado para determinar el concepto de cláusula limitativa, es referirlo con el contenido natural del contrato, esto es «[...] del alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora» (SSTS 273/2016, de 22 de abril (RJ 2016, 3846), 541/2016, de 14 de septiembre (RJ 2016, 4109) y 147/2017, de 2 de marzo (RJ 2017, 667)). En este sentido, se atribuye la condición de limitativa a la cláusula sorpresiva que se aparta de dicho contenido. En el mismo sentido, se expresa la STS 715/2013, de 25 de noviembre (RJ 2013, 7637), cuando precisa que «[...] incluso hay supuestos en que las cláusulas que delimitan sorprendentemente el riesgo se asimilan a las limitativas de los derechos del asegurado». La STS Pleno, 421/2020, de 14 julio (ECLI:ES:TS:2020:2500) resume la doctrina al respecto en litigio sobre la cláusula que en un seguro de responsabilidad civil establece un límite cuantitativo para la defensa jurídica (los honorarios de letrado de libre elección).*

pedían conocer los «*específicos límites en los que operan las contraprestaciones de los contratantes, que no pueden quedar indefinidas en el limbo de la incertidumbre o desconocidas para quien concierta el contrato de seguro*»³³. Se requiere «*prestar a los asegurados adherentes la correspondiente protección jurídica para que adquieran constancia real de los riesgos... por una elemental exigencia de transparencia contractual*», finalidad a la que responde el art. 3 LCS³⁴. Cuando una determinada cobertura «*es objetiva y razonablemente esperada por el asegurado, por constituir prestación natural*» de la modalidad de seguro concertado, «*es preciso que la restricción preestablecida cuente con la garantía adicional de conocimiento que implica el régimen de las cláusulas limitativas*»³⁵.

La jurisprudencia también ha explicado, si bien de manera ocasional, la noción de cláusula lesiva, que es «*inválida siempre*», con independencia de su conocimiento y aceptación expresa³⁶. Frente a la opinión de algunos autores, que estimaron derogado por la LCGC el inciso del art. 3 LCS relativo a la proscripción de cláusulas lesivas (por no aplicarse el control de abusividad a contratos entre empresarios), la jurisprudencia, como había defendido otro sector doctrinal, no ha dudado en hacer pasar por este tamiz la cláusula impuesta a un asegurado profesional. Según el TS, merece la consideración de lesiva cuando 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. En este caso, con independencia de que formalmente se exprese el consentimiento, la cláusula es nula en atención a su contenido*»³⁷.

Nótese que esta última afirmación se refiere a un *elemento esencial* del contrato de seguro y relaciona su carácter lesivo con el efecto de la cláusula sobre la obligación fundamental del predisponente, cuya mengua excesiva por mor de la cláusula que delimita la cobertura incide en la base causal del acuerdo. El control de contenido de los elementos esenciales conforme a las normas de consumo, por el contrario, se relaciona en primer término con la insuficiencia de la información precontractual que puede desembocar *per se* en la nulidad

³³ STS 263/2021, de 6 mayo (ECLI:ES:TS:2021:1619), sobre seguro de accidentes y cobertura por invalidez permanente.

³⁴ STS del Pleno 661/2019, de 12 diciembre (ECLI:ES:TS:2019:3943).

³⁵ STS 87/2021, de 17 febrero (ECLI:ES:TS:2021:679), seguro colectivo de vida.

³⁶ STS 273/2016, de 22 abril (ECLI:ES:TS:2016:1662), relativa a la cláusula que en el contrato de seguro de transporte de mercancías excluye de la cobertura las labores de carga y descarga.

³⁷ STS 101/2021, de 24 febrero (ECLI:ES:TS:2021:584), seguro de defensa jurídica, contratado por un taxista junto con el seguro de responsabilidad civil.

de la cláusula por infracción de las exigencias de la denominada «transparencia material», o erigirse en la antesala que permite el juicio de abusividad³⁸.

3.2 Los instrumentos para evitar abusos en la jurisprudencia: antes y después de la LCGC

Con anterioridad a la promulgación de normas *ad hoc* no cabe trazar líneas jurisprudenciales que hubieran esbozado criterios específicos de validez de las CGC, ni hubo concreción de los límites generales del art. 1255 CC para contratos de adhesión. Con todo, se han seguido variados cauces para poner coto a supuestos de manifiesto desequilibrio con los instrumentos que proporciona el Código civil. Por más que el TS reitera que el régimen aplicable es el general de los contratos por negociación, este pronunciamiento se dirige sobre todo a excluir la subsunción del supuesto de hecho en alguno de los apartados de los arts. 85 a 91 TRLGDCU, remitiendo a las normas codificadas. Pero en la interpretación y aplicación de estas últimas, sin duda pesa el procedimiento de formación del contrato.

En cuanto al fundamento de su obligatoriedad, el TS ha rechazado en general, y en el ámbito bancario en particular, que las cláusulas predisuestas puedan valer como uso normativo o, en su caso, uso del comercio conforme al art. 2 CCom, pues «*la existencia de una norma derivada del uso no nace de una voluntad individual, aunque se repita, sino que requiere la convicción de cumplimiento de una norma jurídica, opinio iuris, que a su vez encuentra su origen en una voluntad concorde de las partes, aquí inexistente*»³⁹.

La renuncia al ejercicio de acciones frente al predisponente se ha descartado por falta de consentimiento, pues aquella debe ser «*inequívoca, clara y terminante*». Una manifestación de esta tendencia se observa en la renuncia firmada con ocasión de la cancelación de un contrato de permuta financiera de tipos de interés. El TS ha considerado que «*no se trata de una renuncia en sentido propio*», porque el cliente «*se limita a firmar un documento elaborado*

³⁸ La STS 101/2021, de 24 febrero (ECLI:ES:TS:2021:584) remite en este punto a la STJUE 23 abril de 2015 (TJUE 2015, 179), *Van Hove*, C-96/14.

³⁹ STS 313/1994, de 8 abril (RJ 1994, 2733) en relación a la falta de información sobre el interés remuneratorio «real», «no obstante consignarse el nominal en varias cláusulas». La doctrina se recuerda en la STS 360/2021, de 25 mayo (ECLI:ES:TS:2021:2004), que legitima la cláusula del método de cálculo de los intereses remuneratorios 360/año y 30/mes por ser transparente («*más allá de las dificultades de comprensibilidad intrínseca que puede tener cualquier fórmula matemático-financiera para una persona no experta*») y no abusivo pues, ni beneficia sistemáticamente al banco, ni provoca incremento de los intereses.

y prerredactado por la entidad bancaria a tal efecto y llevado por la confianza en la predisponente y la urgencia de poner fin a una serie de liquidaciones negativas de cuantioso importe». No puede convalidar el error de consentimiento en la contratación del producto ofertado, de modo que, pese a la suscripción de dicho documento, la causa de anulabilidad persiste⁴⁰.

La regla de interpretación del art. 1288 CC ha gozado de indudable protagonismo, con el fin de lograr un resultado favorable a las pretensiones de la parte adherente frente al predisponente que había ocasionado la oscuridad. Instrumento este último muy utilizado en el ámbito del contrato de seguro⁴¹. Cláusulas de limitación o de exoneración de la responsabilidad han sido desactivadas igualmente con este mismo argumento⁴².

Con independencia de la condición subjetiva del adherente, el TS ha restringido la virtualidad de cláusulas de exoneración de responsabilidad mediante la adecuada calificación de la naturaleza del contrato y del alcance de los derechos y obligaciones de las partes, coherente con aquella tipificación⁴³. La identificación de la obligación de la que el predisponente pretendía eximirse como consustancial al tipo de contrato implicaría, de algún modo, vaciar la causa onerosa, por lo que es nula la estipulación que invoca aquél para liberarse⁴⁴.

El control de contenido instaurado por la LGDCU (arts. 82 a 91) no ha recibido aplicación directa en este ámbito, pero no cabe negar su incidencia, produciéndose un trasvase de motivaciones, basados ahora en las normas del CC. En la década de los 90 del pasado siglo no era infrecuente encontrar sentencias que presuponían la aplicación por analogía de las normas de consumo a la contratación con empresarios⁴⁵, mezclándose el discurso con razonamientos

extraídos de la teoría general del contrato⁴⁶. Y parte de la doctrina aboga por extender el control de contenido a los contratos con empresarios, al menos los pequeños y medianos, así como el empresario persona física⁴⁷. La Exposición de Motivos de la LCGC es favorable a esta intelección al decir que podría declararse «la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes» en contratos entre profesionales o empresarios. Aunque advierte que dicha nulidad «se sujetará a las normas generales de nulidad contractual» y «habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas».

La jurisprudencia del nuevo milenio ha puesto especial empeño en subrayar, por el contrario, que el régimen aplicable es el de «los contratos por negociación», negando la expansión del control de contenido propio de los contratos con consumidores⁴⁸. Una característica frecuente en la jurisprudencia española, empero, es conectar el fundamento del carácter abusivo de concretas cláusulas incluidas en la lista de la LGDCU (arts. 85 a 91) con la vulneración de las normas generales del contrato en el CC. La STS 1045/1994, de 19 noviembre ya declaró que la LGDCU «en puridad es toda ella un desarrollo minucioso de la protección que en germen se halla en los artículos 1255 y 1258 CC, que previenen contra las infracciones de la buena fe, del uso, de la Ley»⁴⁹. Condiciones generales que confieren facultades genéricas de modificación unilateral, u otras sancionadas como cláusulas negras en la lista del TRLGDCU, y que entrañan el riesgo de decisión arbitraria sobre la existencia o persistencia del vínculo contractual, se consideran incompatibles con el art. 1256 CC⁵⁰. Esta tendencia a

⁴⁰ SSTS 57/2016, de 12 febrero (RJ 242), 358/2017, de 6 junio (RJ 3495), 132/2021, de 9 marzo (ECLI:ES:TS:2021,865).

⁴¹ La STS 60/2021, de 8 febrero (ECLI:ES:TS:2021:356), contiene un ilustrativo resumen sobre la aplicación jurisprudencial de la regla del art. 1288 CC en el contrato de seguro, siendo el caso debatido el de cobertura del riesgo de invalidez por cualquier causa y la controversia se centra en la interpretación de la póliza al definir dicho riesgo.

⁴² Por ejemplo, en contratos bancarios SSTS 865/1994, de 4 octubre (RJ 1994, 7451), 1013/1994, de 15 noviembre (RJ 1994, 8488).

⁴³ Sirva como ejemplo la jurisprudencia en relación con los deberes de custodia en el contrato de aparcamiento en la STS 849/1996, de 22 octubre (RJ 1996, 7238), materia luego regulada en la Ley 40/2002, de 14 de noviembre.

⁴⁴ Por ejemplo, en la jurisprudencia en torno al contrato de leasing y las cláusulas de exoneración de la responsabilidad de la obligación de entrega (STS 3 febrero 2000, RJ 2000, 621) o por vicios ocultos, al supeditar la validez de esta última a que exista una cesión de acciones contra el proveedor y a favor del usuario: SSTS 24 mayo 1999 (RJ 1999, 3927), 5 marzo 2003 (RJ 2003, 2452). Según la primera, la exoneración de responsabilidad sin aquella subrogación conduciría a «la más absoluta indefensión y propicia toda suerte de fraudes y abusos contra el usuario». Sobre esta jurisprudencia y la doctrina al respecto, v. MATO PACÍN, 2017, pp. 209, 292 y s.

⁴⁵ Cfr. CARRASCO PERERA 2021, p. 858.

⁴⁶ Por ejemplo, sobre la cláusula de sumisión. Respecto de consumidores se utilizaba el argumento de su abusividad, mientras que en contrato de adhesión celebrado con otro empresario se expulsaba por la vía de apreciar falta de consentimiento, sin que bastara la aceptación genérica del clausulado: STS 274/1999, de 15 de marzo (RJ 1999).

⁴⁷ V. el amplio análisis de ALBIEZ DOHRMANN, 2009, *passim*, y MATO PACÍN, 2017, *passim*.

⁴⁸ CÁMARA LAPUENTE, 2017, pp. 212 y s. Téngase en cuenta, no obstante, que la mayoría de las sentencias pronunciadas a partir de 2015 se refieren a la cláusula suelo y a la inaplicabilidad del control de transparencia material.

⁴⁹ RJ 1994, 8539, cláusula penal. La STS 106/2010, de 14 febrero (cláusula penal en contrato entre empresarios que no se modera), describe *obiter dicta* el contrato leonino, expresión que «alude a aquellos contratos onerosos en que se estipulan todas las ventajas para una de las partes y los inconvenientes para la otra», que pueden presentarse en la realidad práctica con «gran variedad morfológica», por lo que «será preciso que se concreten los particulares que, explícita o implícitamente, dan lugar a la situación de desmesura jurídica». «La calificación de un contrato o de una cláusula como leonina puede dar lugar a su declaración de nulidad, o en su caso a la corrección por desorbitada o desproporcionada, o a su moderación, en atención a los preceptos de los arts. 1255, 1275, 7.1 y 7.2, 1258 y 1154, todo ellos del CC».

⁵⁰ Por ejemplo, en la STS de 4 diciembre 1998 (RJ 1998, 8788) sobre cláusula de reserva de modificación unilateral (art. 85.3 TRLGDCU) por parte del promotor en compra sobre plano, que es una «aventura basada en la buena fe» y ha de responder a las expectativas suscitadas por la publicidad y el clausulado contractual.

respaldar el argumento con la cita de los límites generales de la autonomía privada se observa igualmente al resolver sobre acciones colectivas de nulidad y cesación⁵¹. Se trata, en definitiva, de razonamientos que cabría extrapolar a contratos con empresarios, a partir de las normas codificadas⁵².

Se ha propuesto, en fin, utilizar la buena fe del art. 1258, como criterio de validez. La buena fe en este precepto impone, dice Miquel, «*contenidos contractuales no pactados expresamente*», que se «*imponen a la voluntad de las partes*». Y esta concepción de la integración contractual «*presenta estrecho parentesco con la función de control de contenido mediante la cláusula general de la buena fe de los arts. 80 y 82 [TRLGDCU]*». «*No hay gran diferencia entre imponer un contenido contractual en contra de la voluntad de una de las partes y excluir un contenido contractual también en contra de uno de los contratantes (el predisponente)*»⁵³. El TS no parece proclive a este entendimiento, considerando que con base en este precepto «*no puede pretenderse que se declare la nulidad de determinadas condiciones generales que deban ser expulsadas de la reglamentación contractual y tenidas por no puestas*»⁵⁴. Mas, negada la aplicación a los empresarios del control de transparencia material, se ha mostrado favorable al recurso a la buena fe del art. 1258 del CC y del art. 57 CCom ante el desequilibrio provocado por cláusulas sorpresivas, que frustran las legítimas expectativas del adherente. Aquellas que, según la STS de Pleno 367/2016, de 3 junio⁵⁵, «*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)*». Y esta conclusión se refuerza con la invocación de los PECL que, amén de esta-

⁵¹ Por ejemplo, en la extensa STS 792/2009, de 16 diciembre (ECLI:ES:TS:8466), sobre cláusulas abusivas en contratos bancarios, comentada por GONZÁLEZ PACANOWSKA, *CCJC*, 2010, pp. 1645 y s., p. 1724.

⁵² Cfr. CARRASCO, 2021.

⁵³ MIQUEL GONZÁLEZ, 2011, p. 736. DE CASTRO (1961, p. 331) ya advertía que las CGC podían ser impugnadas por ser contrarias a la buena fe, o si constituyen un abuso de Derecho. ALBIEZ, 2009, p. 218 y s. MIRANDA SERRANO, 2018, pp. 50 y ss.

⁵⁴ STS 227/30 abril 2015, ECLI:ES:TS:2015:1923. Compraventa entre promotora y adherente no consumidor, respecto de una cláusula cuyo contenido desequilibrado no se alcanza a ver, como tampoco la oscuridad, además de apreciar el TS que se trataba de una pretensión oportunista por parte de quien comparaba para especular. STS 702/2018, de 13 diciembre (ECLI:ES:TS:2018:4568), cláusula suelo.

⁵⁵ ECLI:ES:TS:2016:2550.

blecer el principio general de actuación conforme a la buena fe, prevén el control de contenido, sea cual fuere la condición del adherente⁵⁶. La doctrina se reitera en sentencias posteriores, haciendo especial hincapié en la importancia, no solo de la correcta información, sino también de la diligencia exigible al adherente, en función de sus circunstancias subjetivas (personalidad jurídico-mercantil, volumen de negocio, estructura societaria, conocimientos financieros, asesoramiento, etc.). La carga de la prueba recae sobre el adherente, tanto por lo que respecta al carácter sorprendente de la estipulación que desnaturaliza el contrato y frustra sus legítimas expectativas, como en lo referente a sus circunstancias personales⁵⁷.

3.3 Las condiciones generales de la contratación como parte de la teoría general del contrato. Integración en el CC

Tanto en los instrumentos de *soft law* europeo (PECLy DCFR), como en la *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* de la Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil (2009)⁵⁸, la disciplina de las condiciones generales de la contratación se integra dentro de la teoría general del contrato. La modelos son variados en cuanto a la ubicación sistemática de los distintos aspectos del régimen de las CGC, pero comparten el común denominador de introducir una regla general de control de contenido cuyo ámbito de aplicación se extiende a todos los contratos, también los celebrados entre empresarios.

La formulación de esta regla es similar, en general, a los términos de los arts. 3.1 y 4 de la Directiva 93/13. El parámetro para el control de contenido es el desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes, en contra de la buena fe. La cláusula general requiere para su apreciación un análisis circunstanciado que atienda a la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, las demás cláusulas, así como todas las circunstancias concurrentes en su celebración. Y se excluyen del control las cláusulas relativas al objeto del contrato y a la adecuación entre el precio y la contraprestación⁵⁹.

⁵⁶ V. *infra*, apartado 3.4.

⁵⁷ STS 30/2017, de 18 enero (RJ 2017, 922). V. CÁMARA LAPUENTE, 2020, *passim*.

⁵⁸ Arts. 1261 a 1264 PMCC., dentro Tit. II, Cap. I, *De la formación del contrato*. La Propuesta de Código civil de la APDC (2018). <https://www.derechocivil.net/publicaciones/propuesta-codigo-civil>, sigue su estela, con algunas diferencias: Libro VI, Cap. V, *Del contenido del contrato*, Sección 2.^a

⁵⁹ PECL: art. 4:110. El DCFR diferencia entre el parámetro aplicable a contratos entre empresarios y consumidores (art. II.-9:403), contratos entre «no profesionales» y contratos entre empresarios (arts. II.-9:403 y 9:405), con la misma exclusión (art. II.-9:406).

En algunos países, la integración en el Código civil es una realidad. En Alemania, la *AGBG* de 1976, se incorporó al *BGB* en 2002, dentro del marco de la modernización del Derecho civil (§§ 305 a 310). Y la reforma del Derecho de los contratos en Francia ha llevado al art. 1171 del *Code* la norma que reputa no escrita en un contrato de adhesión a toda cláusula no negociable (*non négociable*), predispuesta por una de las partes, que genere un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes. Esta apreciación no alcanzará al objeto principal del contrato ni a la adecuación del precio a la prestación⁶⁰.

El desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones, en contra de la buena fe, se erige en el nuevo enunciado de los límites de la autonomía privada para diseñar el marco en el que las condiciones generales son válidas. Habida cuenta de que la virtualidad del art. 1255 CC, en la práctica, se ha circunscrito generalmente a comprobar el respeto a las normas imperativas, con muy escasa presencia de la moral y del orden público como límites efectivos, la extensión del control para abarcar a cualquier adherente sería conveniente, en el sentido propugnado por un importante sector de la doctrina, sin perjuicio de que en la contratación con consumidores puedan adoptarse o mantenerse criterios más estrictos. En último término, el problema de la validez de las condiciones generales entronca con los principios que presiden la regulación del mercado, con todos sus protagonistas.

4. EL CONTROL DE CONTENIDO EN LOS CONTRATOS CON ADHERENTES CONSUMIDORES. EL TJUE, EL TRLGDCU Y EL CÓDIGO CIVIL

4.1 La Directiva 93/13 y el Derecho nacional. ¿Disrupción o armonía?

La Directiva 93/13 establece, según la Comunicación de la Comisión de 27 de septiembre 2019, un instrumento «central para lograr la equidad en el mercado interior», pero, con carácter de mínimos (art. 8) e inevitablemente incompleto. Las normas y principios codificados intervienen de modo necesario para conformar el régimen aplicable. Las propuestas europeas de introducir una disciplina completa «de máximo» de los contratos con consumidores fracasaron, precisamente porque la íntima conexión entre la apreciación de la abusividad (y sus consecuencias) y el Derecho interno hubiera requerido

⁶⁰ El art. 1171 *Code* tuvo una primera redacción introducida por la *Ordonnance* n.º 2016-131, de 10 de febrero, y ha sido modificado por la Ley n.º 2018-287, de 20 de abril de 2018, para precisar que ha de tratarse de cláusula *non négociable* y predispuesta.

una armonización plena del Derecho contractual; intento que desencadenó enconadas críticas⁶¹.

La doctrina vinculante del TJUE⁶², eclosionada a partir de 2008 y con muchos asuntos procedentes de los tribunales españoles⁶³, ha precisado el significado europeo, de algún modo «autónomo», de conceptos utilizados por el legislador comunitario. Los criterios establecidos a lo largo de los años han alcanzado una considerable dosis de concreción, pero las pautas del Tribunal de Luxemburgo no siempre guardan la deseable claridad ni sucesiva coherencia, situación a veces provocada por el defectuoso planteamiento de las cuestiones prejudiciales junto a un conocimiento sesgado del Derecho interno. Las resoluciones dictadas al resolver las cuestiones prejudiciales concluyen con enunciados de alcance general, mas difícilmente cabe desligar su entendimiento de las circunstancias concretas que motivaron aquellas, ni, probablemente y aunque no se explicita, del contexto económico y social. Las Directrices presentadas en la Comunicación de la Comisión de 27 septiembre 2019 se hacen eco de esa «cierta falta de claridad» con respecto a la interpretación de la Directiva y de ahí que se presente la Guía, pero advirtiendo que es un documento de orientación y que las interpretaciones autorizadas de la ley deben derivarse del texto de la Directiva 93/13 y «directamente de las resoluciones del Tribunal dictadas hasta la fecha y de las que se dictarán en el futuro»⁶⁴.

El régimen de las cláusulas abusivas en la propia Directiva y en la jurisprudencia del TJUE sigue reclamando no obstante la interacción con las normas nacionales para delimitar el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, fundamentalmente en los tres ámbitos que siguen, que aquí se ilustran con ejemplos del TJUE, en cuestiones procedentes de España, así como del TS.

(i) Las cláusulas que reproducen normas imperativas, el *ius cogens* del contrato celebrado, así como las que reflejan la norma dispositiva aplicable, en defecto de estipulación contractual, están excluidas del juicio sobre abusividad (art. 1.2 Directiva 93/13 y art. 4. II LGDCU), haya sido o no objeto de negociación individual su inclusión en el contrato. Exclusión que se justifica porque es «legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes

⁶¹ V. en relación con la parcialmente fracasada Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo sobre derechos de los consumidores de 8 de octubre de 2008 (COM, 2008, 614 final), JANSEN, 2018, pp. 926 y s.

⁶² Art. 4 bis LOPJ.

⁶³ GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015, p. 1029.

⁶⁴ Comunicación de la Comisión, «Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE», 27.9.2019, C 323/4.

en determinados contratos». Siendo una excepción es de «interpretación estricta», aunque comprende a la disposición imperativa adoptada después de la celebración del contrato para reemplazar precisamente a la cláusula contractual abusiva⁶⁵. No quedaba excluido, por ejemplo, el índice IRPH cajas, pues reproducía un índice de referencia oficial que no era de aplicación imperativa cuando el contrato se celebró, ni constituía derecho supletorio aplicable en defecto de acuerdo⁶⁶.

(ii) En segundo lugar, el TJUE ha reiterado desde *Aziz* el lugar central, pero en modo alguno exclusivo, que ocupa el Derecho nacional como término de comparación a la hora de valorar el juez el importante desequilibrio en contra de la buena fe (art. 3.1 Directiva 93/13 y art. 82.1 TRLGDCU)⁶⁷. El perjuicio puede derivar de una restricción del contenido de los derechos legales internos, de un obstáculo para su ejercicio, o de la imposición de obligaciones adicionales, no previstas por las normas nacionales. Y lo anterior sin perjuicio de la relatividad del concepto de abuso, que habrá de tener en cuenta las legítimas expectativas del consumidor, si este habría aceptado la misma cláusula en un contrato negociado de modo leal, así como todas las circunstancias que concurran en la celebración, en los términos señalados por el art. 4.2 Directiva 93/13 y el art. 82.3 TRLGDCU⁶⁸. Esto no implica, naturalmente, que en los contratos con consumidores queden proscritas las alternativas previstas en el CC que puedan derivar en una mayor onerosidad para aquellos. Con cierta incorrección técnica, el TS rechaza con buen criterio la pretensión de que se declare abusiva la renuncia al beneficio de excusión en un pacto de fianza solidaria, conocida y aceptada por el fiador, diciendo que el «derecho dispositivo» de la fianza solidaria excluye por sí mismo tanto el beneficio de excusión como el de división y no desnaturaliza la subsidiariedad de la fianza, subordinada al previo incumplimiento del deudor principal⁶⁹.

(iii) Por último, en cuanto a la nulidad de las cláusulas abusivas y, sobre todo, lo relativo a las consecuencias de aquella declaración (art. 6.1

⁶⁵ STJUE de 20 septiembre 2018 (ECLI:EU:C:2018:750), *OTP Bank Ilyés y Kiss*, C-51/17, §§ 53 y s. con cita de otras.

⁶⁶ STJUE de 3 marzo 2020 (ECLI:EU:C:2020:138), *Gómez del Moral*, C-125/18, §§ 33 y 37.

⁶⁷ STJUE de 14 marzo 2013 (TJUE 2013, 89), *Aziz*, C-415/11, § 68.

⁶⁸ STJUE de 16 enero 2014 (TJUE 2014, 7), *Constructora Principado*, C-226/12, § 23. STJUE de 26 enero 2017 (TJUE 2017, 31) *Banco Primus*, C-421/14, § 59 y 67. Sobre la relatividad del concepto de cláusula abusiva, v. GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015, pp. 1120 y ss.

⁶⁹ STS 56/2020, de 27 enero (ECLI:ES:TS:2020:164). Y otra cosa, advierte el Supremo, es que pudiera predicarse la nulidad del propio contrato de fianza, cuya imposición se añada al contrato principal como si de una cláusula del mismo se tratara, con infracción del art. 88.1 TRLGDCU, por resultar desproporcionada en relación con el riesgo asumido por el acreedor. Respecto del pacto de solidaridad en la fianza, reitera esta doctrina la STS 101/2020, de 12 febrero (ECLI:ES:TS:2020:336).

Directiva 93/13, art. 83 TRLGDCU), se encomienda al Derecho nacional, tanto la articulación técnica del régimen de ineficacia, siempre que se garantice la no vinculación del consumidor, cuanto la decisión sobre la subsistencia o no del contrato sin la cláusula abusiva, y, cuando proceda, las fuentes de integración de la laguna contractual originada por la eliminación de aquella. Siempre con el respeto a las máximas que en esta materia ha ido estableciendo el TJUE.

En los siguientes epígrafes se analizan algunas de las cuestiones que han cobrado especial interés en el último decenio, y han constituido, hasta cierto punto, el banco de prueba para calibrar la tensión entre los instrumentos surgidos al hilo de la aplicación de las normas de consumo (y su interpretación por el TJUE) y las reglas codificadas. La reiterada utilización de conceptos válida en las normas que describen el supuesto de hecho de la abusividad y su consecuencia jurídica confiere un espacio considerable a la valoración judicial que intensifica la importancia de la labor de la jurisprudencia en su misión de complementar el ordenamiento jurídico (art. 1. 6 CC). El TJUE ha reiterado, en este sentido, que «no puede excluirse que los órganos jurisdiccionales superiores de un Estado miembro estén facultados, al ejercer su función de armonización de la interpretación del Derecho y en aras de la seguridad jurídica, dentro del respeto de la Directiva 93/13, para elaborar determinados criterios que sirvan de guía a los tribunales inferiores a la hora de examinar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales»⁷⁰.

4.2 Nacimiento, auge y contención del control de transparencia material

a) LA INTRODUCCIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL

La STS de 9 mayo 2013 decidió en acción colectiva sobre la nulidad por abusiva de la cláusula suelo⁷¹, introduciendo en el sistema un control de con-

⁷⁰ STJUE de 7 agosto 2018 (TJUE 2018/247) *Banco de Santander*, C-96/16 y -94/17, §§ 68 y 69, en relación con el criterio del TS español de estimar abusiva la cláusula de interés moratorio que supere en más de dos puntos porcentuales el interés remuneratorio. Doctrina reiterada en la STJUE de 14 marzo 2019 (ECLI:EU:C:2019:207), *Dunai*, C-118/17, § 64, «siempre que no impidan al juez competente ni asegurar la plena eficacia de las disposiciones de dicha Directiva y ofrecer al consumidor un recurso efectivo para la protección de los derechos que esa norma le pueda reconocer ni plantear una decisión prejudicial al Tribunal de Justicia».

⁷¹ RJ 2913, 3088.

tenido aplicable a lo que consideró ser el objeto principal del contrato⁷². El TS dio por sentado que en el Derecho español debía afirmarse la exclusión de los elementos esenciales del juicio de abusividad, en los términos señalados por el art. 4.2 de la Directiva 93/13, a pesar del silencio de la norma interna, y siempre que se hubieren redactado de manera clara y comprensible⁷³. Al mismo tiempo, creó para dichos elementos la exigencia de la transparencia material que se conecta por el TS, no con el estricto cumplimiento de los requisitos de incorporación, sino con la información precontractual. Incumbe al predisponente proporcionar toda la necesaria para que el adherente quede perfectamente informado de la carga económica y jurídica que el contrato implica y en situación de comparar *ex ante* las ofertas del mercado, sin verse expuesto a una cláusula que contraría su legítima expectativa de beneficiarse del abaratamiento del crédito con el descenso del tipo de interés variable, al tiempo que limita en beneficio exclusivo del predisponente la exposición a dicho riesgo. Lo relevante, dice el TS, «no es la alteración del equilibrio objetivo entre precio y contraprestación que con carácter general no es controlable por el Juez, sino del equilibrio subjetivo, es decir tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concretas en la contratación»⁷⁴. Cuando las cláusulas relativas al objeto del contrato «no han sido conocidas y valoradas antes de la celebración del mismo por un defecto de transparencia, falta la base que permite excluir tales cláusulas del control de contenido»⁷⁵.

El extraordinario incremento de la litigiosidad a raíz de este pronunciamiento, y el colapso judicial subsiguiente, probablemente expliquen que la Ley 5/2019, LCCI, haya optado sin más por prohibir el límite a la baja en los contratos de préstamo hipotecario comprendidos en su ámbito de aplicación con tipo de interés variable (art. 21.3 LCCI).

⁷² Calificación de objeto principal más que discutible. De otro lado, la STJUE de 3 junio 2010 (TJUE 2020, 162), entendió que en España no regía la exclusión del art. 4.2 de la Directiva 93/13. Y esta apreciación se reitera en la Comunicación de la Comisión de 27.09.2019. Es más, en varias sentencias del TS se dio por descontado que la norma no regía, lo que no significaba un control de precios, sino simplemente evitar la discusión previa sobre cláusulas cuya abusividad se argumentaba con criterios estrictamente jurídicos. Sobre esta cuestión, las opiniones de la doctrina y la evolución de la jurisprudencia, v. GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015, pp. 1134 y ss.

⁷³ Apreciación esta última que, como ha reiterado el TJUE, implica «la obligación no solo de que la cláusula considerada sea comprensible para el consumidor en un plano formal y gramatical, sino también de que posibilite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto de dicha cláusula y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras»: STJUE de 10 junio 2021 (ECLI:EU:C:2021:469) BNP Paribas, C-609/19.

⁷⁴ STS de Pleno 138/2015, de 24 marzo (ECLI:ES:TS:2015:1279). Parece innegable la influencia de la doctrina desarrollada por PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2004, *passim*.

⁷⁵ STS 367/2017, de 8 junio (ECLI:ES:TS:2017:2244).

La cláusula suelo abrió además otro frente de controversia judicial recurrente con la impugnación de los acuerdos privados que proliferaron a raíz de la STS de 9 mayo 2013. Se proponía a los prestatarios la firma de un documento de modificación a la baja del suelo inicial y de correlativa renuncia al ejercicio de acciones, en un contexto en el que el TS había limitado la restitución de las cantidades indebidamente percibidas a las posteriores a la sentencia de 9 de mayo de 2013, y antes de que el TJUE dijera que la restitución habría de comprender todo lo cobrado indebidamente⁷⁶. Tras alguna vacilación inicial⁷⁷, el TS ha terminado por adoptar una solución de algún modo salomónica, con un razonamiento técnicamente defectuoso. Admite la validez de la modificación a la baja del límite originario, que mantiene, reducida, su virtualidad para el futuro. Aunque se trate, de nuevo, de una cláusula predisuelta no negociada, se juzga (en general) que el prestatario había contado ya, a la vista de las circunstancias, con elementos suficientes para conocer la controversia sobre su validez y conocía, por propia experiencia, su incidencia sobre la carga económica del contrato, cumpliéndose así el patrón de transparencia material. La renuncia correlativa de acciones se desgaja, sin embargo, del «pretendido» acuerdo transaccional, por decirse que es genérica y por ello abarca cuestiones ajenas a la controversia subyacente⁷⁸. Se sigue aquí la doctrina del TJUE, al que se planteó esta cuestión. Si la renuncia se hubiere limitado expresamente a la pretensión relacionada con la propia cláusula suelo, podría ser abusiva por ausencia de información pertinente sobre las consecuencias de aquella. Pero la renuncia «en lo referente a controversias futuras, a las acciones judiciales basadas en los derechos que le reconoce la Directiva 93/13 no vincula al consumidor», con información o sin ella⁷⁹.

⁷⁶ STJUE de 21 diciembre 2016 (TJUE 2016, 309) *Gutiérrez Naranjo*, C-154/15, C-307/13, C-308/15.

⁷⁷ Frente a lo dicho en la STS 588/2017, de 16 octubre (RJ 2017, 4332), que apreció la nulidad de la modificación e invocó el art. 1208 CC, el TS rectificó este entendimiento en la STS 489/2018, de 13 septiembre (ECLI:ES:TS:2018:3098), diciendo que la referencia a este precepto es improcedente, porque el acuerdo de modificación del límite inferior a la variabilidad del interés no era una novación *extintiva*. Con todo, y desde la perspectiva del TJUE que admite en este punto el ejercicio de la autonomía del consumidor plenamente informado, podría considerarse aplicable el último inciso del art. 1208 CC, y entender que mediante el acuerdo válido posterior se convalida la cláusula originaria. Pero el propio TS ha negado reiteradamente que pueda acudir en este contexto a las ideas de confirmación y extinción de la acción de nulidad (arts. 1309 y 1313 CC), diciendo que no resultan de aplicación a los casos de nulidad absoluta (v. las sentencias que se citan en la nota siguiente).

⁷⁸ Lo que no casa con el criterio de interpretación del art. 1815 CC. La STS 675/2020, de 15 diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4251) constituye, por el contrario, un buen ejemplo técnico de la validez de la cláusula de renuncia «en el marco de una transacción», cuya validez conlleva que «los prestatarios carecieran de legitimación para instar la nulidad de aquella originaria cláusula suelo y la reclamación de cantidad».

⁷⁹ La STS 581/2020 de 5 noviembre (ECLI:ES:TS:2021:3593) desarrolla esta doctrina, encontrándose ya con el aval de la STJUE de 9 julio 2020 (ECLI:EU:C:2020:536) *Ibercaja*, C-452/18. A la largo del año 2021 el TS se ha referido en múltiples ocasiones a esta cuestión, con reiteración prácticamente literal

Se pone de relieve a propósito de estos acuerdos la doctrina del TJUE sobre la autonomía del consumidor ante una cláusula abusiva. A pesar de exigir a los Derechos nacionales que la ineficacia de las cláusulas abusivas y su tratamiento procesal tengan un régimen equivalente al previsto en el ordenamiento interno para las estipulaciones contrarias al orden público, advierte desde hace años que debe no obstante respetarse la autonomía del consumidor dentro del proceso, cuando el Juez aprecia de oficio el carácter abusivo de una cláusula. Este respeto se traduce en que debe prevalecer la decisión del consumidor favorable al mantenimiento de la cláusula, contando ya con toda la información pertinente y suministrada por el Juez sobre su carácter abusivo. En tales circunstancias el Juez se «*abstendrá*» de no aplicarla⁸⁰. Abierto este espacio, el TJUE admite ahora que esa autonomía pueda también ser ejercitada de modo extrajudicial, una vez que ha surgido la controversia o está latente. Bien porque la modificación o la renuncia se negocian, bien porque el adherente ha recibido información adecuada sobre el significado de la modificación predispuesta y sobre las consecuencias jurídicas y económicas de su propia renuncia. El art. 6. 1 de la Directiva 93/13 «*no se opone a que una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuyo carácter abusivo puede ser declarado judicialmente, pueda ser objeto de un contrato de novación entre ese profesional y ese consumidor, mediante el cual este último renuncia a los efectos que pudieran derivarse de la declaración del carácter abusivo de esa cláusula, siempre que la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado, por parte del consumidor, extremo este que corresponde comprobar al juez nacional*»⁸¹.

b) TRANSPARENCIA Y VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

Las continuas referencias por parte del TS a la discordancia entre el contenido que se podía representar el consumidor con base en la información precontrac-

de la misma doctrina. Entre otras muchas, SSTS 32/2021, de 26 enero (ECLI:ES:TS:2021:125), 86/2021, de 17 febrero (ECLI:ES:TS:2021:529), 441/2021, de 23 junio (ECLI:ES:TS:2021:2518), 495/2021, de 6 julio (ECLI:ES:TS:2021:2656), 536/2021, de 15 julio (ECLI:ES:TS:2021:2905), 834/2021, de 1 de diciembre (ECLI:ES:TS:2021:4389). Por otra parte, la doctrina del TJUE en esta materia se confirma en el Auto de 3 marzo 2021 (JUR 2021, 73434), *Ibercaja Banco*, C-13/19, indicándose (§ 74) que la información que debe suministrar el profesional ha de situar al consumidor en «*condiciones de comprender las consecuencias jurídicas y económicas determinantes que para él se derivan de la celebración de ese contrato de novación*».

⁸⁰ SSTJUE de 4 junio 2009 (TJUE 2009, 155), *Pannon*, C-243/08, §§ 33 y 35; 21 febrero 2013 (TJUE 2013, 46) *Banif*, C-472/11, § 41; 26 marzo 2019 (TJUE 2019, 59), *Abanca*, C-70/17 y C-179/17, § 52. V. PAZOS CASTRO, 2017, pp. 716 y s.

⁸¹ STJUE de 9 julio 2020 (ECLI:EU:C:2020:536) *Ibercaja*, C-452/18, § 38, al resolver sobre los acuerdos de modificación y de renuncia de cláusulas suelo.

tual y la realidad del suelo⁸² constituyen buena muestra de la relación con los vicios de la voluntad, que no tienen cabida en el ejercicio de una acción colectiva.

La ocultación podría conformar, desde la perspectiva del CC, un supuesto de dolo incidental, con la consecuencia indemnizatoria del art. 1270. II CC, sin acarrear la nulidad de todo el contrato⁸³.

De otro lado, la conexión con los vicios del consentimiento se evidencia en la amplia jurisprudencia sobre contratos de permuta de tipos de interés, contratos afines o productos financieros complejos. El TS ha ido asentando desde 2014 una presunción de error excusable e invalidante sobre los riesgos del producto contratado, a partir del incumplimiento de los deberes de información o su insuficiencia⁸⁴. Si bien, es igualmente doctrina constante, con alguna inflexión, que el error debe ser esencial y determinante; de ahí que provoque la anulación de todo, no de alguna cláusula en particular⁸⁵. Precisamente esta última razón constituye una de las diferencias entre el control de abusividad por falta de transparencia material y la anulación por error, que «*afecta al contrato en su totalidad y las partes deben restituirse recíprocamente todo lo percibido de la otra en virtud del contrato, con sus frutos e intereses*». Afirmación esta última que un sector de la doctrina no comparte, pues la anulación por vicio podría afectar únicamente a una cláusula, dejando subsistente el resto. El TS ha señalado todavía otra diferencia, al decir que en la evaluación de la transparencia «*se realiza un control más objetivo de la cláusula y del proceso de contratación*» y por ello puede ser apreciada en el ejercicio de una acción colectiva, mientras que en el error «*las circunstancias personales de los contratantes son fundamentales para determinar tanto la propia existencia del error como...la excusabilidad del mismo*»⁸⁶. Pero esta segunda nota, con la que se pretende el deslinde entre transparencia material y vicios de la voluntad, ni es pacífica en la doctrina, ni el TS la ha entendido igual en todos los

⁸² 705/2015, de 23 diciembre (RJ 2015, 5714) constituye un ejemplo elocuente, al decir que la cláusula suelo no es transparente porque «*puede inducir a error al cliente sobre un aspecto fundamental del contrato y llevarle a adoptar una decisión irracional, esto es elegir una oferta cuyo tipo variable es inferior pero que, por efecto de la cláusula-suelo, en realidad lo es a un tipo superior durante la vida del contrato*».

⁸³ PANTALEÓN PRIETO, 2017, indemnización que, *in natura*, se traduce en la eliminación de la cláusula.

⁸⁴ Sobre esta evolución y su indiscriminada extensión, AGÜERO ORTIZ, 2020, pp. 182 y ss., 270 y ss.

⁸⁵ Sobre la tesis dominante de la nulidad total, v. por ejemplo SSTS STS 80/2021, de 15 febrero (ECLI:ES:TS:2021:492)(multidivisa), 90/2021 de 17 febrero (ECLI:ES:TS:2021:498) (derivado implícito), STS 642/2020, de 27 noviembre, (ECLI:ES:TS:2021:4015) (multidivisa); STS 666/2020, de 11 diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4071) multidivisa. Admiten nulidad parcial, si así se solicitó en la demanda, sin que se suscitara oposición por este motivo, que surge como cuestión nueva en casación, entre otras: STS 390/2021, de 8 junio (ECLI:ES:TS:2021:2293, multidivisa); STS 343/2020, de 23 junio (ECLI:ES:TS:2020:2004, derivado implícito); STS 664/2019 de 16 diciembre, (ECLI:ES:TS:2019:3919, derivado implícito); STS 608/2017, de 15 noviembre, (ECLI:ES:TS:2017:3893, multidivisa).

⁸⁶ STS 367/2017, de 8 junio (ECLI:ES:TS:2017:2509).

supuestos que se han cobijado bajo la sanción de falta de transparencia material⁸⁷. Los parámetros que se establecieron en 2013 «no pueden ser entronizados como reglas absolutas de valoración de todo tipo de condiciones generales». La admisibilidad del control abstracto de transparencia «queda reducida a la concurrencia de prácticas estandarizadas de comercialización muy claras que, por sí mismas, pongan en evidencia la falta de transparencia»⁸⁸.

La diferencia de trato entre uno y otro fundamento produce situaciones perplejas. La demanda de nulidad de una cláusula de opción multidivisa sobre la base del error y el incumplimiento de deberes de información precontractual podrá ser desestimada por no tratarse de instrumento financiero complejo, no ser aplicable en consecuencia la doctrina sobre presunción de error desarrollada para tales productos, ni ser admisible la nulidad parcial⁸⁹. La vía, entonces, se dirá, es la transparencia material. Cuando la pretensión de nulidad se plantea por un adherente no consumidor motivada por la falta de transparencia, empero, invoca una norma que no le es aplicable, e incurre en incongruencia la sentencia que estime su pretensión por razón de error, por no haber sido esta la acción ejercitada y porque el error no puede afectar a una sola cláusula⁹⁰. La petición del consumidor de que se anule un contrato de *swap* por error vicio podría decaer por caducidad de la acción, pero no impide que se aprecie la abusividad de algunas cláusulas del contrato por falta de transparencia y que se declare la nulidad de todo el contrato, con recíproca restitución de prestaciones⁹¹.

c) EL REDUCTO DE LA TRANSPARENCIA MATERIAL COMO MOTIVO AUTÓNOMO DE INVALIDEZ. PONDERACIÓN Y COMPROBACIÓN DEL DESEQUILIBRIO

Instalada y afianzada la transparencia material para eliminar la cláusula suelo⁹², su alegación como fundamento de la pretensión de nulidad se difunde

⁸⁷ Cfr. CÁMARA LAPUENTE, 2016, pp. 1742 y s. Doctrina reflejada, por ejemplo, en la STS 642/2020, de 27 noviembre (ECLI:ES:TS:2020:4015): «aunque el juicio propio del control de transparencia es abstracto», de la fase precontractual y a la vista de las circunstancias concurrentes se deduce que la información prestada permitió al consumidor alcanzar el grado de conocimiento suficiente.

⁸⁸ STS 408/2020, de 7 julio (ECLI:ES:TS:2020:228), acción colectiva de cesación de determinadas cláusulas de contrato de permuta financiera. El TS afirma que «la acción colectiva restringe lo que puede ser objeto de prueba a lo que puede apreciarse de forma generalizada. Lo que es difícilmente conciliable con realidades contractuales complejas en cuya gestación y perfección confluyen múltiples factores individuales (no generalizables)».

⁸⁹ STS 435/2020, de 15 julio (ECLI:ES:TS:2020:2523). STS 341/2021, de 18 mayo (ECLI:ES:TS:2021:1941), con cita de otras.

⁹⁰ STS 347/2018, de 7 junio (ECLI:ES:TS:2018:2093), cláusula suelo.

⁹¹ STS 47/2021, de 2 febrero (ECLI:ES:TS:2021:269). Nótese que los consumidores demandantes se habían beneficiado inicialmente de liquidaciones positivas, sufriendo más tarde elevadas pérdidas.

⁹² En algunos supuestos, con todo, se juzgará negociada o, al menos, transparente, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, sin que esté clara la frontera. Por ejemplo, SSTS 489/2018, de 13 sep-

cual comodín en múltiples escenarios. La jurisprudencia, a partir de 2015, ha ido rebajando la aparente solidez de este edificio, erigido sobre la cláusula suelo, circunscribiendo prácticamente su virtualidad como causa de nulidad autónoma a los préstamos hipotecarios en moneda extranjera, objeto de reiterados pronunciamientos, tanto del TS como del TJUE⁹³. El TS asumió la doctrina del TJUE⁹⁴ contraria a calificar el supuesto como servicio o actividad de inversión y su sometimiento a la legislación del Mercado de Valores, pero lo convirtió en el nuevo ejemplo paradigmático de abusividad cuasi automática, por falta de información⁹⁵. La ignorancia, que se presupone, no es inocua por razón de los riesgos inherentes, que trascienden a toda la operación cuando el prestatario no perciba sus ingresos en la divisa extranjera. El razonamiento parece conducir inexorablemente entonces a la nulidad total, pero el camino seguido ha sido la reconversión *ab initio* en un préstamo en euros, con el reajuste subsiguiente⁹⁶.

La STS 9 de mayo 2013 ya señaló, empero, que la falta de transparencia podía ser *inocua*. Siguiendo también aquí la estela del TJUE sobre la interpretación del art. 4. 2 Directiva 93/13, la jurisprudencia advierte que la falta de transparencia relativa a un elemento esencial es condición necesaria, pero no suficiente, para realizar un juicio de abusividad⁹⁷. El control de contenido no

tiembre (ECLI:ES:TS:2018:3098), y 673/2018, de 29 noviembre (ECLI:ES:TS:2018:3977). Mientras que por otras se reitera que la falta de transparencia en sí misma provoca la nulidad de la cláusula suelo: STS 22/2021, de 8 marzo (ECLI:ES:TS:2021:766).

⁹³ En muy menor medida, en contratos de *swap*: STS 47/2021, de 2 febrero (ECLI:ES:TS:2021:269).

⁹⁴ STJUE de 3 diciembre 2015 (TJUE 2015, 435), *Banif Plus Bank*, C-312/14. Frente a lo decidido en la STS 323/2015, de 30 junio (RJ 2015, 2662), el TS modifica su doctrina a partir de la STS 608/2017, de 15 noviembre (RJ 2017, 4730).

⁹⁵ Siguiendo, de nuevo en este punto, doctrina del TJUE que también en materia de préstamos multidivisa ha hecho especial hincapié en la relación entre el nivel de información exigible a efectos de procurar el conocimiento del consumidor sobre los riesgos asumidos y el carácter abusivo de las cláusulas: Entre otras, STJUE 20 septiembre 2017 (TJUE 2017, 171), *Andriuc*, C-186/16; STJUE de 20 septiembre 2018 (TJUE 2018, 226) *OTP Bank/Kiss*, C-51/17, § 75; STJUE 10 junio 2021 (ECLI:EU:C:2021:469), *BNP Paribas Personal Finance*, C-609/19, §§ 41-53.

⁹⁶ STS 599/2018, de 31 octubre (ECLI:ES:TS:2018:3677), que deja no obstante vigente el interés remuneratorio y el índice de referencia. La doctrina se reitera en múltiples sentencias posteriores que subrayan, amén de la dificultad de comparar ofertas, la ignorancia sobre el riesgo de depreciación con la consiguiente onerosidad para quien debe comprar la divisa extranjera porque percibe sus ingresos en euros, así como los riesgos asociados de impago, vencimiento anticipado e insuficiencia de la garantía hipotecaria. V. entre otras: STS 99/2021, de 23 febrero (ECLI:ES:TS:2021:636), 188/2021, de 31 marzo (ECLI:ES:TS:2021:1214), 217/2021, de 20 abril (ECLI:ES:TS:2021:1477), 391/2021, de 8 junio (ECLI:ES:TS:2021:2290). Lo que no impide que en alguna ocasión se aprecie información precontractual suficiente: STS 553/2021, de 29 julio (ECLI:ES:TS:2021:3971).

⁹⁷ V. las «Directrices» de la Comisión de 27.9.2019 (C 323/6, punto 3.1.: «El incumplimiento de la exigencia de transparencia puede ser un elemento de la evaluación del carácter abusivo de una determinada cláusula contractual y puede ser un elemento indiciario», pero corresponde al Juez nacional evaluar la transparencia y el carácter abusivo «a la luz de las circunstancias particulares de cada caso». Un detallado análisis de esta cuestión, v. CARBALLO, p. 30 y ss.

es control de precios. La jurisprudencia vertida con ocasión de la validez del índice de IRPH como índice de referencia en préstamos hipotecarios a interés variable⁹⁸, así como la que no ha apreciado falta de transparencia ni abusividad en préstamos hipotecarios de cuota fija, subidas lineales y duración variable (con un máximo) en función de las oscilaciones del interés remuneratorio⁹⁹, traza de algún modo el camino. No hay abuso por el hecho de existir en el mercado otras alternativas más favorables, cuando la ofertada por el predisponente no era en modo alguno sorpresiva y sí, por el contrario, perfectamente legítima. La relativa complejidad de un sistema de amortización de cuotas fijas y duración variable no implica *per se* un riesgo económico desmesurado, y, a la hora de valorar su contenido, comporta también ventajas no desdeñables.

La jurisprudencia anterior a 2013 ya había ponderado la falta de claridad de la cláusula como un ingrediente en la decisión sobre su carácter abusivo. La falta de concreción o la oscuridad es un instrumento al servicio de un significativo desequilibrio en contra de la buena fe. El defecto de transparencia se involucra como un factor decisivo para provocar el perjuicio del adherente, pero es el contenido de la estipulación y en último término el efecto que provoca el que merece censura. Se encubre, por ejemplo, el indebido traslado de costes que el consumidor no debe soportar y no puede controlar porque no se desglosan los conceptos implicados. Con mayor frecuencia, la vaguedad de la formulación deja al arbitrio del predisponente la determinación del monto económico de la operación o su ulterior modificación, o se disimula el pago de gastos y obligaciones adicionales. En aparentes depósitos bancarios de dinero, se trasladan riesgos de complejas operaciones financieras a las que los clientes eran ajenos, mediante una comisión bancaria ilegal, que no respondía a servicios prestados¹⁰⁰.

⁹⁸ SSTS de Pleno 595/2020, de 12 noviembre (RJ 4227), con varias de la misma fecha y sobre el mismo asunto: 595/2020 (RJ 3963), 596/2020 (RJ 4227), 597/2020 (RJ 4601), 598/2020 (RJ 4567). Doctrina reiterada en las SSTS 10/2021, de 18 enero (ECLI:ES:TS:2021:127), 17/2021, de 19 enero (ECLI:ES:TS:2021:93), 13/2021, de 19 enero (ECLI:ES:TS:2021:212), y 14/2021, de 19 enero (ECLI:ES:TS:2021:94). Todas estas resoluciones se dictan después de que, en la STJUE de 3 marzo 2020 (TJUE 2020,3), *Bankia*, C-125/18, se hubieran suministrado criterios para calibrar el cumplimiento de la exigencia de transparencia en este supuesto, considerando «especialmente pertinentes» la circunstancia de que los «elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles» al interesado, dado el modo de publicación de su cálculo, y que el suministro de información sobre la «evolución en el pasado» del índice.

⁹⁹ La denominada «hipoteca tranquilidad»: SSTS 560/2020, de 26 de octubre, ECLI:ES:TS:2020:3558), 162/2021, de 23 marzo (ECLI:ES:TS:2021:1103), 166/2021, de 23 marzo, ECLI: 1104. El Supremo destaca ahora que no se grava al consumidor con una carga cuya trascendencia jurídica o económica le pasar inadvertida por habersele dado un inapropiado tratamiento secundario, y se aplicaron las normas de transparencia bancaria vigentes.

¹⁰⁰ STS 3 noviembre 2006, RJ 2006, 2007, 683), 16 diciembre 2009 (RJ 2010, 702), 22 diciembre 2009 (RJ 2010, 703) y 17 junio 2010 (RJ 2010, 5407), 1 julio 2010 (RJ 2010, 6554), entre otras. Un análisis de

Lo dispuesto en el art. 5.5 LCGC y el art. 83. III TRLGDCU podría, con todo, infundir nueva savia a la transparencia como causa autónoma de abusividad, pero el inciso que pide el *perjuicio* del consumidor permite augurar que el desarrollo jurisprudencial que se ha procurado sintetizar no deba abandonarse.

De otro lado, como insiste el TJUE, la transparencia se pide para todos los tipos de cláusulas contractuales, mas, como ha señalado la Comisión, «*es probable que el alcance de las obligaciones de información precontractual para los profesionales que se derivan de la Directiva 93/13 también dependa de la importancia de la cláusula respecto a la transacción y su impacto económico*»¹⁰¹.

4.3 Cláusulas nulas, subsistencia del contrato e integración

a) LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO INTERNO A LA DOCTRINA DEL TJUE

El parco régimen de la nulidad de las cláusulas abusivas en la Directiva 93/13 (arts. 6.1 y 7.1) deja *prima facie* un margen considerable a los Derechos nacionales. También aquí el TJUE ha desarrollado las implicaciones de aquellos preceptos, desencadenando modificaciones procesales y sustantivas en aras de respetar los principios de efectividad y de equivalencia. Se suscitan al tiempo dudas sobre la interpretación de instituciones no afectadas directamente por el Derecho comunitario, pero sí vinculadas al principio de efectividad. El ejemplo más reciente de esto último atañe al *dies a quo* de la prescripción extintiva de la acción de restitución de las cosas entregadas en aplicación del contrato cuya nulidad se ha solicitado en un litigio, como acción distinta de la pretensión declarativa de nulidad¹⁰².

Uno de los aspectos de mayor controversia e inseguridad en esta materia concierne a la situación contractual subsiguiente a la declaración de nulidad de uno o varias cláusulas abusivas. La jurisprudencia del TJUE¹⁰³ ha reiterado que no cabe reducción o moderación de la propia cláusula, so pena de disipar el efec-

esta jurisprudencia, GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015, pp. 1072 y ss., p. 1129.

¹⁰¹ «Directrices» de la Comisión de 27.9.2019 (C 323/6), punto 3.3.1. y punto 3.4.6. Se destaca en particular que la falta de transparencia y carácter abusivo de una cláusula contractual pueden estar estrechamente relacionados, por ejemplo «cuando los consumidores no pueden entender las consecuencias de una cláusula o son engañados».

¹⁰² El Auto del Pleno del TS de 22 julio 2021 (ECLI:ES:TS:2021:10157A) ha acordado formular petición de decisión prejudicial en relación con esta materia, que incide sobre la interpretación de los arts. 6 y 7.1 Directiva 93/13 y el principio de seguridad jurídica.

¹⁰³ STJUE 14 de junio 2012 (TJUE 143). *Banco Español de Crédito*, C-618/10, comentada por GONZÁLEZ PACANOWSKA, *CCJC*, 91, 2013, pp. 339-355.

to disuasorio y frustrar el objetivo de la Directiva 93/13. Esto ha provocado una de las principales diferencias entre la LCGC y el TRLDCU. El art. 10.2 LCGC remite, en caso de nulidad o no incorporación, a la integración conforme al art. 1258 CC y las disposiciones de interpretación. El art. 83 LGDCU, en la redacción de la Ley 7/1998, también confiaba en la integración por el art. 1258 CC, pero, tras la reforma del precepto por la Ley 3/2014, ha desaparecido cualquier referencia a las consecuencias de la nulidad. La redacción vigente del art. 83.1 LGDCU reproduce casi literalmente lo dispuesto en el art. 6.1 de la Directiva 93/13: el contrato «*seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir*» sin la cláusula abusiva, que se tiene por no puesta.

La doctrina del TJUE en esta materia se sustenta sobre los siguientes pilares, no plenamente coherentes ni firmes en su modelación, adquiriendo progresivamente distintos matices, en una construcción que no termina de asentarse. (i) La finalidad de la Directiva es que el contrato se mantenga en los mismos términos, pues el objetivo es restablecer el equilibrio y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas. No se quiere desincentivar la impugnación de cláusulas abusivas por parte de los consumidores, ante el temor de la nulidad total; pero tampoco favorecer pretensiones oportunistas que buscan la salida de un acuerdo que ha dejado de interesarles. (ii) El juez no puede moderar, rebajar o reformular el contenido abusivo; ha de limitarse a eliminar la cláusula¹⁰⁴. (iii) Solamente cabría la sustitución por una disposición supletoria del Derecho nacional cuando la eliminación de la cláusula abusiva impidiera la subsistencia del contrato, obligando al Juez a anularlo en su totalidad, y dicha ineficacia total fuera perjudicial para el consumidor dejándolo expuesto a «*consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización*»¹⁰⁵. (iv) La subsistencia o no del contrato ha de resolverse por el Juez conforme al Derecho interno¹⁰⁶. Pero, se advierte, los requisitos relativos

a la «*seguridad jurídica de las actividades económicas*» abogan por un enfoque objetivo: «*La posición de una de las partes en el contrato, en el presente caso el consumidor, no puede considerarse el criterio decisivo que decida sobre el ulterior destino del contrato*». En otras palabras, la «no subsistencia» «*no puede basarse en el carácter eventualmente favorable, para el consumidor, de la anulación del contrato en cuestión en su conjunto*»¹⁰⁷. (v) El consumidor deberá tener el derecho de oponerse a ser protegido frente al perjuicio que, en la apreciación del Juez, le causaría la anulación total; en el bien entendido de que sigue siendo competencia del Juez decidir si la supresión de la cláusula efectivamente impide que el contrato pueda subsistir, en «*aplicación objetiva*» de los «*criterios establecidos en virtud del Derecho nacional*»¹⁰⁸. (vi) La integración, cuando sea procedente conforme a lo ya expuesto, ha de ser con una norma supletoria de Derecho interno, o por una norma aplicable en caso de acuerdo entre las partes. Se rechaza en cambio, la integración sobre «*la única base de disposiciones nacionales de carácter general*» que remitan a los «*efectos dimanantes del principio de equidad o de los usos*», máxime cuando el resultado no asegura el restablecimiento del equilibrio contractual y el consumidor, además, prefiere la nulidad total, evitando una integración excepcional que no operaría en su favor. No cabe acudir como única base a aquellas disposiciones nacionales porque «*no han sido objeto de una evaluación específica del legislador a fin de establecer un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes y, por ello, no gozan de la presunción de carácter no abusivo*»¹⁰⁹. Cuando la nulidad afecte a un elemento esencial, como el interés remuneratorio, y no quepa acudir a aquellas normas supletorias ni a la que sea aplicable en virtud de pacto¹¹⁰, el TJUE incluso sugiere que la finalidad de restablecimiento del equilibrio se consiga emplazando a las partes para que determinen el modo de cálculo, dentro del marco que establezca el propio Juez¹¹¹.

¹⁰⁴ La STJUE 29 abril 2021 (ECLI:EU:C:2021:341), *Banco BPH*, C-19/20, matiza esta afirmación, al decir que no se puede suprimir únicamente el elemento abusivo de la cláusula cuando tal supresión equivalga a *modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia*, § 80.

¹⁰⁵ STJUE 30 abril 2014 (TJCE 2014, 105), *Kásler*, C-26/13, § 73, reiterada en la STJUE 21 enero 2015 (TJUE 2015, 4) *Unicaja* C-482/13, C-484/13 y C-487/13. La doctrina se enuncia para contratos de préstamo cuya nulidad obligaría al consumidor a la inmediata restitución del capital. Se rechaza, en cambio para cláusulas penales o similares. V. STJUE 30 mayo 2013 (TJUE 2913, 194) *Asbeek Brusse*, § 58-60; STJUE 27 enero 2021 (TJUE 2021, 21), *Dexia Nederland*, C-229/19 y C-289/19.

¹⁰⁶ La STJUE 2 septiembre 2021 (ECLI:EU:C:2021:673) *OTP Jelzálogbank*, C-932/19, se enfrenta a un supuesto en el que la legislación nacional (Hungría) había dispuesto la nulidad de las cláusulas relativas al diferencial cambiario en préstamo en moneda extranjera, y su sustitución imperativa por un tipo de cambio oficial. No se preveía que el consumidor pudiera entonces anular el contrato. Según el TJUE, esta norma es conforme a la Directiva, siempre que se compruebe que se restituyan las cantidades obtenidas indebidamente, antes de la sustitución imperativa de la cláusula. Y sobre esta última apreciación no puede prevalecer la voluntad manifestada por el consumidor, interesado en que se anule todo el contrato.

¹⁰⁷ STJUE 2 septiembre 2021 (ECLI:EU:C:2021:673) *OTP Jelzálogbank*, C-932/19, § 49. La doctrina se enunció ya en la STJUE de 15 marzo 2012 (TJCE 2012, 55), *Perenicová y Perenic*, asunto C-453/10, § 31. Y se reafirmó en la STJUE de 26 marzo 2019 (TJUE 2019,59) *Abanca*, C-70/17 y C-179/17.

¹⁰⁸ Conclusión esta que se expresa en la STJUE 3 octubre 2019 (TJUE 2019, 219), *Dziubak*, C-260/18, § 55. De ahí que, como se ha señalado en la nota anterior, si el Derecho nacional aboga por la subsistencia del contrato con sustitución imperativa de la cláusula, no se dará curso a la pretensión del consumidor de la anulación total del contrato. V. también la STJUE 29 abril 2021 (ECLI:EU:C:2021:341), *Banco BPH*, C-19/20, § 89 y 90.

¹⁰⁹ STJUE 3 octubre 2019 (TJUE 2019, 219), *Dziubak*, C-260/18, § 62. STJUE 25 noviembre 2020 (TJUE 2020, 286), *Banca B*, C-269/19.

¹¹⁰ Como sugirió la STJUE 3 marzo 2020 (ECLI:EU:C:2020:138), *Gómez del Moral*, C-125/18, a propósito de la eventual nulidad del índice IRPH: la integración por un índice supletorio previsto por el Derecho nacional.

¹¹¹ STJUE 29 abril 2021 (ECLI:EU:C:2021:341), *Banco BPH*, C-19/20, §45.

b) SUBSISTENCIA DEL CONTRATO E INTEGRACIÓN EN LA DOCTRINA DEL TS

Los condicionantes establecidos por el TJUE para la integración del contrato han sido sometidas a acertada crítica¹¹², en tanto que, más allá del necesario efecto disuasorio, pueden desembocar en situaciones inequitativas, o incluso, en su entendimiento más extremo, en dejar al predisponente acreedor y prestamista inerme ante situaciones de flagrante y definitivo incumplimiento del adherente prestatario. Lo que no termina de casar con el objetivo también proclamado de sustituir una regulación desequilibrada por otra equilibrada, y puede suscitar reservas sobre la adecuación de tal medida con el principio de proporcionalidad que también ha de respetarse para lograr la efectividad del Derecho comunitario¹¹³.

El TS ha sorteado, en alguna medida, tales limitaciones, mediante tres expedientes, que, a su vez, han generado el planteamiento de sendas cuestiones prejudiciales resueltas por el TJUE con criterios que parecen avalar el proceder del Supremo, si bien no siempre con la claridad o contundencia que permita despejar dudas y ofrecer una guía segura para futuras controversias. Al mismo tiempo, las sucesivas respuestas del TJUE a dichas cuestiones han introducido nuevos matices y fisuras en su doctrina aparentemente restrictiva en materia de integración del contrato.

De manera necesariamente sucinta, por los límites del presente trabajo, cabe recordar los siguientes hitos en la doctrina del TS:

(i) El tipo de interés de demora se configuró por el Supremo como un recargo sobre el tipo de interés remuneratorio, de modo que tras la supresión de dicho recargo, el préstamo seguirá devengando durante la situación de mora del deudor, incurso ya en la situación de vencimiento anticipado, el interés remuneratorio, persistiendo su función de retribuir el disfrute del dinero en el contrato de préstamo¹¹⁴. Doctrina que encontró respuesta favorable en la STJUE de 7 agosto 2018, *Banco Santander*¹¹⁵. Mas resulta discutible que aquí no se haya producido la reducción de la cláusula de interés moratorio; aunque

¹¹² CARRASCO PERERA, 2021 (b), GÓMEZ POMAR, 2019, PANTALEÓN, 2019 y 2020. Una detallada explicación de los distintos enfoques (objetivo y subjetivo) acerca de la posible subsistencia, RUIZ ARRANZ, 2020, pp. 98 y ss.

¹¹³ Cfr. PAVILLON, 2019, *passim*.

¹¹⁴ V. SSTS 265/2015, de 22 abril (RJ 2015, 1360, 470/2015, de 7 septiembre (RJ 2015, 3976) y 469/2015, de 8 septiembre (RJ 2015, 3977), seguidas por las SSTS 705/2015, de 23 diciembre (RJ 2015, 5714), 79/2016, de 18 febrero (RJ 2016, 619) y 364/2016, de 3 junio (RJ 2016, 2300).

¹¹⁵ TJUE 2018, 247, -96/16 y C-94/17. La Directiva pretende restablecer el equilibrio, pero no anular las cláusulas válidas, como la que fija el interés remuneratorio.

también se ha razonado como una integración del contrato, con la norma dispositiva del art. 1108 CC, entendiéndose que *el pacto* sobre la cuantía del interés en caso de mora puede ser el pacto *no abusivo* que fija la cuantía del remuneratorio¹¹⁶.

(ii) Ante el prolongado debate sobre los requisitos de validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios y las consecuencias de su carácter abusivo, así como la intensa repercusión social y económica agravada por la crisis económica y la paralización de miles de ejecuciones hipotecarias, el TS planteó una cuestión prejudicial por Auto de 8 febrero 2017¹¹⁷. Se pregunta, primero, si la cláusula podría fraccionarse, separando una parte válida (el vencimiento anticipado en sí) y eliminando solamente la parte abusiva (por el impago de un solo plazo). Y, en segundo lugar, si, eliminada tal cláusula, podría no obstante proseguir la ejecución hipotecaria, integrando la laguna sobrevenida con una disposición supletoria de Derecho nacional, para no exponer al consumidor a consecuencias que se describen como perjudiciales. La STJUE de 26 marzo 2019 rechazó el primer planteamiento, pero se mostró favorable a la sustitución de la cláusula de vencimiento por la norma interna que había sido inspirada por la cláusula bajo examen, aplicable en caso de convenio entre las partes. Sustitución que procede cuando el juez nacional considere que el contrato *no pueda subsistir* si se suprime la citada cláusula abusiva, y la anulación sea especialmente perjudicial para el consumidor¹¹⁸. La STS 463/2019, de 11 septiembre resuelve la cuestión, recordando la necesidad de considerar la cláusula contractual controvertida en el contexto general del Derecho nacional pertinente. El TS concluye que «no puede subsistir un contrato de préstamo hipotecario de larga duración si la ejecución de la garantía resulta ilusoria o extremadamente dificultosa»¹¹⁹. No ocurre lo mismo, a juicio del TS, con la nulidad de la cláusula de vencimiento

¹¹⁶ Sobre esta cuestión, con información exhaustiva sobre la doctrina y la jurisprudencia v. ARROYO AMAYUELAS, 2021, *passim*.

¹¹⁷ RJ 2017, 365.

¹¹⁸ STJUE de 26 marzo 2019 (ECLI:EU:C:2019:250), *Abanca*, C-70/17 y C-179/17, cuya doctrina se reitera en los Autos del TJUE de 3 julio 2010 (C-167/16, C-92/16 y C-486/16) y en el Auto TJUE de 4 febrero 2021, C-321/20. V. el detallado relato de la evolución de la jurisprudencia en este punto y reflexión crítica, PERTÍÑEZ, 2019, pp.186 y ss.

¹¹⁹ STS de Pleno (ECLI:ES:TS:2019:2761): el contrato, se dice, no se habría realizado sin esa cláusula, conforme a la voluntad común, real o hipotética, de ambas partes, porque la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no son las mismas. Y, en aplicación de la doctrina también comunitaria que permite sustituir una cláusula abusiva viciada de nulidad por una disposición imperativa nacional aprobada con posterioridad, el TS establece como criterio orientativo el art. 24 LCCI. Doctrina que se reitera y desarrolla en la STS 616/2019, de 14 noviembre (ECLI:ES:TS:2019:3659).

anticipado en préstamo personal, porque no compromete la subsistencia del contrato¹²⁰.

(iii) Es ya muy abundante la jurisprudencia del TS sobre las consecuencias restitutorias en caso de declaración de nulidad de las cláusulas de imputación de gastos al consumidor en préstamos hipotecarios¹²¹, denegando el reembolso de lo que hubiera debido pagar al consumidor por aplicación de las normas supletorias, que el propio TS también ha explicitado. Lo que igualmente ha recibido el aval del TJUE: «*el hecho de que deba entenderse que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido justifica la aplicación de las disposiciones de Derecho nacional que puedan regular el reparto de los gastos de constitución y cancelación, en defecto de acuerdo de las partes*». Ni el art. 6.1 ni el art. 7.1 de la Directiva 93/13 se oponen a que se niegue al consumidor la restitución de la parte de dichos gastos que él mismo deba soportar conforme a las disposiciones de Derecho nacional, aplicables en defecto de tal cláusula, que impongan al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos¹²².

Dentro de la relativa inseguridad que provoca la evolución de la jurisprudencia comunitaria, el panorama antes descrito permite afirmar algunos factores que rebajan el tinte sancionador de las consecuencias de la abusividad, buscando no obstante situar el fiel de la balanza entre desincentivar el uso de cláusulas abusivas y restablecer el equilibrio contractual con medidas acordes con el principio de proporcionalidad. El primero es el juicio que incumbe al juez, y no a las partes, sobre la subsistencia del contrato, desde la perspectiva objetiva que pide el TJUE. Esta consideración implica que no es el eventual beneficio del consumidor el criterio determinante, como ha dicho el TJUE, pero tampoco lo es el perjuicio del predisponente, que, va de suyo, puede encontrarse en situación más desfavorable por la eliminación de la cláusula. El enfoque *objetivo* que pide el TJUE y la traslación de este criterio al Derecho nacional obliga a considerar la relación entre los arts. 9.2 y 10.1 LCGC, que

¹²⁰ STS 101/2020, de 12 febrero (ECLI:ES:TS:2020:336); STS 105/2020, de 19 febrero (ECLI:ES:TS:2020:500) STS 106 y 107 /2020, de 19 febrero (ECLI:ES:TS:2020:501/503).

¹²¹ Con vulneración del art. 89. 3 TRLGDCU. Sobre el intrincado desarrollo jurisprudencial, v. PERTÍÑEZ, 2019, pp. 206 y ss.

¹²² STJUE 16 julio 2020 (ECLI:EU:C:2020:578). *CY/Caixabank*, C-224/19 y C-259/19, §§ 54 y 55. Contando con la confirmación de su doctrina, las resoluciones del TS sobre el asunto son abundantísimas, a partir de las sentencias de Pleno 44/2019 y 48/2019. Respecto a la decisión sobre el sujeto pasivo del impuesto (IAJD), STS 457/2020, de 24 julio (RJ 2020, 2358). V. con reiteración de doctrina, STS 569/2021, de 26 julio (ECLI:ES:TS:2021:3047).

enlazan la no subsistencia con la afectación a los elementos esenciales del art. 1261 CC: objeto y causa¹²³.

La integración que entonces proceda, en aras de conservar la eficacia del contrato para no exponer al consumidor a una gravosa situación, se deja por el Derecho comunitario a lo previsto por el Derecho nacional, que en este punto remite al art. 1258 CC, a pesar del silencio del art. 83 TRLGDCU. En el bien entendido de que tanto la doctrina del TJUE como el art. 83 TRLGDCU obligan a construir la regla necesaria para resolver el conflicto prescindiendo totalmente de la cláusula declarada nula. De otro lado, que el TJUE haya proscrito la posible invocación de usos o costumbres, no parece que deba traducirse en extirpar en el ámbito que nos ocupa la consideración de la costumbre como fuente del Derecho, en defecto de ley. A la vista, además, de los requisitos que se piden para que efectivamente sirva como elemento de integración y del rechazo jurisprudencial a configurar como norma jurídica los usos impuestos unilateralmente por el predisponente, por más que sean frecuentes en el tráfico. De ahí que su relevancia en la práctica, en contratos entre empresarios y consumidores, probablemente sea reducida.

Téngase además en cuenta, por otra parte, que el legislador español tiende a reducir el margen de discusión mediante la sucesiva promulgación de normas imperativas que concretan el supuesto de hecho y el contenido de la cláusula o prohíben terminantemente determinada estipulación. La Ley 5/2019, LCCI, es ejemplo elocuente de esta tendencia. La vulneración de normas imperativas o prohibitivas evita el régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas y la doctrina comunitaria sobre la integración¹²⁴.

En cuanto a la restitución subsiguiente a la declaración de nulidad, por último, el TJUE ordena claramente que se regirá por lo que dispongan las normas nacionales al respecto, con la consiguiente aplicación de las reglas de restitución del CC, conforme a la remisión del art. 9. 1 LCGC¹²⁵.

¹²³ V. el iluminador y detallado análisis de RUIZ ARRANZ, 2020, pp. 102 y ss., pp. 130 y s., que, en relación a la causa, aboga por explicar la «*subsistencia del contrato a través de la idea de causa y, sobre todo, de la noción de causa concreta*», porque «*el examen sobre el mantenimiento del contrato atiende al fin común perseguido por las partes*».

¹²⁴ CARRASCO PERERA, 2021, p. 875.

¹²⁵ Amén de las sentencias antes citadas sobre la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios, la STS 13 marzo 2012 (RJ 2012, 4527) ya puntualizó que dicha restitución es el resultado natural, que persigue evitar el enriquecimiento injusto. Pero, declarada la nulidad de la cláusula que imponía el arrendamiento de un instrumento accesorio en contra del art. 89. 4 TRLGDCU, no procede la devolución de lo abonado por este concepto, porque *de facto* el aprovechamiento que ya se había obtenido del mismo sería compensable con el crédito cuya satisfacción se reclama. V. GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015, p. 1158. Un detallado análisis sobre el régimen restitutorio aplicable tras la declaración de nulidad de una cláusula y la doctrina del TS al respecto, v. RUIZ ARRANZ, 2020, pp. 115 y ss. y, en particular, sobre la restitución derivada de la cláusula de gastos, pp. 128 y ss.

5. BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ, Alicia, *La evolución de la normativa de protección a los inversores y los remedios aplicados a los contratos de inversión*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991.
- «Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación», en Menéndez Menéndez, A./Díez-Picazo, L. (dirs.), Alfaro Águila-Real, J. (coord.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002 (a), pp. 75-96.
- «Artículo 1», en Menéndez Menéndez, A./Díez-Picazo, L. (dirs.), Alfaro Águila-Real, J. (coord.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002 (b), pp. 97-141.
- ARROYO AMAYUELAS, Esther, «Límites a los intereses moratorios», en Anderson, M./Arroyo, E./Aparicio, A. (Dirs.), *Cuestiones hipotecarias e instrumentos de previsión. El impacto del Derecho de la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 77-103.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Las (seis) SSTs posteriores a la STJUE 21 diciembre 2016. El control de transparencia sigue en construcción. Muta y mutará hacia la transparencia subjetiva», *Boletín del Colegio de Registradores*, LII, núm. 42, 2016, pp. 1726-1746.
- «Experiencias españolas en el (reducido) ámbito de control de las cláusulas en los contratos entre empresarios», en Kindl, J./Perales Viscasillas, P./Arroyo Vendrell, T., *Standardisierte Verträge-zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle*, Nomos, Baden-Baden, 2017, pp. 195-235.
- «¿Quién teme al control de incorporación (B2B)?», en *Diario La Ley*, n.º 9667, 6 julio de 2020, pp. 1-23.
- CARBALLO FIDALGO, Marta, «Hacia un concepto autónomo y uniforme de cláusula abusiva. La jurisprudencia del TJUE y su recepción por los tribunales españoles», en *Indret*, enero 2019, <https://indret.com/hacia-un-concepto-autonomo-y-uniforme-de-clausula-abusiva-la-jurisprudencia-del-tjue-y-su-recepcion-por-los-tribunales-espanoles/>.
- CARRASCO PERERA, Ángel, «Régimen de condiciones generales de contratación en el contrato de crédito inmobiliario», Carrasco, A. (Dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur menor (Navarra), 2019, pp. 677- 688.
- *Derecho de contratos*, 3.ª ed., Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2021a.
- «La cláusula, la Ley y la "Regla no/no/no"», *Cesco*, 17.03. 2021 (b) http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/La_clausula_la_ley_y_la_regla_no_no_no.pdf.

- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *Anuario de Derecho Civil*, 1961, pp. 295-341.
- «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», en *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pp. 987-1085.
- DÍEZ PICAZO, L., «Condiciones generales de la contratación (esbozo de una evolución)», en Menéndez Menéndez, A./Díez-Picazo, L. (dirs.), Alfaro Águila-Real, J. (Coord.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 61-74.
- GÓMEZ POMAR, Fernando, «¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos? El Tribunal Supremo ante la sentencia Abanca del TJUE», *Indret*, 2, 2019, pp. 1-12.
- GÓMEZ POMAR, Fernando/ARTIGOT GOLOBARDES, Mireia, «Costes, precios y excedente contractual en el control de la contratación de consumo, especialmente la hipotecaria», en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXXII, 2020, pp. 7-100.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, «Artículos 5 y 7», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 1999, pp. 139-192.
- «Título II. Condiciones generales y Cláusulas abusivas», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, 2.ª ed., 2015. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 1027-1360.
- JANSEN, Nils., «Unfair Contract Terms», en Jansen, N./Zimmermann, R. (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, OUP, Oxford, 2018, pp. 919-994.
- MARTÍN FABA, José María, «Nuevo régimen sobre vencimiento anticipado», en Carrasco, A. (Dir.) *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur menor (Navarra), 2019, pp. 561-636.
- MATO PACÍN, M.ª Natalia, «Cláusulas abusivas y empresario adherente», *BOE*, Madrid, 2017.
- MIQUEL GONZÁLEZ, Jose María, «La nulidad de las condiciones generales», en Delgado Echeverría, J. (Coord.), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 193-223.
- «Artículos 82 a 84», en Cámara Lapuente (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 696-788.
- MIRANDA SERRANO, Luis María, «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria», *Indret*, abril 2018, www.indret.com, pp.1-79.
- PANTALEÓN, Fernando, «10 tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato» en *Almacén de Derecho*, entrada de 12.03.2017, <https://almacendederecho.org/10-tesis-la-falta-transparencia-las-clausulas-referidas-los-elementos-esenciales-del-contrato>

- PANTALEÓN, Fernando, «La sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia sobre cláusulas de vencimiento anticipado», en *Almacén de Derecho*, entrada de 31.3.2019, <https://almacendederecho.org/la-sentencia-de-la-gran-sala-del-tribunal-de-justicia-sobre-clausulas-de-vencimiento-anticipado-abusivas>.
- «De nuevo sobre la consecuencia jurídica de la declaración de abusividad de una cláusula no negociada individualmente (II)», en *Almacén de Derecho*, entrada de 6.04.2020, <https://almacendederecho.org/de-nuevo-sobre-la-consecuencia-juridica-de-la-declaracion-de-abusividad-de-una-clausula-no-negociada-individualmente-ii>.
- PAVILLON, Charlotte, «Private Enforcement as a Deterrence Tool: A Blind Spot in the Omnibus-Directive», en *ERPL*, 27(6), 2019, pp. 1297-1328.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Franciso, *Cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.
- *La nulidad contractual en la jurisprudencia. Especial referencia a los contratos de préstamo e inversión*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- PAZOS CASTRO, Ricardo, «El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores», Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.
- ROYO MARTÍNEZ, Miguel, «Contratos de Adhesión», en *Anuario de Derecho Civil*, 1949, pp. 54-70.
- RUIZ ARRANZ, Antonio, «Restitución derivada de la nulidad de las condiciones generales de la contratación en contratos con consumidores», en *InDret*, 1, 2020, pp. 56-141, <https://indret.com/restitucion-derivada-de-la-nulidad-de-las-condiciones-generales-de-la-contratacion-en-contratos-con-c>.

XVIII

LA ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CIRCUNSTANCIAS

BEATRIZ GREGORACI FERNÁNDEZ
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción y estructura.-2. El problema, la pluralidad de teorías y las dos cuestiones básicas.-3. Las piezas en el ordenamiento jurídico español. 3.1 El fundamento general. 3.2 Las previsiones específicas. a) En el CC. b) En leyes especiales. 3.3 Las propuestas *de lege ferenda*. 3.4 La jurisprudencia. a) Primera etapa: aplicación restrictiva. b) Segunda etapa: la crisis económica como evento imprevisible. c) Tercera etapa: aplicación restrictiva. d) ¿Una cuarta etapa post COVID-19?-4. Un intento de construcción del régimen jurídico de la alteración sobrevenida de las circunstancias en el ordenamiento jurídico español. 4.1 Los presupuestos de aplicación. a) Primer presupuesto: cambio de circunstancias. Sus condiciones. b) Segundo presupuesto: ruptura del equilibrio económico. La excesiva onerosidad. 4.2 Los efectos: la modificación o la resolución del contrato. a) La preferencia por la modificación del contrato. b) La negociación: ¿obligación, facultad o carga? c) ¿Suspensión del cumplimiento durante las negociaciones? d) El recurso a los tribunales y los poderes del juez.-5. Conclusiones.-6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN Y ESTRUCTURA

En el CC no hay una regulación expresa de la excesiva onerosidad por alteración sobrevenida de las circunstancias. Sin embargo, existe una copiosa jurisprudencia y una abundante doctrina sobre el tema, cuyo crecimiento ha sido exponencial en los últimos tiempos.