



Universidad de Oviedo
Universidá d'Uviéu
University of Oviedo

Facultad de Derecho- Centro Internacional de Postgrado
MÁSTER UNIVERSITARIO DE ACCESO A LA ABOGACÍA

TRABAJO FIN DE MÁSTER

**RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CLAÚSULAS
ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO
HIPOTECARIO: ESPECIAL MENCIÓN AL PAPEL
DEL FEDATARIO PÚBLICO**

Cristina Rodríguez González

Convocatoria: Ordinaria Enero 2020

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

1. TS → Tribunal Supremo.
2. TJUE → Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
3. STS → Sentencia de la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo
4. STJUE → Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
5. LCGC → Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.
6. TRLGDCU → Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
7. LRCCI → Ley 5/2019, de 15 de marzo, Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario.
8. Directiva 93/13 → Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.
9. ITPO y AJD → Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados.
10. FIPRE → Ficha de Información Precontractual
11. FIPER → Ficha de Información Personalizada

RESUMEN:

Este trabajo tiene por objeto realizar un doble análisis, por un lado el examen estructurado de las cláusulas abusivas insertas en los contratos de préstamos hipotecarios que más repercusión han tenido en los últimos años. Este análisis aborda tanto la legislación que hay en la materia, el tratamiento jurisprudencial que se ha hecho de las mismas por el Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el estado de la cuestión en la actualidad. En segundo lugar se aborda la intervención que tiene el notario a la hora de autorizar este tipo de negocios jurídicos, incluyendo abordar cual es la posición que deben tomar estos funcionarios a la hora de controlar cuales son las cláusulas que aparecen en este tipo de contratos y, también, el deber de asesoramiento que tienen para con las personas que van a suscribir el contrato, asegurándose de que han comprendido las consecuencias que ese acto jurídico va a conllevarles.

ABSTRACT:

This project aims to perform a double analysis, on one side the the structured examination of the abusive clauses inserted in a contract with a mortgage guarantee that have had the most impact in recent years. This analysis addresses both the legislation on the subject, the jurisprudential treatment that has been made of them by the Supreme Court and the Court of Justice of the European Union, and the current status of the matter. Secondly, the intervention that this civil servants have when it comes to authorizing this type of legal business, including present what is the position that the notary must take when controlling the clauses underwritten in this type of contracts , and, also, the duty of advice they have towards the people who will sign the contract, making sure that they have understood the consequences that this legal act will entail.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	3
2. CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	5
2.1. CONCEPTO	5
2.2. MARCO REGULATORIO	7
2.2.1. Normativa Europea.....	7
2.2.1.1. Antecedentes históricos.....	8
2.2.1.2. La Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.	9
2.2.2. Legislación estatal	10
3. ESTADO DE LA CUESTIÓN	16
3.1. REGIMEN DE CONTROLES A SEGUIR PARA DECLARAR LA ABUSIVIDAD DE UNA CLÁUSULA	16
3.1.1. Control de transparencia.....	16
3.1.2. Control de abusividad.....	18
3.2. EFECTOS DE LA DECLARACION DE UNA CLÁUSULA COMO ABUSIVA	20
3.3. ANÁLISIS INDIVIDUALIZADO DE DIVERSAS CLÁUSULAS ABUSIVAS... ..	22
3.3.1. Cláusulas Suelo	22
3.3.2. Cláusulas de gastos.....	25
3.3.3. Cláusula de vencimiento anticipado.....	30
3.3.4. Cláusula de IRPH	33
4. LA FUNCIÓN DEL FEDATARIO PÚBLICO	38
4.1. INTRODUCCIÓN A LA FIGURA DEL NOTARIO Y SUS FUNCIONES .	38
4.2. FACULTADES LEGALES DE CONTROL CONCEDIDAS A LOS NOTARIOS.....	39
4.3. EL CONTROL NOTARIAL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.....	41

4.3.1.	El control preventivo	42
4.3.2.	Función asesora	43
5.	CONCLUSIONES.....	45
6.	BIBLIOGRAFÍA	50
6.1.	MONOGRAFÍAS	50
6.2.	REVISTAS CIENTÍFICAS	50
6.3.	JURISPRUDENCIA	51
6.3.1.	Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	51
6.3.2.	Conclusiones del Abogado General	53
6.3.3.	Sentencias del Tribunal Supremo	53
6.3.4.	Cuestiones Prejudiciales	54

1. INTRODUCCIÓN

Tras la relevante sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 9 de mayo de 2013¹, la sociedad empezó a ser consciente de la importancia que tenían las cláusulas abusivas en el ámbito de la contratación con los consumidores. La sentencia anteriormente mencionada versaba sobre las denominadas “cláusulas suelo” en la contratación de préstamos de garantía hipotecaria, pero hay que aclarar que en este ámbito nos podemos encontrar con diversos tipos de cláusulas abusivas, no únicamente con las “cláusulas suelo”, aunque estas hayan sido las que más repercusión mediática han tenido de un tiempo a esta parte.

Tal ha sido la importancia que han cobrado las cláusulas abusivas, que se han planteado diversas cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Su relevancia ha tenido como consecuencia la necesidad que realizar cambios legislativos en nuestro ordenamiento jurídico, pues nuestra normativa respecto de ese tema no se ajustaba de manera adecuada a la legislación europea.

Algunos de los cambios normativos que se han introducido, con vistas a aumentar el control de estas cláusulas para mejorar la protección de los consumidores, han incluido reformar la labor del Notario interviniente en las escrituras a través de las que se materializaban estos préstamos con garantía hipotecaria. Particularmente la reciente Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario² aborda el aumento de la intervención del notario para reforzar el control previo frente a la inclusión de las cláusulas abusivas, además de otras cuestiones.

Pese a las reformas legislativas que se han implementado en nuestro país en un intento por poner fin a la problemática existente en torno a las cláusulas abusivas, la verdad es que el tema está muy lejos de encontrarse resuelto.

La controversia en torno a este tema se encuentra en auge, no solo en el ámbito doctrinal sino también en el ámbito jurisprudencial. Una muestra de ello son las opiniones disidentes que hay dentro del propio Tribunal Supremo.

Podemos ver la diversidad de opiniones dentro del seno de nuestro alto órgano, por ejemplo, en el voto particular formulado por el Excmo. Sr. Magistrado don Francisco

¹ STS (Sala de lo Civil), de 9 de mayo de 2013 (Roj 1916/2013), ECLI: ES:TS:2013:1916.

² Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. (BOE Núm. 65, de 16 de marzo de 2019, págs. 26329-26399)

Javier Orduña Moreno, al que se adhirió con posterioridad el Excmo. Sr. Magistrado don Xavier O' Callaghan Muñoz en el pleno llevado a cabo el 25 de marzo de 2015³. En este voto particular se plantea la idoneidad de la limitación de los efectos retroactivos y la eficacia de cosa juzgada de la sentencia de 9 de mayo citada *ut supra*.

Así mismo se puede ver la complejidad de esta cuestión en las diversas cuestiones prejudiciales planteadas al TJUE y las que aun en estos momentos se le siguen planteando.

Como muestra de las cuestiones prejudiciales que se están planteando en la actualidad tenemos, sobre las cláusulas de gastos, dos cuestiones prejudiciales planteadas, una por el Juzgado de primera instancia n.º 17 de Palma de Mallorca⁴ y otra por el Juzgado de primera instancia e instrucción n.º 6 de Ceuta⁵.

Además tampoco podemos olvidar, la cuestión prejudicial que se planteó por el juzgado de primera instancia n.º 38 de Barcelona⁶, entorno al índice de referencia de IRPH, en el asunto C-125/18, sobre la cual ha dictado sus conclusiones el abogado general el 10 de septiembre de 2019⁷.

Ante la gran casuística existente por los efectos asociados a este tipo de cláusulas, y puesto que es imposible el análisis en profundidad de cada una de ellas, más aun teniendo en cuenta la complejidad de la cuestión, en este trabajo nos centraremos en aquellas que han tenido más repercusión en nuestra sociedad y que se han suscitado una mayor litigiosidad en nuestros tribunales.

Finalmente también se analizara la evolución más reciente que ha sufrido la normativa en este ámbito y por último se estudiará el aumento de la importancia del notario a la hora de realizar un control de estas cláusulas de una manera previa a la formalización del contrato de préstamo hipotecario.

³ STS Pleno (Sala de lo Civil), de 25 de marzo de 2015, (Roj 1280/2015), ECLI: ES:TS:2015:1280

⁴ Auto del Juzgado de primera instancia n.º 17 de Palma de Mallorca, de 12 de marzo de 2019, n.º 47/19.

⁵ Auto del Juzgado de primera instancia e instrucción n.º 6 de Ceuta, de 13 de marzo de 2019, en el marco del procedimiento ordinario n.º 190/2018.

⁶ Auto del Juzgado de primera instancia n.º 38 de Barcelona, de 16 de febrero de 2018, en el marco del procedimiento ordinario n.º 325/2017.

⁷ Conclusiones del abogado general Sr. Maciej Szpunar, de 10 de septiembre de 2019, asunto C-125/18, ECLI:EU:C:2019:695.

2. CLÁUSULAS ABUSIVAS

2.1. CONCEPTO

Para encontrar la definición de qué son las cláusulas abusivas tenemos que acudir a dos normas, en primer lugar a la Directiva 93/13/CEE⁸, y en segundo lugar, a la Ley general para la Defensa de los consumidores y usuarios⁹, que es la norma española que traspone la Directiva europea.

La Directiva contiene el concepto de lo que son las cláusulas abusivas en el artículo 3 y las define del siguiente modo: “Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

Por su parte, la normativa española define las cláusulas abusivas en el artículo 82.1 del TRLGDCU, y lo hace del siguiente modo: “Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.”

Como se puede ver, ambas normas hacen una definición muy similar del concepto de cláusula abusiva. En los preceptos transcritos el eje fundamental para determinar si una cláusula es abusiva o no es la falta de negociación de esta estipulación de manera individualizada con el consumidor. Pero además de esa falta de negociación se tiene que reunir otra circunstancia más, y es que, las cláusulas cuya abusividad se valore, para ser declaradas finalmente como abusivas tiene que causar un perjuicio al consumidor.

Por último, no podemos olvidar, que dentro de la normativa española hay otra norma que hay que tener en consideración a la hora de configurar el marco normativo que define este tipo de cláusulas. Se trata de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, y que es esta ley la que nos remite al TRLGDCU, de modo que en el ámbito estatal tenemos otro parámetro más para que una cláusula sea declarada como abusiva, y es que dicha cláusula sea una condición general de la contratación.

⁸ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (*Diario oficial de las Comunidades Europeas* L 95, año 36º, de 21 de abril de 1993 (ISSN 1012-9200) (Edición en lengua española)

⁹ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (*BOE* Núm. 287, de 30 de noviembre de 2007).

De lo expuesto se evidencia que, la única diferencia que hay entre la norma comunitaria y la normativa española radica en que, la Directiva europea, no incluye mención alguna a las condiciones generales de la contratación.

Así lo expone JAVIER PAGADOR LÓPEZ “Por ello, en rigor, la Directiva no incorpora normas sobre el régimen jurídico de las condiciones generales de la contratación en sentido estricto, sino, más bien, sobre régimen jurídico de las *cláusulas contractuales predispuestas*, aun cuando no posean carácter general, sino que reciban aplicación con carácter singular o esporádico.”¹⁰

Hay que tener en cuenta que para poder hablar de cláusulas abusivas, dentro del ámbito al que se circunscribe este trabajo, tenemos que encontrarnos con que se haya contratado con alguien susceptible de ser calificado como consumidor.

Para esta normativa, nos encontramos ante un consumidor cuando un sujeto de derecho contrata con un profesional la adquisición de un bien o un servicio, sin tener en cuenta si este sujeto es a su vez un profesional o no, lo único que interesa es que en el ámbito de esa actuación concreta no esté actuando como empresario.

La definición de consumidor viene contenida tanto en la Directiva 93/13 como en el TRLGDCU. En la norma española el concepto viene recogido en el artículo 3 cuya literalidad es:

“A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.”

RIBÓN SEIDEDOS expresa lo siguiente respecto de que es un consumidor a la luz de la Directiva 93/13:

“La noción de consumidor en el ámbito de las condiciones generales de la contratación es una noción universal. Así, la profesión ejercida por una persona física no tiene incidencia para apreciar si una persona puede ser considerada como un consumidor, en el sentido del artículo 2, letra b) de la Directiva 93/13/CEE.”¹¹

Para entender mejor la noción de consumidor a continuación se expondrá un ejemplo: Supongamos que un director de una sucursal bancaria contrata una hipoteca de tipo variable para adquirir su vivienda familiar. La referida hipoteca contiene una cláusula que

¹⁰ Pagador López, J.: *La directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*. Madrid: Marcial Pons, 1998. Pág.33

¹¹ Ribón Seisedos, E.: “Derecho bancario y protección del consumidor”, en Zunzunegui, F. (Director): *Regulación financiera y fintech*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2019 (1ª Edición), Pág. 231.

limita las variaciones del tipo de interés incluyendo un suelo. Este tipo de cláusulas han sido declaradas abusivas por el Tribunal Supremo en mayo de 2013. Hay quien podría pensar, que al ser el contratante un director de una sucursal bancaria, del cual se presupone que tiene conocimientos suficientes para comprender lo que estaba firmando, la declaración de abusividad hecha por el Alto Tribunal no se le aplicaría. Pero no es así, a efectos de la normativa de protección del consumidor, este sujeto es consumidor, a pesar de su profesión, porque en el momento del contrato él no estaba actuando en concepto de director de una sucursal bancaria, sino que estaba actuando simplemente como una persona más que está contratando una hipoteca para adquirir una vivienda para su familia.

Una vez aclarado el concepto de consumidor, tenemos que añadir para cerrar este apartado que, con objeto de intentar facilitar la labor de los magistrados, ambas normas (la española y la europea) incluyen un catálogo de cláusulas que son automáticamente abusivas. La norma europea lo hace en su Anexo, mientras que el TRLGDCU lo hace a lo largo de varios artículos, en concreto, entre los artículos 85 a 90.

La finalidad de estas “listas negras” es orientar a los jueces y magistrados a la hora de declarar la abusividad de alguna cláusula. Así lo entiende también PAGADOR LÓPEZ respecto de la lista negra del anexo de la Directiva 93/13/CEE, manifestándose al respecto de la siguiente forma:

“Mediante el recurso al catálogo ejemplificativo de cláusulas prohibidas, por tanto, el intérprete ha de recibir una orientación con vistas a la concreción y aplicación práctica de la cláusula general prohibitiva del art. 3.1.”¹²

2.2. MARCO REGULATORIO

2.2.1. Normativa Europea

La norma europea nuclear en esta materia es la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Antes de entrar a analizar los diversos aspectos en los que incide la Directiva 93/13, se realizará una breve evolución histórica de la legislación europea hasta llegar a la referida Directiva.

¹² Pagador López, J.: *La directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*. Op. Cit. Pág. 81.

2.2.1.1. Antecedentes históricos¹³

Aunque no fue hasta 1993, que en Europa se promulgo una norma de derecho europeo que se dedicase en exclusiva a la protección de los consumidores, ya había habido antes de esa fecha anuncios de la posible creación de esa norma.

Tanto el Programa Preliminar de 1975 como el Segundo Programa de la Comunidad Económica Europea para una Política de Protección e Información de los Consumidores de 1981 ya contemplaban la defensa de los intereses económicos de los consumidores.

Un año después del Programa Preliminar, es decir, en 1976, la Comisión publicó un Anteproyecto de Directiva sobre Cláusulas Estándar en los Contratos Celebrados con Consumidores, que no se llegó a materializar en una norma de derecho de la unión.

Años después del fracaso del Anteproyecto mencionado en el párrafo anterior, el Parlamento Europeo reclamo en 1980 la necesidad de la creación de esa directiva, reclamo que se vio refrendado en el Segundo Programa de la Comunidad Económica Europea para una Política de Protección e Información de los Consumidores de 1981. Pero no sería hasta 1987 que la Comisión publicaría de nuevo un Anteproyecto sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Este anteproyecto, a diferencia del de 1976 sí que acabo siendo continuado, así pues, el 24 de julio de 1990 se produjo una propuesta de directiva. Esta propuesta fue duramente criticada, y es por ello que el 5 de marzo 1992 la Comisión presentó una Propuesta de modificada de Directiva del Consejo sobre Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. No obstante, esta modificación no fue la única que sufrió la Propuesta de Directiva de 1990, es que la modificación hecha por la comisión en marzo de 1992 seguía manteniendo cláusulas que eran muy controvertidas.

El 22 de septiembre se produjo una segunda modificación de este Proyecto tras la Posición Común del Consejo, en el cual se volvieron a excluir algunas de las cláusulas que habían sido más controvertidas en los textos anteriores. El texto resultante tras esta segunda modificación, es que él se convertiría posteriormente en la actual Directiva 93/13/CEE.

¹³ Pagador López, J.: *La directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*. Op. Cit. Págs. 21-30.

2.2.1.2. La Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Esta Directiva expone en sus considerandos que su finalidad es crear una normativa proteccionista uniforme para los consumidores en todo el territorio de la Unión Europea. La norma parte del pensamiento de que los consumidores se encuentran en una situación de inferioridad respecto del empresario con el que contratan, y que, por ende, necesitan protección en un intento por reestablecer la situación de igualdad entre ambas partes contractuales.

No obstante, aunque la finalidad de la Directiva es crear un marco normativo uniforme, en su considerando cuarto establece que:

“Considerando que corresponde a los Estados miembros velar porque no se incluyan cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.”

De modo que, acorde con lo anterior, son los Estados Miembros los que tiene que adaptar su normativa, en lo que respecta a la contratación entre consumidores y empresarios, para asegurar la correcta protección de los primeros en atención a lo establecido por la Directiva 93/13/CEE.

Respecto del ámbito de aplicación de la Directiva, hay que decir que esta se aplicara en aquellos casos en los que en un contrato entre empresarios y consumidores aparezcan cláusulas que no hayan sido negociadas individualmente.

Es decir, “El ámbito de aplicación objetivo de la Directiva viene dado por (art. 3.1) la noción de cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente.”¹⁴

“Desde un punto de vista subjetivo o, por mejor decir, *material-funcional*, la Directiva resulta aplicable a las cláusulas no excluidas de su ámbito de aplicación [...], y que, además, formen parte de contratos celebrados entre *profesionales y consumidores*.”¹⁵

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como órgano encargado de interpretar la normativa de la Unión para garantizar su aplicación homogénea por todos los países, ha tenido diversas ocasiones para pronunciarse respecto de esta Directiva.

De hecho, algunos de sus pronunciamientos en cuanto a esta cuestión obligaron a nuestro Tribunal Supremo a cambiar su línea jurisprudencial como por ejemplo ocurrió con la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15,

¹⁴ Pagador López, J.: *La directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*. Op. Cit. Pág. 32

¹⁵ Pagador López, J.: *La directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*. Op. Cit. Pág. 42-43

C-307/15 y C-308/15)¹⁶, donde el tribunal de justicia de la Unión determino que la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, respecto de que los bancos únicamente tendrían que devolver lo indebidamente percibido como consecuencia de las cláusulas suelo desde el 9 de mayo de 2013, era contraria a la Directiva 93/13 (CEE).

Esta contrariedad residía en que, el TS, con su decisión de limitar los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de este tipo de cláusulas, estaba menoscabando el efecto disuasorio que tiene que tener la normativa para evitar que los profesionales y empresarios incluyan este tipo de clausurado abusivo en sus contratos además de ir en contra del principio de “no vinculación”.

El TJUE también ha manifestado en varias ocasiones que la Directiva 93/13/CEE es una norma de mínimos, y que, en consecuencia, los estados miembros pueden ampliar con su legislación la protección que se dispensa a los consumidores, siempre y cuando se respeten los mínimos establecidos en la directiva, que son imperativos.

2.2.2. Legislación estatal

Existe una gran profusión normativa que afecta a las cláusulas abusivas, en este trabajo nos vamos a centrar en las normas más importantes.

En primer lugar tenemos la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC)¹⁷. Esta ley establece en su preámbulo que su finalidad es la transposición de la Directiva 93/13/CEE analizada *ut supra*.

El artículo 1 LCGC nos da la definición de que es una condición general de la contratación, y la define en el siguiente sentido:

“Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.”

Es decir, que para que nos encontremos ante una condición general de la contratación, la referida cláusula contractual tiene que tener tres características:

¹⁶ STJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980.

¹⁷ Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE Núm. 89, de 14 de abril de 1998)

- i. En primer lugar tenemos que estar ante una cláusula predispuesta, se entiende que una cláusula esta predispuesta cuando esta venga redactada antes de la celebración del contrato y su incorporación en el contrato sea voluntad unilateral del empresario, de esta misma forma lo entiende MARTA CARBALLO FIDALGO que expone que:

“Ni el texto español ni el comunitario prejuzgan la autoría del clausurado, que puede así deberse a un tercero: basta con que su confección sea previa a la celebración del contrato y su vocación de integrarlo derive de la voluntad unilateral del empresario.”¹⁸

- ii. En segundo lugar, la estipulación tiene que haber sido impuesta por el empresario en el contrato, en este sentido MARTA CARBALLO afirma que:

“Por su parte, la idea de imposición se vincula a la inevitabilidad de la cláusula por el consumidor que desea obtener el particular bien o servicio que se trate.”¹⁹

- iii. Y por último, tiene que tratarse de un tipo de cláusula que no haya sido redactada para ser incorporada a un contrato concreto, sino que su vocación es la de ser incorporada de forma general en una pluralidad de contratos.

Hay que aclarar, que las condiciones generales de la contratación no son abusivas automáticamente. No obstante, si una condición general de la contratación, en el ámbito de la contratación con consumidores, es declarada abusiva, esto conllevaría la nulidad de la misma. En este sentido se pronuncia el legislador en el artículo 8 de la LCGC al establecer que serán nulas las condiciones generales que sean abusivas. El referido artículo a su vez nos remite al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) para determinar cuándo nos encontramos ante una cláusula abusiva.

En segundo lugar tenemos que hablar del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Esta norma contiene dentro de su título II un capítulo que aborda únicamente el tema de las cláusulas abusivas, este capítulo es el capítulo II. El artículo 82.1 TRLGDCU nos define que es una cláusula abusiva en el siguiente sentido:

“Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra

¹⁸ Carballo Fidalgo, M.: *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, Bosh, Barcelona, 2013, Pág. 76

¹⁹ Carballo Fidalgo, M.: *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, Op. Cit. Pág. 76.

de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.”

En atención a lo anterior nos encontraríamos ante una cláusula abusiva cuando en un contrato entre un consumidor y un empresario se incluyese alguna estipulación que:

- No hubiese sido negociada individualmente.
- Causase un perjuicio al consumidor.
- Crease un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes intervinientes en el contrato.

El artículo 83 de esta ley establece la consecuencia de que una cláusula sea calificada como abusiva, dicha consecuencia es la nulidad. El hecho de que una cláusula sea declarada abusiva implica que se tiene por no puesta en el contrato, no obstante el resto del contrato seguirá siendo vinculante para las partes, si es que puede continuar subsistiendo si esa cláusula desaparece. Explicado en palabras de DIEZ-PICAZO²⁰:

“La sanción de cláusulas abusivas es la nulidad con carácter parcial, que deja eficaz el resto del contrato.

Ello, no obstante, tanto en la Ley española de Consumidores y Usuarios como en la Directiva europea, se admite con carácter excepcional la nulidad total del contrato en aquellos casos en que esta no pueda subsistir sin las cláusulas abusivas o en que la nulidad conduzca a una inversión de la situación y haga inícua o gravemente onerosa la situación del predisponente.”

Los artículos 85 a 91 de esta ley exponen determinadas cláusulas que automáticamente serán consideradas abusivas en caso de ser incorporadas en un contrato con un consumidor, podría decirse que estos artículos establecen unas “listas negras” de cláusulas en las que la declaración de abusividad será automática.

A continuación, dentro de este apartado tenemos que hablar de la novedosa Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (LRCCI)²¹. Esta ley surge en un intento del legislador por poner fin a todos los problemas que hay en torno a las cláusulas abusivas, problemas que se dan en su mayoría en los contratos de préstamo para la compra de viviendas aseguradas con garantía real, en su mayoría hipotecas.

En su disposición final cuarta esta norma modifica la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y la disposición final octava modifica el Texto Refundido de la Ley

²⁰Diez-Picazo, L.: *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Civitas, Madrid, 1996, Pág. 43.

²¹ Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE Núm 65, de 16 de marzo de 2019)

General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en concreto, de esta última ley modifica el artículo 83, añadiéndole un nuevo apartado que versa así:

“Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho.”

Es decir, la LRCCI añade un nuevo parámetro para determinar la abusividad de una cláusula que es que la cláusula haya sido incorporada de modo no transparente en el contrato. Tendremos que esperar para ver que interpretación hacen los tribunales de este parámetro, y cuando consideran, en su buen arbitrio, que una cláusula ha sido incorporada de “modo no transparente” en un contrato.

Además, esta norma también atribuye nuevas facultades a los fedatarios públicos, les otorga la obligación, en primer lugar, de asegurarse de que a los consumidores les ha sido la información precontractual necesaria para que puedan alcanzar a comprender que es lo que van a contratar y las consecuencias económicas de ese acto. En segundo lugar también les impone el deber de explicarles esta información precontractual, someterles a un test cuya finalidad es asegurar que los contratantes han comprendido lo que se les ha explicado, y, por último, levantar un acta que de fe de que todas estas actuaciones anteriormente mencionadas se han llevado a cabo.

Las obligaciones que la LRCCI les impone a los notarios será explicadas de una forma más extensa en los apartados de este trabajo que versan sobre el papel de estos funcionarios dentro del ámbito de la contratación de préstamos hipotecarios, no obstante, se hacía obligado realizar una breve explicación introductoria de esta norma aquí, al abordar este apartado el tema de la normativa estatal que afecta a este tema.

Otra norma que es preceptiva mencionar es el Real Decreto-ley de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo²². Este Real Decreto-ley fue dictado después de que el TJUE rectificase la línea jurisprudencial que había sentado el TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013, y su finalidad fue tratar de evitar, o al menos reducir, el elevado número de asuntos ingresados en los juzgados.

En concreto en su artículo primero se establece que la finalidad de la norma es adoptar medidas que regulen adecuadamente la devolución de las cantidades que habían sido indebidamente pagadas por los suscriptores del préstamo hipotecario.

²² Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo. (BOE Núm. 18, de 21 de enero de 2017)

Como medidas que incluye este Real Decreto-ley tenemos que, las entidades bancarias deberán facilitar un sistema de reclamación previa. Una vez planteada una reclamación por el consumidor la entidad tendrá que realizar un cálculo de lo que se le debe devolver, una vez realizado este cálculo se le notificara al consumidor, que tendrá que manifestar si está de acuerdo o no con la cantidad que le ofrece la entidad.

Si está conforme, le entidad tendrá que acordar con el consumidor la devolución en efectivo de esa cantidad.

Todo el proceso tendría una duración máxima de tres meses desde que el consumidor interpusiese la reclamación, si este plazo se terminase sin acuerdo se entendería que el procedimiento extrajudicial ha terminado y el consumidor, en ese caso, podrá interponer una demanda para reclamar las cantidades que considera que se le adeudan.

Como se puede observar de los párrafos anteriores, estos mecanismos que establece el Real Decreto-ley tienen por objeto intentar reducir la carga de trabajo a la que se estaban viendo sometidos los tribunales.

Y, por último dentro de este apartado tenemos que hablar de la Orden Ministerial de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios²³.

Esta orden, proveniente del Ministerio de Economía y Hacienda, va dirigida a la protección de los clientes, o clientes potenciales de la actividad financiera. Tienen esta consideración las personas físicas, con relación a las actuaciones realizadas por las entidades de crédito, tanto españolas como extranjeras, a la hora de comercializar sus servicios bancarios.

En sus artículos 6 y 7, esta orden habla de la información precontractual y contractual que tienen que suministrar los bancos a los consumidores, esta información tiene por objeto que el cliente sea capaz de comprender que es lo que está contratando y las implicaciones económicas de esa contratación. Como se explicara más adelante, la falta de información precontractual es uno de los factores que puede determinar la abusividad de una cláusula.

²³ Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE Núm 26, de 29 de octubre de 2011)

En el artículo 11 se establece que determinada información, calificada como esencial, deberá ir resaltada, además, también se establece, que toda la información que se suministre tendrá que estar redactada de manera clara y comprensible.

El capítulo II de esta norma se refiere concretamente a los contratos de préstamo hipotecario, en particular, aquellos que sean formalizados por una persona física para la adquisición de una vivienda o la adquisición o conservación de derechos de propiedad de terrenos o edificios construidos o pendientes de construir.

La sección segunda de este capítulo se dedica exclusivamente a la información precontractual, estableciendo que los bancos deberán de suministrar esta información de forma gratuita mediante una Ficha de Información Precontractual (FIPRE), cuyo modelo se encuentra inserto en el anexo I de la Orden. Así mismo se establece que esta información precontractual será meramente orientativa.

Una vez que el cliente haya comunicado a la entidad bancaria cuáles son sus necesidades de crédito y su situación financiera, la entidad bancaria deberá proporcionar una información personalizada, utilizando para ello una Ficha de Información Personalizada (FIPER), que también dispone de un modelo incluido en el anexo II de la orden.

Posteriormente, cuando el cliente ya haya mostrado su voluntad de contratar, la entidad bancaria deberá proporcionarle al cliente una oferta vinculante, esta oferta deberá facilitarse mediante el uso del modelo del FIPER. A la información básica que incluye el modelo del anexo II se le deberá de añadir la siguiente información: que se trata de una oferta vinculante, y el tiempo de vigencia de la oferta.

Si en el préstamo se hubiesen establecido limitaciones al tipo de interés, tales como cláusulas suelo o techo, esta circunstancia deberá de recogerse en un anexo, que se adjuntara junto con el FIPER. En este anexo se tendrá que establecer el tipo mínimo y máximo de interés a aplicar y la cuota de amortización mínima y máxima.

Respecto a las disposiciones que incluye esta norma para la regulación del otorgamiento de la escritura pública, esto se analizara en el apartado de este trabajo dedicado al análisis de la normativa que afecta al notariado.

3. ESTADO DE LA CUESTIÓN

En este apartado se analizará la situación jurisprudencial y doctrinal en la que se encuentran el tratamiento de este tipo de cláusulas. Este apartado se dividirá en dos bloques: en el primero de ellos será examinado el estado de la cuestión con una visión general; y, posteriormente, en el segundo bloque se analizarán de forma individualizada las cláusulas abusivas que han originado una mayor controversia en la actualidad. En concreto las cláusulas suelo, las de gastos, las de IRPH y las de vencimiento anticipado del contrato.

3.1. REGIMEN DE CONTROLES A SEGUIR PARA DECLARAR LA ABUSIVIDAD DE UNA CLÁUSULA

Como se puede concluir de lo argumentado la declaración de la abusividad de una cláusula no es algo automático, salvo en aquellos casos en que nos encontremos con una cláusula que se encuentre comprendida en alguna lista de las establecidas legalmente en las cuales se incluyen todas aquellas cláusulas que son consideradas abusivas independientemente del caso.

De este modo, una cláusula tiene que pasar por varios filtros, o mejor dicho, no superar varios filtros, para ser declarada como abusiva. En los apartados posteriores se analizará cada uno de estos filtros de una forma individualizada.

3.1.1. Control de transparencia

El control de transparencia puede ser definido como aquel que tiene como finalidad analizar si una determinada cláusula, aparte de ser comprensible de una forma meramente formal o gramatical, ha podido ser conocida por el consumidor de una forma real, de modo que este haya podido entender las obligaciones que asume y las consecuencias económicas que va a tener para él la suscripción de ese contrato.

El Tribunal Supremo definió en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, por primera vez, en qué consistía el control de transparencia de la siguiente forma:

“[...]el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.”

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 9 de mayo de 2013, configura un doble control de transparencia que consta de dos fases:

- En primer lugar se configura un control de inclusión, que consiste en un análisis formal y gramatical de la cláusula. La finalidad de este control es asegurar que la cláusula ha tenido una redacción concreta, clara y sencilla.
- Una vez superado el control de inclusión se pasa a la segunda fase, que será el control de transparencia, este segundo filtro solo se aplica en contratación con consumidores, en él analiza si la cláusula ha sido conocida de manera efectiva por el consumidor. “Dicho en otras palabras, el segundo control de transparencia, al que podemos llamar de comprensibilidad real, exige que la cláusula suelo permita al consumidor saber que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato y conocer la posición jurídica y económica en la cual se encuentra como parte del mismo”.²⁴

El Alto Tribunal configura este doble control de transparencia para aplicarlo en aquellas cláusulas que afectan a un elemento que defina el objeto principal del contrato, pues la Directiva 93/13 excluye la aplicación del control de abusividad de este tipo de cláusulas en su artículo 4.2.

El ejemplo más claro de cláusulas que afectan a elementos esenciales del contrato son las denominadas “cláusulas suelo”, que son las que están enjuiciadas en la sentencia de 9 de mayo de 2013, y la razón por la que el Tribunal Supremo configura el doble control de transparencia.

De este modo, el Tribunal Supremo considera que para que no sea de aplicación el control de contenido, habrá que superar el doble control de transparencia, es decir, el control de inclusión y el de comprensibilidad real.²⁵

Respecto de la importancia de la comprensibilidad real, se ha pronunciado también la gran sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 21 de Diciembre de 2016²⁶, en sus apartados 50 y 51.

“50. Ahora bien, a este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un

²⁴ Muñoz Rodrigo, G. “El control de transparencia en las cláusulas suelo”. *Rev. Boliv. De Derecho* N°25, enero de 2018 (ISSN: 2070-8157). Pág. 223.

²⁵ Muñoz Rodrigo, G. “El control de transparencia en las cláusulas suelo”. *Op. Cit.* Pág. 223.

²⁶ STJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados c- 154/15, C-307/15 y C-308/15. ECLI:EU:C:2016:980.

contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 44).

51. Por lo tanto, el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular.”

De este modo, la posición del Tribunal Supremo se ve refrendada por lo manifestado por el TJUE, dándole una importancia nuclear a la hora de valorar la abusividad de una cláusula, no solo a la sencillez en la redacción de la referida disposición contractual, sino también al nivel de conocimiento real de esa cláusula que tenía el consumidor.

Este conocimiento real se entiende como la capacidad que ha tenido el consumidor de entender las consecuencias que iba a tener para él a nivel económico y a nivel de la suscripción de obligaciones la inclusión de esa cláusula.

3.1.2. Control de abusividad

El control de abusividad consiste en un control del contenido de ciertas cláusulas cuyo contenido puede generar desequilibrios entre las partes y, por tanto, que están sometidas a escrutinio. Las cláusulas accesorias siempre estarán sometidas a este tipo de control.

Tanto la Directiva 93/13/CEE en su artículo 4.2 como la normativa estatal en el artículo 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la contratación excluyen del control de abusividad aquellas cláusulas que afecten a elementos esenciales del contrato, siempre y cuando estas cláusulas estén redactadas de forma clara.

Como se anticipó, este control de contenido consiste en enjuiciar si las cláusulas cuya abusividad se está analizando imponen unas obligaciones desproporcionadas al consumidor.

Este control, por tanto, y en atención a lo expuesto en los párrafos anteriores se limita a aquellas cláusulas que no son consideradas elemento esencial del contrato. En este caso, estas cláusulas no tienen que superar un control de transparencia, como ocurría con las cláusulas que constituían el núcleo del contrato, sino que su abusividad se declarará directamente por causar un perjuicio al consumidor adherente que este no tiene la obligación jurídica de soportar.

Es decir, en palabras de GONZALO MUÑOZ RODRIGO: “En el control de abusividad aplicado a este último tipo de cláusulas lo que se va a valorar es la proporcionalidad de la cláusula, el equilibrio o justicia de ese pacto en el contrato, con el objeto de verificar si el predisponente se ha aprovechado de su posición ventajosa para sobrecargar al adherente en la balanza de derechos y obligaciones que hay en el contrato.”²⁷

El baremo que se usa como método de control para determinar si una cláusula impone obligaciones desproporcionadas al adherente es el parámetro de la “buena fe”.

Una forma ejemplificativa que tienen los jueces de valorar si una cláusula se ha redactado mediando “buena fe” es comparar el clausulado con lo que habría regido en caso de haberse aplicado las normas dispositivas del ordenamiento jurídico. Si las obligaciones impuestas a las partes son similares a las que impone el ordenamiento jurídico, para el supuesto en cuestión, habrá mediado “buena fe”. Por el contrario, si en comparación con las normas dispositivas las obligaciones de una de las partes son desproporcionadas respecto de la otra parte se podrá declarar la abusividad de la cláusula.

Aunque el control de abusividad está excluido, en principio, de su aplicación en cláusulas que afecten a elementos esenciales del contrato, el TJUE en su sentencia de 3 de junio de 2010²⁸ determinó que la Directiva 93/13/CEE no se oponía a que la normativa estatal autorizase el control de abusividad sobre cláusulas que afectan al objeto principal del contrato.

En atención a esa resolución, el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013, ya citada en varias ocasiones a lo largo de este trabajo, en la cual se enjuiciaba la abusividad de las denominadas “cláusulas suelo”, optó por crear un control de transparencia dual, el cual también ha sido explicado con anterioridad.

Este control no se podría hacer de no ser por la interpretación que hizo el TJUE en la sentencia mencionada en el párrafo anterior. Y ello porque las cláusulas suelo afectan al objeto principal del contrato. y por lo tanto, si se hace una aplicación literal del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 y del artículo 8.2 del LCGC estaría excluida del control de abusividad.

²⁷ Muñoz Rodrigo, G. “El control de transparencia en las cláusulas suelo”. *Op. Cit.* Pág. 247.

²⁸ STJUE (Sala Primera) de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08, ECLI:EU:C:2010:309

3.2. EFECTOS DE LA DECLARACION DE UNA CLÁUSULA COMO ABUSIVA

Los efectos que tiene la declaración como abusiva de una cláusula viene regulado tanto en la normativa europea como en la estatal.

En ambos tipos de regulación se establecen que el efecto es la nulidad de la cláusula, es decir, que esta se tenga por no puesta, de modo que no vincule en ningún sentido al consumidor.

La Directiva 93/13 regula esta cuestión en el artículo 6.1 que dispone lo siguiente:

“Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.”

De la literalidad del este artículo se pueden extraer dos conclusiones, la primera es que una cláusula que es declarada abusiva no puede tener ningún tipo de efecto para el consumidor. Esta declaración produce efectos *ex tunc*, de modo que aquellas prestaciones que se hubieran efectuado deberán retornarse a fecha de celebración del contrato.

La segunda conclusión que se puede extraer es que la declaración como abusiva de una cláusula de un contrato celebrado con consumidores no convierte por sí misma en nulo la totalidad del contrato. Únicamente se podrá declarar como nulo el contrato, si al tener por no puesta la cláusula concreta que ha sido declarada como abusiva imposibilita que el resto del contrato pueda subsistir.

La finalidad de esta disposición es crear un efecto disuasorio en los profesionales, pues de no incluirse esta previsión, el poner la cláusula no tendría ninguna consecuencia para ellos. Si esta previsión no existiese, los prestamistas obtendrían un enriquecimiento injusto hasta que se declarase la abusividad de la cláusula en cuestión.

También diluiría los efectos disuasorios que busca la directiva el hecho de que se permitiese integrar el contrato. Esta excepción solo es aceptada en aquellos casos en que la cláusula declarada abusiva sea imprescindible para la supervivencia del contrato, o que la declaración de abusividad de una cláusula implicase automáticamente la nulidad del contrato completo.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en diversas ocasiones, como en el párrafo 69 la sentencia de 14 de junio de 2012²⁹, que establece que:

“[...]si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores [...], en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.”

Este argumento se ha continuado utilizando en sentencias posteriores del TJUE como en la sentencia de la Sala Cuarta de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13) o la sentencia de la Gran Sala de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15).

En cuanto a lo que establece la legislación estatal en torno a esta cuestión, hay que referirse al artículo 83 del TRLGDCU, que en esencia establece lo mismo que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13. La única diferencia que se puede apreciar, es que en el articulado de la norma española se establece literalmente que esas cláusulas “se tendrán por no puestas”, algo que ya se desprendía del tenor literal del artículo 6 de la referida Directiva.

Pese a que la literalidad del artículo 83 del TRLGDCU prohíbe la integración del contrato por parte del juez, salvo en casos excepcionales, y también determina la “no vinculación” de este tipo de cláusulas a los consumidores; y a pesar de que en el mismo sentido se ha pronunciado en diversas ocasiones el TJUE, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones de una forma que parece contradecir esta prohibición.

A modo de ejemplo puede nombrarse la sentencia de 9 de mayo de 2013, ya nombrada en diversas ocasiones a lo largo del cuerpo de este trabajo, en la cual el alto tribunal limita la retroactividad de su resolución, limitando los efectos de la declaración de nulidad establecidos en su fallo a la fecha de la sentencia, manifestando que el mismo tendrá únicamente efectos *ex nunc*.

Esa limitación contradecía claramente lo dispuesto por la normativa europea y la estatal, y en este sentido se ha pronunciado el Excmo. Sr. Magistrado Don Francisco

²⁹ STJUE (Sala Primera) de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349

Javier Orduña Moreno en su voto particular inserto en la sentencia n.º 139/2015, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 25 de marzo³⁰, al cual se adhirió el Excmo. Sr. Magistrado Don Xavier O' Callaghan Muñoz. El referido voto particular argumentaba lo siguiente:

“Atentándose, del mismo modo, al efecto sancionador y disuasorio que informó la sentencia citada del TJUE, pues dada esta integración parcial de la eficacia de la cláusula nula, el mensaje que se transmite no es otro que el de la posibilidad de incumplir los especiales deberes de transparencia por el predisponente, sin sanción inicial alguna, que es lo que aquí ocurre al no estimarse la restitución de dichas cantidades con carácter "extunc", esto es, desde el momento en que venía obligado el predisponente.”

Esta tendencia también se aprecia en la sentencia de Pleno de 23 de enero de 2019³¹. En ella el Tribunal Supremo al resolver la controversia en torno a la cláusula de gasto en operaciones de préstamo hipotecario, volvió a incurrir en esta práctica.

Así se desprende del reparto que efectúa a pesar de considerar la cláusula nula por abusiva.

3.3. ANÁLISIS INDIVIDUALIZADO DE DIVERSAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

En este apartado, y tras toda la exposición ya realizada, se analizarán de manera individualizada cuatro cláusulas, cuya abusividad ha sido declarada recientemente y que han tenido gran repercusión económica entre los consumidores que habían formalizado préstamos hipotecarios. Se trata de:

- La cláusula suelo
- La cláusula de gastos
- La cláusula de vencimiento anticipado
- La cláusula de IRPH

Para el estudio de cada una de las cláusulas se seguirá la misma sistemática, en un intento de dar claridad a la exposición. En primer lugar se hará una explicación de que es cada cláusula y qué consecuencias tiene, posteriormente se analizará el tratamiento jurisprudencial que han tenido ese tipo de cláusulas a lo largo del tiempo, y, por último se explicará el estado en el que se encuentran dichas cláusulas en la actualidad.

3.3.1. Cláusulas Suelo

Las denominadas cláusulas suelo son unas disposiciones incluidas dentro de los contratos de préstamos hipotecarios de interés variable. En los préstamos de interés

³⁰ STS Pleno (Sala de lo Civil), de 25 de marzo de 2015 (Roj 1280/2015), ECLI:ES:TS:2015:1280.

³¹ STS Pleno (Sala de lo Civil), de 23 de enero de 2019 (Roj 104/2019), ECLI:ES:TS:2019:104.

variable se sujeta el tipo de interés a un índice sobre el que se aplica un diferencial, y que da como resultado el tipo de interés que se va a pagar, en España el índice que se suele utilizar es el Euribor.

De esta forma en los préstamos de interés variable la cuota de amortización es más alta o más baja dependiendo de la evolución del índice de referencia que se utiliza para calcular la cuota de amortización a un periodo determinado.

Las cláusulas suelo lo que hacían era limitar el tipo de interés, tanto a la alza (techo), como a la baja (suelo), de esta forma si los intereses bajaban por debajo del suelo que había puesto la entidad en la escritura el cliente no se beneficiaba de la bajada de los tipos de interés. Pero la escritura también establecía un “techo” de forma que si los intereses subían por encima de ese porcentaje el cliente no se vería perjudicado por esa subida y el “techo” actuaría como límite.

En los años 2007-2008 el Euribor se situaba en torno al 5%, de modo que la cláusula suelo no operaba, el problema llegó cuando el Euribor tuvo una caída vertiginosa, llegando a estar en mínimos históricos, esto ocurrió en el año 2009, en este periodo el Euribor se situó alrededor del 1,25%.

Y es en este periodo, a partir del año 2009 cuando las cláusulas suelo comienzan a desplegar sus efectos impidiendo al consumidor ver abaratado el coste de amortización del préstamo. Estas cláusulas establecían un mínimo de intereses que el consumidor iba a tener que pagar, independientemente de la variación del tipo de interés, y este mínimo que establecían las entidades bancarias, a partir del 2009 era siempre superior a la situación del tipo de interés en este periodo.

De este modo un préstamo hipotecario de interés variable se transformaba en un préstamo hipotecario de interés cuasifijo, de manera que el consumidor no se podía beneficiar de la variación del tipo de interés.

La primera gran sentencia que tenemos que destacar en relación con las cláusulas suelo es la del TS de 9 de mayo de 2013. Esta resolución determina la nulidad de las cláusulas suelo declarando las mismas abusivas. Antes de esta sentencia, las Audiencias Provinciales se habían manifestado tanto a favor como en contra de este tipo de estipulación.

La sentencia de 9 de mayo de 2013 del Tribunal Supremo resuelve una acción colectiva que se interpuso contra el BBVA, Nova Caixa Galicia y Cajamar, y el fallo determina la nulidad de todas las cláusulas suelo que se encontraban en el articulado de cientos de préstamos hipotecarios suscritos por las referidas entidades.

Para declarar la abusividad de estas cláusulas, el TS en la sentencia mencionada en el párrafo anterior, puesto que se trata de una cláusula que afecta a un elemento esencial del contrato, y que por lo tanto la Directiva 93/13 excluye del control de abusividad, lo que hace el Tribunal Supremo es someter la cláusula a un doble control de transparencia. El primero de estos controles es un control de incorporación y el segundo de ellos un control de cognoscibilidad real.

El TS consideró que el superar uno de los dos controles de transparencia no es suficiente para superar el control de abusividad, de manera que para que no se pueda realizar un control de contenido, habría que someter la cláusula al doble filtro de transparencia y que este sea superado.

En esta sentencia, las cláusulas suelo enjuiciadas superaron el primer control de transparencia, pero no superaron el segundo, al considerar el tribunal que los consumidores no estaban adecuadamente informados de la existencia de esa cláusula en los contratos que habían suscrito.

Muñoz Rodrigo, para explicar que razonamientos fueron los que motivaron que el Tribunal Supremo entendiese que las cláusulas suelo no habían superado el control de cognoscibilidad real, recurre a lo expuesto por el Profesor Doctor Javier Plaza Penadés.

“En ese sentido, Plaza Penadés señala que lo que llevó al Supremo a concluir que se había incumplido el deber de transparencia fue un “dato objetivo”, “la falta de información previa, clara y comprensible, lo que impidió la correcta prestación de un consentimiento informado y de una correcta comprensión de la posición contractual y del alcance que, en este caso, una cláusula suelo tiene en un préstamo de interés variable”.”³²

La instauración de esta línea jurisprudencial lo que pretendía era aumentar el nivel de protección al que se somete al consumidor, por encima de lo establecido por la Directiva Europea.

³² Plaza Penadés, J.: “Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo”, *Diario la Ley*, 2013, núm. 8112, pág.7. Citado en: Muñoz Rodrigo, G. “El control de transparencia en las cláusulas suelo”. *Op. Cit.* Pág. 224.

Esta sentencia en su fallo también limita la retroactividad de su resolución, decisión que justifica en cuestiones de economía estatal, es decir, que el Tribunal Supremo considera que de no hacerse esta limitación las entidades bancarias tendrían que devolver un montante económico muy grande que pondría en peligro la estabilidad económica del país. En consecuencia el tribunal declaró la eficacia *ex tunc* de su resolución para evitar el grave impacto que sufriría la economía del país y los bancos en caso contrario.

Esta limitación de la retroactividad fue cuestionada en un voto particular hecho a la propia sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado don Francisco Javier Orduña Moreno y al que se adhirió con posterioridad el Excmo. Sr. Magistrado don Xavier O' Callaghan Muñoz, por considerar que esa limitación lo que hacía era evitar el efecto disuasorio perseguido por la Directiva 93/13.

Lo defendido por ambos magistrados fue refrendado con posterioridad por el TJUE, que en su sentencia de 21 de diciembre de 2016, ya referenciada en párrafos anteriores, determinó que la limitación de la retroactividad que hacía la sentencia de 9 de mayo de 2013 del TS era contraria al artículo 6.1 de la Directiva, declarando que:

“El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.”

Tras esta sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Alto tribunal rectificó este extremo, y en sentencias posteriores como la sentencia de 24 de febrero³³, la sentencia de 18 de mayo³⁴ o la sentencia de 18 de julio³⁵, el Tribunal Supremo ya establece que las resoluciones en las que se declara la nulidad de las cláusulas suelen tener efectos *ex tunc*.

3.3.2. Cláusulas de gastos

Las cláusulas de gastos son aquellas que imponen todos los gastos que se derivan de la formalización del contrato al cliente.

³³ STS (Sala de lo Civil) de 24 de febrero de 2017 (Roj 447/2017), ECLI:ES:TS:2017:477.

³⁴ STS (Sala de lo Civil) de 18 de mayo de 2017 (Roj 1898/2017), ECLI:ES:TS:2017:1989.

³⁵ STS (Sala de lo Civil) de 18 de julio de 2019 (Roj 2510/2019), ECLI:ES:TS:2019:2510.

Los gastos que se derivan de la suscripción de este tipo de contratos son principalmente los siguientes: gastos de gestión, gastos de notaría, gastos de registro de la propiedad, gastos de tasación del incumplimiento o la liquidación del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (ITP y AJD).

Estos gastos incluyen tanto gastos preceptivos para poder contratar el préstamo hipotecario (gastos de notaría), como aquellos gastos que se tiene que afrontar una vez formalizada la misma (liquidación del ITP y AJD).

Mediante su inserción se produce una distribución indiscriminada de gastos al cliente, cuando a la vista de la normativa reguladora de cada concepto esto no siempre es así.

Muchos de estos gastos deberían ser de cuenta del prestatario, pero esta cláusula, independientemente de quien tuviese que hacerles frente se los imponía todos al consumidor.

El primer pronunciamiento que tenemos del Tribunal Supremo declarando como abusivas este tipo de cláusulas es de 23 de diciembre de 2015, en la sentencia n.º 705/2015³⁶.

Aunque en este recurso se enjuiciaba la validez de diversas cláusulas, como cláusulas suelo, cláusulas de vencimiento anticipado y cláusulas de gastos, será sobre la argumentación que hace el tribunal entorno a este último tipo de cláusulas en el que nos centraremos en este apartado.

El Tribunal Supremo parte de lo predicado en el artículo 89.3 del TRLGDCU. Este artículo es una de las “listas negras” de las que se habló en uno de los apartados anteriores, es por ello que cualquier tipo de cláusula contenida en él se considerará automáticamente abusiva.

En concreto el apartado tercero de ese artículo establece como abusivas las cláusulas que impongan al consumidor los gastos de documentación y tramitación que por ley correspondan al empresario. Sólo con la lectura de este artículo, ya puede anticiparse el carácter abusivo de las cláusulas de gastos.

³⁶ STS (Sala de lo Civil) de 23 de diciembre de 2015 (Roj: 5618/2015), ECLI:ES:TS:2015:5618.

Partiendo de esta base normativa el Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de diciembre de 2015 anteriormente mencionada declara lo siguiente:

“En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU).”

Respecto de la cláusula que impone el pago del ITPO y AJD, se manifestó el Tribunal Supremo en el siguiente sentido:

“De tal manera que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario [...]”

De este modo el Tribunal Supremo declaró por primera vez la abusividad de las cláusulas de gastos incluidas dentro de contratos de préstamo hipotecario, cláusulas que atribuían todos los gastos al cliente.

Si seguimos avanzando en el tiempo, el Tribunal Supremo tiene ocasión de volver a pronunciarse sobre las cláusulas de gastos el 15 de marzo de 2018 en dos sentencias, la sentencia 147/2018³⁷ y la sentencia 148/2018³⁸. En ambas sentencias el Tribunal mantiene su doctrina pasada y establece que las cláusulas que imponen indiscriminadamente todos los gastos necesarios para la formalización del préstamo hipotecario al consumidor son abusivas.

La particularidad de esta sentencia es que hace un matiz en lo referente al ITP y AJD, y es que impone en su totalidad el pago de estos impuestos al prestatario. No obstante, a pesar de esta resolución, la sentencia también limita los efectos restitutorios por la declaración de abusividad.

³⁷ STS Pleno (Sala de lo Civil), de 15 de marzo de 2018 (Roj: 848/2018), ECLI:ES:TS:2018:848.

³⁸ STS Pleno (Sala de lo Civil), de 15 de marzo de 2018 (Roj: 849/2018), ECLI:ES:TS:2018:849.

En octubre del mismo año el Tribunal Supremo, esta vez su Sala Tercera, en la sentencia n.º 1505/2018 de 10 de Octubre³⁹ se pronunció sobre la consideración de quien debe ser el obligado al pago del Impuesto de AJD que había hecho la Sala Primera en las sentencias de 15 de marzo, y corrigió la línea jurisprudencia que habían marcado estas sentencias, declarando en este momento que el obligado al pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados es el prestamista.

Esta sentencia causó cierto revuelo, esto dio lugar a que el gobierno dictase un Real Decreto Ley⁴⁰, en el cual atribuía el pago del impuesto a las entidades bancarias en lo sucesivo.

De nuevo, el 27 de noviembre de 2018 el Alto Tribunal volvió a cambiar su línea jurisprudencial, regresando a la doctrina previa a la sentencia de 16 de octubre y confirmando la resolución de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de marzo, volviendo a declarar que el obligado al pago del Impuesto de AJD es el prestatario, y limitando de nuevo los efectos restitutorios.

Al año siguiente, concretamente el 23 de enero de 2019, la Sala Primera del Tribunal Supremo nuevamente se pronuncia sobre las cláusulas de gastos en las sentencias 44⁴¹, 46⁴², 47⁴³, 48⁴⁴ y 49⁴⁵. Estas son las sentencias más recientes respecto de este tema y, por tanto, lo establecido en ellas marca la línea jurisprudencial que tendrán que seguir nuestros tribunales en la actualidad para resolver sobre esta cuestión.

En estas sentencias el Tribunal Supremo intentó aclarar toda su doctrina anterior y explicar sistemáticamente como se debe hacer la distribución de los gastos derivados de la formalización del préstamo hipotecario, al tiempo que vuelve a declarar la abusividad de este tipo de cláusulas

En primer lugar, respecto de los gastos de notaría y de registro, se manifiesta el Tribunal Supremo en el sentido de que a pesar de que la cláusula que impone todos los

³⁹ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 16 de octubre de 2018 (Roj: 3422/2018). ECLI:ES:TS:2018:3422.

⁴⁰ Real Decreto-Ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre. (BOE Núm. 271, de 9 de noviembre de 2018)

⁴¹ STS (Sala Primera) de 23 de enero de 2019 (Roj: 102/2019), ECLI:ES:TS:2019:102.

⁴² STS (Sala Primera) de 23 de enero de 2019 (Roj: 101/2019), ECLI:ES:TS:2019:101.

⁴³ STS (Sala Primera) de 23 de enero de 2019 (Roj: 103/2019), ECLI:ES:TS:2019:103.

⁴⁴ STS (Sala Primera) de 23 de enero de 2019 (Roj: 104/2019), ECLI:ES:TS:2019:104.

⁴⁵ STS (Sala Primera) de 23 de enero de 2019 (Roj: 105/2019), ECLI:ES:TS:2019:105.

gastos es abusiva, los gastos de notaría son pagos que no se le hacen a la entidad bancaria, y por ello la declaración de nulidad de la cláusula no puede conllevar que un tercero no perciba sus honorarios. Este argumento dado por el Alto Tribunal adolece, en mi opinión, de ciertas lagunas, pues el hecho de que se haya declarado la abusividad de la cláusulas de gastos, y en consecuencia su nulidad, lo que implicaría sería que la entidad bancaria debería abonarle al prestatario la cantidad que este tuvo que pagarle al notario y al registro, sin que en ningún caso estos últimos se quedasen sin percibir sus honorarios.

No obstante, una vez dicho esto el tribunal afirma que la cláusula como consecuencia de su declaración de nulidad habrá sido expulsada del contrato y habrá que actuarse de acuerdo a lo que establecía la legislación en el momento de la formalización del préstamo. Siguiendo esta interpretación se establece que los gastos de notaría y de gestoría de formalización se tendrán que abonar por mitades, a excepción de los gastos de inscripción en el registro de la propiedad que sería a cargo del prestamista.

Así pues, la Sentencia 44/2019, de 23 de enero manifiesta lo siguiente:

“Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y de un documento que le permita la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad para que quede válidamente constituida (art. 1875 del Código Civil en relación con el art. 3 de la Ley Hipotecaria), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención del préstamo que, por contar con garantía hipotecaria, se concede a un tipo de interés habitualmente más bajo que el que se establece en los préstamos sin esa garantía.”

“A diferencia, pues, del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos, a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquel a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.

Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a este al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca.”

Todos estos cambios jurisprudenciales han creado cierta inseguridad jurídica, y es por ello que a algunos tribunales inferiores se les han suscitados dudas en cuanto a si la actual línea jurisprudencial no sería contraria al Derecho de la Unión, el cual prima sobre el derecho nacional.

En concreto, respecto de esta cuestión, ya hay planteadas dos cuestiones prejudiciales, ambas citadas en apartados anteriores, una por el Juzgado de 1ª instancia n.º 17 de Palma de Mallorca y otra por el Juzgado de 1ª instancia e instrucción n.º 6 de Ceuta.

Ambas cuestiones le plantean al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si la línea jurisprudencial que está siguiendo el Tribunal Supremo en la actualidad, y que como tal les vincula, no es contraria a ninguna disposición de la Directiva. En concreto a la que prohíbe que una cláusula declarada abusiva vincule al consumidor, así como la prohibición que tienen los tribunales de integrar el contrato, prohibición que solo se ve exceptuada en los casos en los que el contrato no pueda subsistir sin la existencia de la referida cláusula. Así mismo también se cuestionan la validez de la limitación en el tiempo que hace el alto tribunal respecto de la restitución de los pagos indebidamente realizados.

Habrá que esperar a que el TJUE se pronuncie para saber si en el futuro se mantendrá la línea que rige en la actualidad, o si por el contrario se modificara de nuevo la línea jurisprudencial a seguir. Aclarando si la interpretación realizada por el TS se adecuó a Derecho o no.

3.3.3. Cláusula de vencimiento anticipado

Las cláusulas de vencimiento anticipado son unas disposiciones que se incluyen dentro de los contratos de préstamo hipotecario de duración determinada, en las cuales se establecen ciertas situaciones (impago de cuotas, incumplimiento de cualquier obligación, etc.) que permitirían que la entidad bancaria resolviese el contrato antes de que se cumpliera el término fijado para la extinción del mismo.⁴⁶

Las cláusulas de vencimiento anticipado no son abusivas en sí, de hecho están reguladas en la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴⁷ (LEC), en su artículo 693. La abusividad de esta cláusula no viene de que prevea el vencimiento anticipado del contrato, sino por las circunstancias bajo las que se prevé el vencimiento anticipado. Y el enjuiciamiento de la abusividad o no de estas circunstancias le corresponde al juez, en este sentido se pronunció el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 14 de marzo de 2013.⁴⁸

Tras esta resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Supremo dictó dos importantes sentencias analizando la adecuación de cláusulas de

⁴⁶ Martínez de Salazar Bascañana, L.: *Condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos bancarios*. Cádiz: Editora de Publicaciones Científicas y Profesionales, 2002. Pág. 302.

⁴⁷ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE Núm. 7, de 8 de enero del 2000).

⁴⁸ STJUE (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, ECLI: EU:C:2013:164

vencimiento anticipado, la primera la sentencia n.º 705/2015, de 23 de diciembre de 2015⁴⁹ y la segunda es la sentencia n.º 79/2016, de 18 de febrero de 2016⁵⁰.

En la sentencia del 2015 el Tribunal Supremo declaró que las cláusulas de vencimiento anticipado no serán nulas siempre y cuando las circunstancias bajo las que se condiciona la ejecución de la cláusula se aparejen a incumplimientos relevantes de las obligaciones asumidas en el contrato. Por el contrario serán nulas en aquellos casos en los que se deje al arbitrio de la entidad bancaria las circunstancias que darán causa al vencimiento anticipado.

En el caso concreto la cláusula de vencimiento anticipado analizada establece como motivo de resolución contractual el impago de una sola de las amortizaciones, incluso aunque el impago sea parcial.

El Tribunal Supremo analiza esta cláusula y concluye que la misma es nula, confirmando la argumentación que hacía la Audiencia, en concreto se manifestó de la siguiente forma:

“Y en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.”

“Consecuentemente, debe confirmarse la sentencia en cuanto declara la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, que resulta nula e inaplicable. Pero ha de tenerse presente que la abusividad proviene de los términos en que la condición general predispuesta permite el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es per se ilícita.”

También se manifestó el Tribunal Supremo en esta sentencia sobre la idoneidad de continuar por el procedimiento de ejecución hipotecaria en los casos en los que ya se haya activado la cláusula de vencimiento anticipado que ha sido declarada nula. En este sentido manifiestan que:

“De ahí que no pueda afirmarse incondicionalmente que la decisión de proseguir la ejecución sea más perjudicial para el consumidor. Al contrario, sobreseer el procedimiento especial de ejecución para remitir a las partes al juicio declarativo, puede privar a todos los compradores de viviendas mediante préstamos hipotecarios a largo plazo anteriores a la Ley 1/2013, que contengan cláusulas abusivas de vencimiento anticipado, de una regulación que contempla especiales ventajas, como las de liberación del bien y rehabilitación del contrato, en los términos expresados.”

⁴⁹ STS (Sala de lo Civil) de 23 de diciembre de 2015 (Roj: 5618/2015), ECLI:ES:TS:2015:5618.

⁵⁰ STS (Sala de lo Civil) de 18 de febrero de 2016 (Roj: 626/2016), ECLI:ES:TS:2016:626.

En el mismo sentido se vuelve a pronunciar el Alto Tribunal, menos de un mes después, en la sentencia de 18 de febrero de 2016, reafirmando la doctrina sentada por su sentencia n.º 705/2015.

Volvió a pronunciarse el Tribunal Supremo respecto de las cláusulas de vencimiento anticipado de nuevo en la sentencia n.º 463/2019, de 11 de septiembre de 2019⁵¹, en donde se establecen las pautas a seguir respecto de los procedimientos de ejecución hipotecaria llevados a cabo mediante de aplicación de una cláusula de vencimiento anticipado declarada nula.

En esta sentencia se establece que estos procedimientos de ejecución hipotecaria deberán ser sobreseídos siempre y cuando el incumplimiento llevado a cabo por el consumidor no posea la entidad suficiente como para ser considerado grave.

Respecto de la obligación de continuar por el procedimiento de ejecución hipotecaria, por considerarlo más beneficioso para el consumidor, ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente el TJUE en una sentencia de 3 de octubre de 2019⁵².

En esta sentencia el Tribunal de Justicia declara que la voluntad del consumidor es determinante a la hora de ejecutar los efectos tras declarar la abusividad de una cláusula, es decir, el consumidor tiene que tener la posibilidad de escoger, tras haber sido debidamente informado, si quiere seguir vinculado por la cláusula o no.

De igual forma, tampoco se puede obligar al consumidor a adoptar un sistema que le proteja de las consecuencias perjudiciales que se derivan de la anulación del contrato si él no quiere.

El Tribunal de Justicia expresa esta idea de la siguiente forma en el párrafo 55:

“De manera análoga, en la medida en que dicho sistema de protección contra las cláusulas abusivas no es aplicable si el consumidor se opone a ello, el consumidor deberá tener a fortiori el derecho de oponerse a ser, en aplicación de ese mismo sistema, protegido de las consecuencias perjudiciales provocadas por la anulación del contrato en su totalidad cuando no desee invocar tal protección.”

De este modo si aplicamos la doctrina setenada por el TJUE con esta sentencia a la doctrina española, podemos afirmar que en la actualidad el consumidor puede optar por

⁵¹ STS (Sala de lo Civil), de 11 de septiembre de 2019 (Roj: 2761/2019), ECLI:ES:TS:2019:2761.

⁵² STJUE (Sala Tercera), de 3 de octubre de 2019, asunto C-260/18, ECLI: EU:C:2019:819

acudir al procedimiento ordinario para la el cobro de impagos, o acudir al nuevo procedimiento de vencimiento anticipado que ha habilitado el Tribunal Supremo.

3.3.4. Cláusula de IRPH

El Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (IRPH), es un indicador que se utilizó como índice de referencia en las hipotecas de tipo variable, para efectuar el cálculo de las cuotas de amortización en los préstamos de garantía hipotecaria.

De hecho el uso del IRPH se popularizó como alternativa al uso del Euribor en los años 2007-2008 en que esta última se encontraba en sus máximos históricos.

Hasta el año 2013 existían tres modalidades del IRPH, el de cajas de ahorros, el de bancos y el del conjunto de entidades.

El IRPH se obtiene mediante el cálculo de la media ponderada de los tipos de interés de los préstamos hipotecarios a más de tres años concedidos por los bancos y las cajas de ahorros.

A nivel estatal tenemos un pronunciamiento respecto de este índice del Tribunal Supremo, en la sentencia n.º 669/2017, de 14 de diciembre⁵³. En esta sentencia el Tribunal Supremo, en primer lugar, aclaró que pese a tratarse de una cláusula que afecta al objeto principal del contrato, esto no obsta para que sea calificada como condición general de la contratación.

En segundo lugar consideró que no se puede someter la cláusula del IRPH al control de abusividad, pues argumentó que, puesto que estamos ante un índice oficial, esto lo convierte en una disposición reglamentaria, y, por lo tanto, excluido del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, tal y como lo establece su artículo 1.2.

“En suma, ni a tenor de la Directiva 93/13/CEE, ni de la LCGC ni del TRLGCU puede controlarse un índice de referencia, como el IRPH- Entidades, que ha sido fijado conforme a disposiciones legales.

Solamente puede controlarse que la condición general de la contratación por la que se incluye en un contrato con consumidores esa disposición o previsión legal esté redactada de un modo claro y comprensible y sea transparente. Para lo cual, ha de tenerse en cuenta, como ya se ha dicho, que el interés remuneratorio es el precio del contrato de préstamo. En consecuencia, las cláusulas que se refieren al modo de determinación del interés remuneratorio afectan a los elementos esenciales del contrato que determinan su objeto principal (sentencia 367/2017, de 8 de junio).”

⁵³ STS (Sala de lo Civil), de 14 de diciembre de 2017 (Roj: 4308/2017), ECLI:ES:TS:2017:4308.

Una vez el tribunal considera excluida la cláusula del control de abusividad, pasa a someter la referida disposición contractual al control de transparencia.

El Alto Tribunal comienza comprobando si el consumidor era consciente de la existencia de la cláusula y de que esta configuraba un elemento esencial del contrato. Respecto de esto, argumenta el Tribunal Supremo que puesto que se trataba de una cláusula esencial del contrato es imposible que el consumidor no supiese de su existencia.

A continuación, examinó si el consumidor era consciente de las implicaciones económicas que iban aparejadas a esa cláusula, concluyendo que puesto que se trataba de un índice oficial, se podía encontrar información sobre el con facilidad, entendiéndose así el Tribunal Supremo que la cláusula supera el control de transparencia.

“Dado el carácter esencial de la propia cláusula, no cabe considerar que el consumidor no se apercibiera de su importancia económica y jurídica y que pudiera conocer que el interés resultante en dicho periodo se calculaba mediante la aplicación de un índice oficial consistente en una media de los índices hipotecarios de todas las entidades que actuaban en España al que se sumaba un margen o diferencial.”

En cuanto a la posibilidad de que nos encontremos con una cláusula que tiene unas connotaciones económicas más perjudiciales que otros índices, esta es descartada. Se argumentó que los préstamos en los que se incluyó esta cláusula son préstamos cuyo plazo de vigencia es de 35 años, y puesto que aún no se ha cumplido ni un tercio de la vida del contrato, no puede concluirse que el incluir como índice el IRPH haya resultado más oneroso para el consumidor.

Tras esta argumentación, el Tribunal Supremo sienta jurisprudencia concluyendo que la cláusula de IRPH no es una cláusula abusiva, y por lo tanto no se puede declarar su nulidad por falta de transparencia.

No obstante, no todos los magistrados están de acuerdo con la decisión de la Sala, y es por ello que esta sentencia consta de un voto particular formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco Javier Orduña Moreno, al que se adhirió el Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

En este voto particular se valoró que la aplicación que hace la Sala de lo Civil del control de transparencia es contraria a la doctrina establecida por el TJUE. De este modo, estos magistrados consideran que la sentencia da a entender que el hecho de que lo que

se sometió al control sea un índice oficial es, por sí solo, ya razón suficiente para entender superado el control de transparencia. En consecuencia los Excmos. Magistrados expusieron lo siguiente:

“Cabe plantearse, por tanto, en el sentido del deber de transparencia que contempla el artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13/CEE, si el profesional que utiliza el índice de referencia IRPH- Entidades, como índice que responde a una configuración propia y diferenciada respecto de otros índices de referencia de posible utilización, algunos de ellos más usuales en el momento de la contratación, como el índice Euribor, sólo debe establecer la mera referencia a este índice oficial en la cláusula predispuesta, o bien, de forma extensiva, establecer el alcance y funcionamiento concreto del mecanismo de este índice de referencia, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicho índice sobre las obligaciones financieras que asume y, a su vez, esté en condiciones de valorar correctamente otras posibles ofertas de contratación.”

En respuesta a este planteamiento los magistrados critican el hecho de que la Sala no haya tenido en cuenta a la hora de valorar la transparencia de la cláusula el hecho de que la fórmula para calcular el índice de IRPH es una fórmula matemática compleja.

También destacan que el hecho de que se trate de un índice oficial no es óbice para eximir a la entidad bancaria de proporcionar al consumidor información específica o adicional sobre el funcionamiento y el alcance de este índice de referencia en lo relativo al coste de amortización del préstamo.

Por último, los magistrados tampoco comparten la opinión de la Sala respecto de que la cláusula esté fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. Consideran que no se cumplen los requisitos establecidos por el artículo 1.2 de la referida Directiva, en concreto estiman que no se cumple el requisito de la imperatividad, pues el índice IRPH es uno de los habilitados para ser usados por las entidades financieras, y por lo tanto su uso es potestativo.

Tras todo lo anterior, ambos magistrados concluyen que la cláusula no debería haber superado el control de transparencia, y, en consecuencia, se tendría que haber declarado su nulidad por abusiva.

Tras esta sentencia del Tribunal Supremo, el Juzgado de 1ª Instancia n.º 38 de Barcelona planteó una cuestión prejudicial al TJUE el 16 de febrero de 2018⁵⁴ respecto

⁵⁴ Auto del Juzgado de 1ª Instancia n.º 38 de Barcelona, de 16 de febrero de 2018, en el marco del procedimiento ordinario n.º 325/2017

de la interpretación del Derecho de la Unión para el enjuiciamiento de las cláusulas de IRPH.

El TJUE, aún no se ha pronunciado respecto de esta cuestión, no obstante, sí que lo ha hecho el Abogado General Sr. Maciej Szpunar en sus conclusiones, presentadas el 10 de septiembre de 2019.

El Sr. Szpunar comienza examinando la exclusión que hace el Tribunal Supremo de la aplicación de la Directiva 93/13, por aplicación de la excepción contenida en el artículo 1.2 del mismo cuerpo normativo. En opinión del abogado general el índice IRPH no era imperativo, y por lo tanto no se cumplen todos los requisitos para poder aplicar la excepción prevista en el referido artículo, opinión que el Sr. Szpunar manifiesta de la siguiente manera:

“Habida cuenta de que la excepción prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe ser interpretada estrictamente y sin perjuicio de las ulteriores comprobaciones que pueda efectuar el órgano jurisdiccional remitente, de las anteriores consideraciones se desprende que la cláusula controvertida está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y que el carácter potencialmente abusivo de esta cláusula contractual puede ser objeto de un control jurisdiccional.”

“Por lo tanto, habida cuenta de cuanto expuesto, considero que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual pactada entre un consumidor y un profesional, como la controvertida en el litigio principal, que fija un tipo de interés tomando como valor de referencia uno de los seis índices de referencia oficiales legales que pueden ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios con tipo de interés variable, no está excluida de su ámbito de aplicación.”

Solventada la cuestión de la aplicabilidad de la Directiva 93/13, el Abogado General pasa a valorar qué actuaciones debe de llevar a cabo la entidad bancaria respecto de los deberes de información, para que la cláusula de IRPH no sea considerada abusiva. Por último da su opinión sobre si la referida cláusula supera el control de transparencia impuesto con la Directiva.

En cuanto a los deberes de información que tenían las entidades bancarias, el Abogado General argumenta que puesto las consecuencias de la aplicación del IRPH no pueden ser calificadas como “potencialmente significativas”, los deberes de información de la entidad bancaria se limitaban exclusivamente a informar al cliente de que “el IRPH era un tipo anual equivalente de los contratos celebrados por las cajas de ahorro para el mes de referencia”⁵⁵. Tras esta exposición el Sr. Szpunar admite que esta definición de qué era el IRPH no venía incluida dentro

⁵⁵ Conclusiones del abogado general Sr. Maciej Szpunar, Op. Cit.

de las cláusulas en el contrato, no obstante, valora que puesto que esta definición se podía encontrar con facilidad en una Circular que era pública, entiende que el deber de información de las entidades bancarias fue superado.

De este modo, el Abogado General estima que el deber de información no alcanza el incluir el método de cálculo de Índice, ni ninguna otra información, más allá de la propia definición del Índice.

Tras el análisis de toda la cuestión el Sr. Szpunar concluye que pese a que el cálculo del índice del IRPH no es un cálculo sencillo, al tratarse de un índice oficial entiende que un consumidor medio tendría la posibilidad de encontrar información sobre el funcionamiento del IRPH con relativa facilidad.

Como consecuencia de lo anterior, el Abogado General considera que el consumidor medio se encontró en disposición de comprender el alcance económico de la cláusula que estaba suscribiendo, por lo que finaliza dando por superado el control de transparencia que impone la normativa europea.

“Sin embargo, no puede considerarse que el demandante en el litigio principal no estaba «en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriv[aba]n para él», 92 puesto que, sin perjuicio de las comprobaciones ulteriores que pueda efectuar el órgano jurisdiccional remitente, por una parte, tenía conocimiento del hecho de que el importe de los reembolsos que debía pagar era el resultado de la suma del IRPH Cajas más el diferencial y que, por otra parte, la información relativa al funcionamiento concreto del IRPH Cajas era accesible como consecuencia de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.”

“Además, el hecho de que el IRPH Cajas sea un índice de referencia oficial publicado en el Boletín Oficial del Estado permite presumir que a un consumidor medio le resulta relativamente fácil acceder a los sistemas de cálculo de los diferentes índices oficiales y comparar las diferentes opciones que ofrecen las entidades bancarias. En consecuencia, no cabe exigir al banco que ofrezca diferentes índices de referencia a los consumidores.”

“El conjunto de consideraciones anteriores me lleva a concluir que la entidad bancaria cumplió la exigencia de transparencia impuesta por la Directiva 93/13.”

Aclara en todo caso que corresponde al órgano jurisdiccional nacional examinar toda la prueba de que dispone y comprobar que, efectivamente, el consumidor poseía o estaba en disposición de poseer toda la información necesaria para comprender las consecuencias económicas de la cláusula que estaba suscribiendo.

“No obstante, corresponde al juez nacional, al efectuar el control de la transparencia de la cláusula controvertida verificar, teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, por una parte, si el contrato expone de manera transparente el método de cálculo del tipo de interés,

de manera que el consumidor estuviera en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que del mismo se derivaban para él y, por otra parte, si este contrato cumple con todas las obligaciones de información previstas en la normativa nacional.”

Por último, hay que advertir, que las conclusiones que hace el Abogado General no vinculan al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su resolución, de modo que habrá que esperar a la sentencia para saber cuál es la interpretación que tendrán que seguir nuestros tribunales para la resolución de este tipo de controversias.

4. LA FUNCIÓN DEL FEDATARIO PÚBLICO

4.1. INTRODUCCIÓN A LA FIGURA DEL NOTARIO Y SUS FUNCIONES

La Real Academia Española de la Lengua define la figura del notario como: “Funcionario público facultado para dar fe de los contratos, testamentos y otros actos extrajudiciales, conforme a las leyes”⁵⁶.

La Ley del Notariado⁵⁷ establece el concepto de notario es su artículo primero, estableciendo que el notario es: “[...] el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”

El hecho de que estos funcionarios den fe pública de los actos en los que intervienen implica que estos actos tienen presunción de veracidad y de legalidad, no obstante esta presunción es una presunción puede ser desvirtuada mediante la presentación de prueba en contrario (ie. Presunción *Iuris tantum*).

El notario tiene atribuida la función de realizar las escrituras notariales, y es esta, la función a cuyo análisis se centra este trabajo, pues los contratos de préstamo hipotecario precisan de formalización en escritura pública. Esta exigencia de escritura pública está asociada a la efectividad de la garantía real que recae sobre el bien hipotecado. Así pues, la intervención del notario es preceptiva para que el negocio jurídico sea válido y surta efectos.

⁵⁶ Real Academia Española. (2019). *Diccionario de la lengua española* (23.ª Edición). Consultado en <https://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=notario> (A fecha: 22 de octubre de 2019)

⁵⁷ Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862 (BOE Núm. 149, de 29 de mayo de 1862)

4.2. FACULTADES LEGALES DE CONTROL CONCEDIDAS A LOS NOTARIOS

El notario, como funcionario encargado de otorgar la fe pública, tiene la facultad para controlar de oficio la presencia de cláusulas abusivas en aquellas escrituras de préstamo hipotecario en las que interviene.

La legislación estatal fue modificada por la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario, otorgándoles más facultades a los notarios en este ámbito, este cambio surgió de un intento del legislador por frenar las numerosas demandas de nulidad de condiciones generales que se estaban presentando en los juzgados.

De este modo, lo que se pretendió fue crear un filtro más, de modo que las cláusulas abusivas no fuesen desde un principio incorporadas en los contratos de préstamo hipotecario, o que, en caso de ser incorporadas, el consumidor fuese consciente de su presencia en el contrato que va a suscribir con la entidad bancaria.

En atención a esto último, es obligado resaltar de nuevo que, uno de los factores que pueden llevar a la declaración de abusividad de una cláusula es el que el consumidor no hubiese sido informado de su existencia. En consecuencia, atribuyéndoles a los notarios la obligación de advertir a los clientes sobre la presencia de este tipo de cláusulas en sus contratos de préstamo hipotecario, lo que se está haciendo es prevenir una fura declaración de abusividad por la desinformación del consumidor

En primer lugar la Ley de Condiciones de la Contratación, en su artículo 5.2, ya establece que los consumidores podrán exigirle al notario que no transcriba las condiciones generales en la escritura, y que las incorpore a esta como un anexo separado. Este artículo, así mismo, también le impone al notario la obligación de comprobar que los adherentes comprenden el contenido de las referidas condiciones y que las aceptan.

También en el articulado de esta ley, si acudimos a la disposición adicional primera vemos que se establece una modificación al artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, actualmente refundida en el TRLGDCU.

No obstante, la modificación se mantuvo en el vigente TRLGDCU, en concreto en su artículo 84, cuya redacción es la que sigue:

“Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas

nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.”

Este artículo otorga a los notarios la facultad, de que de oficio, se nieguen a la autorización de escrituras que contengan cláusulas que hayan sido declaradas como abusivas en sentencias que se encuentren inscritas en el registro de condiciones generales de la contratación.

Continuando con la normativa que otorga facultades de control a los notarios en el ámbito de los préstamos hipotecarios no podemos olvidarnos de hablar de la novedosa Ley Reguladora de los Contratos de Préstamo Hipotecario, vigente desde el 16 de junio de 2019.

Esta norma ya incluye en su preámbulo que le va a otorgar al notario la función de asesorar al cliente de una forma imparcial y de comprobar que el préstamo hipotecario cumple el principio de transparencia material así como de dar fe que se han cumplido los plazos para la entrega de la información precontractual y contractual.

En concreto la norma le impone estas obligaciones de asesoramiento y de control al notario en los artículos 14 y 15. En las referidas disposiciones se establece que el notario habrá de comprobar que el prestamista le ha suministrado al prestatario información contractual suficiente y dentro de los plazos marcados por la misma ley.

También establece esta norma que, además de la información que haya podido ser suministrada por el prestamista, el notario tiene la obligación de asesorar al prestatario de cuantas cuestiones se puedan suscitar, estableciendo la norma unos mínimos. Esta labor asesora del notario tendrá que reflejarse en un acta que tendrá que ser firmada por el consumidor para que se cumpla con el principio de transparencia material.

Esta ley ha sido desarrollada parcialmente mediante el Real Decreto 309/2019, de 26 de abril⁵⁸. Se trata de una norma que contiene un capítulo dedicado a la regulación de los medios telemáticos para la remisión de la información que el prestamista le tiene que facilitar al notario para que este pueda comprobar que cumple los criterios de la LRCCI y para posteriormente volver a asesorar al prestatario. También regula el procedimiento por el que se tiene que remitir esta información.

⁵⁸ Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y se adoptan otras medidas en materia financiera. (BOE Núm. 102, de 29 de abril de 2019)

Esta norma establece que al notario se le deberá remitir toda la información que establece la LRCCI por medios telemáticos seguros, las entidades deberán asegurarse de que están en conexión con la totalidad de los notarios, deberán así mismo garantizar que los notarios puedan extraer la información en cualquier momento, teniendo por tanto un acceso permanente a la misma, y, por último, la medio telemático tiene que darle al notario la posibilidad de comprobar la fecha en que los documentos han sido incorporados.

Por último, dentro de este apartado dedicado a la normativa, tenemos que hacer mención a la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, cuyo artículo 30 se dedica en exclusiva al acto de otorgamiento de la escritura de préstamo

Este artículo establece que el notario tiene la información de comprobar que al cliente se le ha dado la información precontractual y contractual adecuada, y si esta información se le ha suministrado con la suficiente antelación como para que pueda conocer el alcance de las obligaciones que asume.

En los casos de préstamos sujetos a tipo de interés variable se incluye la cautela de que el notario tendrá que advertir de la existencia de cierto tipo de cláusulas, como aquellas que establecen límites a la variación del tipo de interés. Además el notario tiene la obligación de informar al consumidor del coste exacto de sus servicios.

4.3. EL CONTROL NOTARIAL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Como se deriva del análisis de la normativa que se ha realizado en el apartado anterior, el legislador español ha decidido otorgarle a la figura del notario ciertas potestades de control respecto de las condiciones generales de la contratación incluidas en los negocios jurídicos de los cuales debe dar fe.

“Uno de los principales medios a los que acude el legislador para lograr la protección del cliente bancario por la vía de la información y la transparencia es la intervención del notario”⁵⁹

⁵⁹ OLAIZOLA, F. “Una visión crítica de la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios” *El Notario del Siglo XXI*, Núm. 45, Septiembre-Octubre 2012. Consultado en <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-45/317-una-vision-critica-de-la-orden-eha-2899-2011-de-transparencia-y-proteccion-del-cliente-de-servicios-bancarios-0-3893680119787976> (A fecha 23 de octubre de 2019)

A continuación, se analizarán de manera individualizada las dos facultades principales que tiene el notario en relación con las condiciones generales de la contratación.

4.3.1. El control preventivo

El control preventivo es aquel con el que se pretende evitar que las cláusulas abusivas predisuestas entren en el tráfico jurídico. El legislador les otorgó a los notarios esta nueva potestad de control, como consecuencia de la asiduidad con la que el empresario suele incorporar este tipo de cláusulas predisuestas en el ámbito de la contratación con consumidores, que como ya se ha puntualizado se encuentran en una situación de desigualdad respecto del empresario.

El notario pasa así a intervenir en la contratación de préstamos hipotecarios antes de que estos se formalicen. De hecho, la figura del notario es imprescindible a la hora de formalizar los préstamos con garantía hipotecaria, así se convierte al fedatario público en el primer filtro por el que tienen que pasar este tipo de contratos para entrar en el tráfico jurídico.

Así lo expone el notario JOSÉ CORRAL en la revista *Escritura Pública*:

“El notario actúa antes del otorgamiento del contrato, y es en esa fase, (justicia preventiva) donde como funcionario público que es, puede desplegar una actividad dirigida a evitar el ingreso contractual de cláusulas abusivas.”⁶⁰

El control preventivo implica básicamente que el adherente a la hora de contratar sepa que está formalizando un contrato que contiene condiciones generales de la contratación, es decir, este control preventivo es una manifestación del derecho a la información que la ley otorga al consumidor.

En concreto la LCGC impone al notario la obligación de advertir a los clientes de la existencia de condiciones generales de la contratación y la obligación de comprobar que los consumidores comprenden el contenido de estas cláusulas y el hecho de que las aceptan (Art. 5.2 LCGC).

También faculta esta norma, por remisión al TRLGDCU, al notario para que deniegue la autorización de aquellas escrituras que contengan cláusulas que han sido declaradas nulas por abusivas en sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones Generales. En estos casos el notario ya no tendrá que advertir a los clientes de la existencia

⁶⁰ CORRAL, J. “Cláusulas abusivas” *Escritura Pública*, Núm. 81, 2013, Pág. 31.

de condiciones generales de la contratación, hasta que no sea subsanado el contrato, eliminando aquellas cláusulas que se encuentren inscritas en el Registro de Condiciones Generales como nulas.

Como se puede ver, la norma no habilita al notario para declarar la nulidad de una cláusula, pues esta función está encomendada a los jueces. No obstante, sí que puede advertir a los adherentes para que estos puedan emprender las acciones legales pertinentes para el legítimo ejercicio de sus derechos.⁶¹

“Por tanto, ni al notario, ni al registrador, les compete la declaración de nulidad de una cláusula por razón de ser abusiva la misma, de donde la intervención del notario en este ámbito, como de nuevo también sucede con el registrador, se residencia en lo que se denomina deber de colaboración de los profesionales ejercientes de funciones públicas (párrafo segundo del apartado IV de la Exposición de Motivos)”⁶²

4.3.2. Función asesora

La función asesora ha sido atribuida a los notarios recientemente por la LRCCI, no obstante, ya existía un precedente que les atribuía a los notarios la función asesora. En concreto este precedente es el Reglamento Notarial⁶³ en el artículo 1 al establecer que:

“Los Notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar.”

El hecho de que un documento esté autorizado por notario a priori, supone que para el consumidor haya una mayor seguridad jurídica. Es por ello que los notarios no se deben limitar únicamente a la autorización del negocio jurídico de que se trate, sino que tiene que también tiene que solventar todas las dudas que estos puedan tener.

En concreto la LRCCI le impone al notario el deber de comprobar si a los clientes se les ha dado toda la información precontractual y contractual pertinente y en los plazos establecidos.

⁶¹ CAVALLÉ CRUZ, A. “Función notarial y protección del consumidor” *Revista del OCCA (Órgano del Control de Cláusulas Abusivas)*, Núm. 1, Julio-Diciembre 2014, Pág. 27.

⁶² El Notariado Informa “Cláusulas Abusivas: Sentencias con Resonancia/ Tribunal Supremo 12-XII-2009), Págs. 22-23. Consultado en: http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?p_1_id=10256&groupId=10218&folderId=12092&name=DLFE-10418.pdf (A fecha 23 de octubre de 2019)

⁶³ Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado. (*BOE* Núm. 189, de 7 de julio de 1944)

Además el notario también debe asesorar a los adherentes respecto de las cláusulas concretas que se encuentren contenidas en las fichas europea de información normalizada y en la ficha de advertencias estandarizada.

Así mismo, con objeto de comprobar de manera objetiva si los consumidores han comprendido las consecuencias económicas del negocio jurídico que van a llevar a cabo, tendrá que someterlos a un test.

Respecto del test al que hacemos referencia en el párrafo precedente, el Consejo General del Notariado redactó una circular en la que se abordan distintas cuestiones en referencia al articulado de la LRCCI, nos referimos a la Circular de 1/2019, de 24 de mayo, relativa a la ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario⁶⁴. En concreto una de las materias que aborda es el contenido que tendrá que tener ese test para que las preguntas que se realicen en el sean uniformes en todo el territorio español. El contenido concreto del test se encuentra en el anexo I de esta Circular.

El test contendrá preguntas relacionadas con la entrega de información precontractual por parte de la entidad bancaria, la posibilidad de elegir notario libremente, las características y la forma de amortización del préstamo, el tipo de interés, la amortización anticipada del préstamo, la existencia de comisiones, las consecuencias del incumplimiento y la ejecución hipotecaria.

La realización de este test es preceptiva, y en caso de no superarse el procedimiento para la formalización de la escritura pública no podrá continuar adelante.

Una vez realizado el test, y habiendo superado este trámite, el notario deberá extender un acta, firmada por el cliente, en la cual reflejara que esta labora asesora se ha llevado a cabo. Este acta tendrá que extenderse con una antelación mínima de un día respecto de la fecha de la firma de la escritura de formalización del préstamo hipotecario.

⁶⁴ Circular de obligado cumplimiento 1/2019, de 24 de mayo, relativa a la ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en lo sucesivo, lcci). Consultado en: https://www.notariosyregistradores.com/web/wp-content/uploads/2019/06/Circular-obligado-cumplimiento-1-2019_pdf.pdf (a fecha 23 de diciembre de 2019)

Esta obligación que se le impone al notario, tiene como finalidad asegurar que el consumidor haya tenido la posibilidad de estar informado de lo que va a contratar mediante la entrega de la que la entidad bancaria tiene la obligación de facilitarles. Y asimismo, que efectivamente se les ha explicado esta información, de forma que hayan tenido un conocimiento real del contenido de esta información y la hayan comprendido.

Como hemos podido ver en apartados previos de este trabajo, uno de los parámetros para determinar la abusividad de una cláusula es que esta no haya sido conocida por el consumidor, o si, aún a pesar de serlo, no ha tenido una capacidad real de entender las consecuencias económicas que la suscripción de esta cláusula tendría para él.

De modo que, cuando el legislador le atribuye al notario, en la LRCCI unas funciones concretas de asesoramiento en relación con los contratos de préstamo hipotecario, que van más allá de las que ya estableció en su momento la ley del notariado, lo que pretende es incluir un nuevo filtro a superar para que ninguna cláusula susceptible de ser declarada abusiva entre en el tráfico jurídico. Esta es otro método más de obtener la finalidad con la que se dictó la Directiva 93/13, es decir, de proteger a los consumidores.

5. CONCLUSIONES

Como se ha podido ver a lo largo del trabajo la labor legisladora va siempre un paso por detrás de la realidad social, y es que antes de que el legislador aborde la regulación de alguna cuestión, tiene que haber aparecido un problema respecto de esa cuestión.

Y es que la problemática en torno a las cláusulas abusivas, aunque ha tenido su mayor resonancia mediática en los últimos años, la verdad es que la cuestión viene ya de mucho antes.

Ya en 1993 se reguló a nivel europeo la cuestión de las cláusulas abusivas, regulación que también se realizó en el ámbito español con la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y con la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

No obstante, esta regulación inicial fue insuficiente para prevenir de forma eficaz la aparición de las cláusulas abusivas en el tráfico jurídico. Es por ello que estas normas han

sido modificadas en varias ocasiones, en un intento por solventar los acuciantes casos que estaban colapsando los juzgados.

Pero en este ámbito no solo ha sido importante la labor legislativa, sino que también lo ha sido la labor jurisprudencial llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales, particularmente por el Tribunal Supremo y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que son estos órganos los encargados de interpretar las normas, y, puesto que estamos ante una materia que es muy casuística, las claves interpretativas que proporcionan estos órganos son fundamentales a la hora de resolver estas controversias.

La aparición de las cláusulas limitativas del tipo de interés, más conocidas como cláusulas suelo, fue el primer hito al que se tuvieron que enfrentar los tribunales. Este tipo de cláusulas afecta a un elemento esencial del contrato, y, en consecuencia, está excluido del control de abusividad por la Directiva 93/13, es por ello que el Tribunal Supremo creó un filtro previo al control de abusividad, este filtro es un doble control de transparencia, que en primer lugar analiza la claridad formal de la cláusulas y en segundo lugar la capacidad real del consumidor de conocer y comprender la cláusulas.

Este novedoso sistema de control es creado en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, la cual marca la línea jurisprudencial del Alto Tribunal respecto de esta cuestión, determinando la nulidad por abusivas de las cláusulas suelo.

Respecto de las cláusulas de gastos la línea jurisprudencial seguida por el Tribunal Supremo es muy cambiante, comenzando por declarar su abusividad, luego cambia de criterio jurisprudencial y dice que no son abusivas, para posteriormente volver a cambiar y volver a declarar su abusividad.

Estos cambios llegó a realizarlos hasta en cinco ocasiones, algunos de ellos con una diferencia de meses entre una resolución y otra.

Esta jurisprudencia tan cambiante llegó a confundir a los tribunales inferiores, es por ello que actualmente se encuentran planteadas dos cuestiones prejudiciales al TJUE respecto de esta cuestión.

Actualmente el Tribunal de Justicia de la Unión aún no las ha resuelto, aunque, personalmente, y tras el estudio de numerosas sentencias de TJUE respecto de cláusulas abusivas, creo que su respuesta va a ser la declaración de abusividad de este tipo de

cláusulas. No obstante, esto es una valoración personal que carece de relevancia hasta que el TJUE se manifieste.

A continuación en el trabajo se procedió a analizar las cláusulas de vencimiento anticipado, este tipo de clausulado, a diferencia del que había sido analizado previamente no es abusivo en cuanto a su contenido, sino que es abusivo en cuanto a las circunstancias en que se ejecuta, y así lo ha declarado el Tribunal Supremo.

En relación con estas disposiciones también surgió la controversia de si el consumidor puede decidir seguir vinculado por una cláusula calificada judicialmente como abusiva, o si por el contrario, una vez declarada su abusividad, e independientemente de lo que el consumidor desee, está ya no le puede vincular de ninguna forma.

El Tribunal Supremo respecto de esta última cuestión se pronunció en el sentido de la no vinculación, no obstante, el TJUE se manifestó en sentido contrario, estableciendo que el consumidor es el que debe decidir si quiere o no seguir vinculado por una cláusula declarada abusiva. Como consecuencia del principio de primacía, es la doctrina sentada por el TJUE la que debe de acatarse, y es por ello que actualmente los consumidores tienen la oportunidad de decidir.

La última de las cláusulas en ser enjuiciada es la cláusula de IRPH, el Tribunal Supremo estableció que este tipo de disposición se encontraba fuera del ámbito de aplicación de la Directiva Europea, y, en consecuencia, declaró que la misma no era abusiva.

Actualmente se encuentra planteada una cuestión prejudicial al TJUE, y, a pesar de que esta aún no ha sido resuelta, sí que ha tenido ocasión de manifestarse al respecto el abogado general, el cual en sus conclusiones establece que lo dictaminado por el Tribunal Supremo, respecto de si este tipo de cláusula se encuentra sometido a la Directiva 93/13 es erróneo.

En su opinión la Directiva es plenamente aplicable a este tipo de cláusula, no obstante el abogado general considera que puesto que el IRPH era un índice oficial, eso hace que supere el control de abusividad, pues la cláusula podía ser conocida con facilidad por el consumidor.

A pesar de las conclusiones llevadas a cabo por el abogado general, será el TJUE el que tendrá que pronunciarse en último lugar respecto de esta cuestión.

Como último apartado en este trabajo, expusimos sucintamente la labor del notario, limitándonos a su función respecto del control de las cláusulas abusivas. Como hemos podido ver, el legislador lo que pretende es evitar que las cláusulas abusivas entren en el tráfico jurídico en la medida de lo posible.

Es esta voluntad del legislador la que hace que el notario cobre protagonismo, atribuyéndole ciertas obligaciones que hacen de él un primer filtro. Por un lado estando habilitado para denegar la inscripción de aquellas escrituras que contengan cláusulas abusivas declaradas como tal en sentencia firme; y, por otro, teniendo una obligación que se divide en una doble vertiente.

En primer lugar teniendo el deber de comprobar que al adherente se le ha facilitado toda la información necesaria en los plazos legalmente habilitados y, en segundo lugar, imponiéndole una labor asesora con la finalidad de asegurar que al cliente se le ha explicado la información que se le ha facilitado y que este la ha comprendido.

Tras esta labor asesora el consumidor tiene que ser capaz de entender las consecuencias económicas que tendrá para él el contrato que está a punto de suscribir, y, por lo tanto, tomar esta decisión con plena consciencia de sus implicaciones.

La conclusión global de este trabajo es la siguiente: El tema de las cláusulas abusivas es un tema denso y complejo, no solo por el tiempo de materia con el que estamos tratando, sino por lo casuístico que es, ya que, en numerosas ocasiones, el que una cláusula sea declarada como abusiva no depende de parámetros objetivos.

Actualmente parece haber una especie de pulso entre el TS y el TJUE, pues prácticamente en su totalidad, cada vez que nuestro Alto Tribunal ha sentado una línea jurisprudencial respecto de alguna cláusula, el TJUE la ha corregido. Y el problema no son las correcciones que hace el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el problema es que el Tribunal Supremo, una vez que ha sido corregido en un sentido para un tipo de cláusula, luego vuelve, para otra cláusula distinta, a realizar una resolución muy similar a la que ya le habían modificado.

Estos continuos cambios en la línea jurisprudencial a seguir, lo único que hacen es crear una enorme inseguridad jurídica para todo el mundo, tanto entidades bancarias como clientes.

Las modificaciones y nuevas creaciones normativas son una ayuda para intentar acabar con las recurrentes controversias en torno a esta materia, pero en mi opinión, hasta que la interpretación que se haga de estas normas no sea estable, no se podrá entender como superado el problema.

Hay que tener en cuenta que se trata de una materia en la que hay muchos intereses en juego, por un lado están las entidades bancarias, que como se pudo ver en la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, son un factor que tuvo en cuenta a la hora de resolver el tribunal en determinado sentido, apelando a no romper la estabilidad económica. Y en el otro extremo tenemos a los consumidores, que son objeto de protección por la legislación.

Es necesario que se encuentre un equilibrio entre la protección de unos y otros, y aunque incrementar el papel del fedatario público es otra forma de paliar el problema, lo que se necesita es ponerle una solución al mismo, no parches.

........*

6. BIBLIOGRAFÍA

6.1. MONOGRAFÍAS

- CARABALLO FIDALGO, Marta: *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente: disciplina legal y tratamiento jurisprudencias de las cláusulas abusivas*. Barcelona: Bosch, 2013 (1ª Edición)
- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen (Directora): *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto: *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*. Barcelona: Bosch, 2008 (1ª Edición)
- DEPARTAMENTO DE REDACCION DE ARANZADI: *Cláusulas suelo y Gastos hipotecarios: ¿se puede negociar con el banco?*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2017 (2ª Edición).
- DIEZ-PICAZO, Luis: “Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas”, en DIEZ-PICAZO, Luis (ponente general): *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*. Madrid: Civitas, 1996. Págs. 29-43
- MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, Lucio: *Condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos bancarios*. Cádiz: Editora de Publicaciones Científicas y Profesionales, 2002 (1ª Edición).
- MORENO GARCÍA, Lucía: *Cláusulas suelo y control de transparencia: tratamiento sustantivo y procesal*. Madrid: Marcial Pons, 2015 (1ª Edición)
- MUÑOZ RODRIGO, Gonzalo: “El control de transparencia en las cláusulas suelo”, *Rev. Boliv. de Derecho*, N°25, enero 2018 (ISSN: 2070-8157). Págs. 212-271.
- PAGADOR LÓPEZ, Javier: *La directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*. Madrid: Marcial Pons, 1998.
- RIBON SEISDEDOS, Eugenio: “Derecho bancario y protección del consumidor”, en ZUNZUNEGUI, Fernando (Director): *Regulación financiera y fintech*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2019 (1ª Edición). Págs. 211-264.

6.2. REVISTAS CIENTÍFICAS

- OLAIZOLA, F.: “Una visión crítica de la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios”. *El notario del siglo XXI*, Núm. 45. Septiembre-Octubre 2012. Consultado en: <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-45/317-una-vision-critica-de->

[la-orden-eha-2899-2011-de-transparencia-y-proteccion-del-cliente-de-servicios-bancarios-0-3893680119787976](#) (A fecha 10 de diciembre de 2019).

- CAVALLÉ CRUZ, A. “Función notarial y protección del consumidor” *Revista del OCCA (Órgano del Control de Cláusulas Abusivas)*, Núm. 1, Julio-Diciembre 2014, Pág. 27.
- El Notariado Informa “Cláusulas Abusivas: Sentencias con Resonancia/ Tribunal Supremo 12- XII-2009), Págs. 22-23. Consultado en: http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?p_l_id=10256&groupId=10218&folderId=12092&name=DLFE-10418.pdf (A fecha 10 de diciembre de 2019)
- MUÑOZ RODRIGO, G.: “El control de transparencia en las cláusulas suelo”, *Rev. Boliv. de Derecho*, Núm. 25, enero 2018, Págs. 212-271.
- AGÜERO ORTIZ, A.: “Guía de cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios: Comentario de las sentencias SAP de Madrid núm. 242/2013 de 26 julio (JUR 2013\297024); STS núm. 705/2015 de 23 diciembre de 2015 (RJ 2015\5714); y STS núm. 79/2016 de 18 febrero de 2016 (RJ\2016\619)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Núm 17/2016, Págs. 116-134.
- MANUEL LÓPEZ, M. J.: “Control de transparencia, normas de transparencia en el proyecto de la ley de contratos de crédito inmobiliario y validez de las cláusulas suelo y de gastos”, *Centro de Estudios de Consumo*, 15 de noviembre de 2017.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “¿Qué hay de nuevo en materia de cláusulas abusivas?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Núm. 9/2014, Págs.76-84.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: “STJUE 21.12.2016: RETROACTIVIDAD ¿ABSOLUTA? DE EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE CLÁUSULAS ABUSIVAS”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Núm. 20/2016, Págs. 37-41.

6.3. JURISPRUDENCIA

6.3.1. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- Sentencia del Tribunal de Justicia, de 27 de junio de 2000, asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98, *Oceáno Grupo Editorial, S. A.*, contra *Rocío Murciano Quintero*, y, *Salvat Editores, S. A.*, contra *José M. Sánchez Alcón Prades*, *José Luis Copano Badillo*, *Mohammed Berroane* y *Emilio Viñas Feliú* (ECLI:EU:C:2000:346).

- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 10 de mayo de 2001, asunto C-144/99, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos* (ECLI:EU:C:2001:257).
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid contra Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)* (ECLI:EU:C:2010:309).
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 26 de abril de 2012, asunto C-472/10, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság contra Invitel Távközlési Zrt* (ECLI:EU:C:2012:242).
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, *Banco Español de Crédito, S.A., contra Joaquín Calderón Camino* (ECLI:EU:C:2012:349).
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, *Mohamed Aziz contra Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)* (ECLI:EU:C:2013:164).
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, *RWE Vertrieb AG contra Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV* (ECLI:EU:C:2013:180).
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, *Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai contra OTP Jelzálogbank Zrt* (ECLI:EU:C:2014:282).
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena), de 26 de Febrero de 2015, asunto C-143/13, *Bogdan Matei y Ioana Ofelia Matei contra SC Volksbank România SA* (ECLI:EU:C:2015:127).
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, *Jean-Claude Van Hove contra CNP Assurances SA* (ECLI:EU:C:2015/262).
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 29 de octubre de 2015, asunto C-8/14, *BBVA, S.A., contra Paredo Pañalva López, Clara López Durán y Diego Fernández Gabarro* (ECLI:EU:C:2015:731).
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, *Francisco Gutiérrez Naranjo contra Cajasur Banco, S.A.U., Ana María Palacios Martínez contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA) y Banco Popular Español, S.A., contra Emilio Irlés López y Teresa Torres Andreu* (ECLI:EU:C:2016:980).
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 21 de diciembre de 2016, asunto C-119/15, *Biuro podróży <<Partner>> SP. Z o. o. sp. K. w Dabrowie Górniczej contra Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów* (ECLI:EU:C:2016:987).
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, *Banco Primus, S.A., contra Jesús Gutiérrez García* (ECLI:EU:C:2017:60).
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 25 de enero de 2018, asunto C-498/16, *Maximilian Schrems contra Facebook Ireland Limited* (ECLI:EU:C:2018:37).
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 3 de octubre de 2019, asunto C-260/18, *Kamil Dziubak y Justyna Dziubak contra Raiffeisen Bank International AG, prowadzący działalność w Polsce w formie oddziału pod nazwą Raiffeisen Bank*

International AG Oddział w Polsce, anteriormente Raiffeisen Bank Polska SA (ECLI:EU:C:2019:819).

6.3.2. Conclusiones del Abogado General

- Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar, de 10 de septiembre de 2019, asunto C-125/18, *Marc Gómez del Moral Guasch* contra *Bankia, S.A.* (ECLI:EU:C:2019:695)

6.3.3. Sentencias del Tribunal Supremo

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 20 de noviembre de 1996, número de recurso 3930/1992.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 1 de junio de 2000, núm. 550/2000.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 1 de julio de 2010, núm. 401/2010.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Pleno, de 9 de mayo de 2013, núm. 241/2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 26 de mayo de 2014, núm. 86/2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Pleno, de 8 de septiembre de 2014, núm. 464/2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Pleno, 25 de marzo de 2015, núm. 139/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 29 de abril de 2015, núm. 222/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 15 de diciembre de 2015, núm. 688/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Pleno, de 23 de diciembre de 2015, núm. 705/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 18 de febrero de 2016, núm. 79/2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Pleno, de 3 de junio de 2016, núm. 364/2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Pleno, de 24 de febrero de 2017, núm. 123/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Pleno, de 9 de marzo de 2017, núm. 171/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Pleno, de 15 de noviembre de 2017, núm. 608/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Pleno, de 14 de diciembre de 2017, núm. 669/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Pleno, de 15 de marzo de 2018, núm. 147/2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Pleno, de 15 de marzo de 2018, núm. 148/2018.

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 28 de mayo de 2018, núm. 314/2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) Sección Segunda, de 16 de octubre de 2018, núm. 1505/2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Pleno, de 23 de enero de 2019, núm. 44/2019.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Pleno, de 23 de enero de 2019, núm. 46/2019.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Pleno, de 23 de enero de 2019, núm. 47/2019.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Pleno, de 23 de enero de 2019, núm. 48/2019.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Pleno, de 23 de enero de 2019, núm. 49/2019.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 11 de abril de 2019, núm. 230/2019.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de julio de 2019, núm. 457/2019.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Pleno, de 11 de septiembre de 2019, núm. 463/2019.

6.3.4. Cuestiones Prejudiciales

- Auto del Juzgado de primera instancia n.º 17 de Palma de Mallorca, de 12 de marzo de 2019, n.º 47/19.
- Auto del Juzgado de primera instancia e instrucción n.º 6 de Ceuta, de 13 de marzo de 2019, en el marco del procedimiento ordinario n.º 190/2018.
- Auto del Juzgado de primera instancia n.º 38 de Barcelona, de 16 de febrero de 2018, en el marco del procedimiento ordinario n.º 325/2017.