



## CONTROL DE TRANSPARENCIA, CLÁUSULAS ABUSIVAS Y CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL

### Reflexiones a partir de la última jurisprudencia del TS sobre novación y transacción de cláusulas suelo

*Celia Martínez Escribano*

Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad de Valladolid

---

TITLE: *Control of Transparency, Unfair Terms and Contractual Consent. Reflections from the last case law of the Supreme Court about novation and transaction of floor clauses.*

RESUMEN: El presente trabajo toma como punto de partida la jurisprudencia del TJUE respecto del control de transparencia del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 para establecer un posible entendimiento del mismo en relación con el consentimiento del contrato que justificaría que las cláusulas no transparentes puedan ser declaradas abusivas, mientras que las mismas cláusulas, ajustándose a las exigencias de transparencia, sean tenidas por válidas. Esta vinculación entre transparencia y consentimiento se distingue, sin embargo, de los vicios del consentimiento y opera de un modo distinto en la mecánica contractual. A partir de este entendimiento, el presente estudio analiza y razona acerca del modo de resolver del TS en sentencias recientes que abordan la posible novación y transacción de cláusulas no transparentes a fin de proporcionar una explicación de las mismas que encuentre un adecuado encaje en el ordenamiento.

ABSTRACT: *This paper considers the CJEU case law related to the control of transparency of article 4.2 Directive 93/13 in order to establish an understanding of this matter attached to contractual consent that could justify the fact that non-transparent clauses may be declared as abusive, while the same clauses, respecting the requirements of transparency, would be valid. Nonetheless, his link between transparency and consent differs from vice of consent and works in a different way in the mechanics of contract law. From this understanding, this paper analyses and reflects on the way the Supreme Court resolves in recent judgements about the possible novation and transaction of non-transparent clauses, in order to provide an explanation of them that fits in our legal system.*

PALABRAS CLAVE: Control de transparencia, consentimiento contractual, contratos con consumidores, vicios del consentimiento, novación, transacción, cláusulas suelo

KEYWORDS: *Control of transparency, contractual consent, consumer contracts, vice of consent, novation, transaction, floor clauses*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL CONSENTIMIENTO SOBRE EL OBJETO PRINCIPAL DEL CONTRATO Y LA ADECUACIÓN ENTRE PRECIO O RETRIBUCIÓN Y BIENES O SERVICIOS. 2.1. *Las pautas marcadas por el TJUE a partir de la interpretación de la Directiva 93/13.* 2.2. *El control de transparencia y el consentimiento contractual: planteamiento teórico.* 2.3. *La jurisprudencia del TJUE y del TS sobre la transparencia vinculada al consentimiento contractual.* 2.4. *Distinción entre consentimiento y negociación individual.* 2.5. *La transparencia como parámetro abstracto de validez: delimitación de la transparencia frente a los vicios del consentimiento.* 3. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DEL CONSUMIDOR SOBRE CLÁUSULAS NO TRANSPARENTES O ABUSIVAS: LA TRANSACCIÓN Y LA NOVACIÓN APLICADAS A ESTA MATERIA. 3.1. *La novación de cláusulas no transparentes* 3.2. *La transacción sobre cláusulas no transparentes.* 3.2.1. *La consideración del acuerdo como novación o como transacción.*

3.2.2. La posibilidad de transigir en caso de cláusulas abusivas por falta de transparencia. 3.2.3. Los requisitos de validez de la transacción. 3.2.4. Los efectos de la transacción. BIBLIOGRAFÍA.

---

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde la sentencia del TS (1ª) del Pleno 9 mayo 2013<sup>1</sup>, se han venido sucediendo multitud de pronunciamientos de la Sala Primera del TS que paulatinamente han ido dibujando a nivel jurisprudencial el control de transparencia de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, jurisprudencia desarrollada a la luz de lo establecido sobre esta materia por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE). Si bien la mayor parte de las sentencias publicadas hasta hoy se han referido a la transparencia respecto de las cláusulas suelo, es importante tener en cuenta que este control es predicable respecto de cualquier cláusula que se refiera al objeto principal del contrato en contratos celebrados con consumidores. En este sentido, existen también importantes pronunciamientos respecto de otro tipo de cláusulas empleadas en el ámbito bancario, como es el caso de cláusulas del contrato de préstamo hipotecario multidivisa [sentencia del TS (1ª) del Pleno 15 noviembre 2017<sup>2</sup>] o la cláusula IRPH [(sentencia del TS (1ª) del Pleno 14 diciembre 2017<sup>3</sup>). Y no hay que olvidar que el control de transparencia no es propio o específico de los contratos de préstamo hipotecario, ni siquiera de los contratos bancarios, sino de cualquier contrato celebrado con un consumidor, respecto de cláusulas que afecten o se refieran al objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio o retribución y bienes o servicios, de conformidad con lo que escuetamente dispone el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, la Directiva 93/13). Así, se han referido también al control de transparencia, por ejemplo, las sentencias del TS (1ª) 11 abril 2013<sup>4</sup>; 25 mayo 2014<sup>5</sup>; 3 noviembre 2014<sup>6</sup> todas ellas para supuestos de compraventa de vivienda sobre plano; o la sentencia del TS (1ª) 15 diciembre 2015<sup>7</sup>, para un contrato de swap. A la luz de esta jurisprudencia se ha desarrollado a su vez una abundante literatura en el ámbito académico.

<sup>1</sup> RJ 2013\3088

<sup>2</sup> RJ 2017\4730

<sup>3</sup> RJ 2017\5167

<sup>4</sup> RJ 2013\3490

<sup>5</sup> RJ 2014\3880

<sup>6</sup> RJ 2014\5274

<sup>7</sup> RJ 2016\73

El control de transparencia se añade así a los controles que tradicionalmente se han admitido en contratos con condiciones generales celebrados con consumidores. Para todo contrato con condiciones generales se establece un control de inclusión en los términos previstos en los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC), y, siendo además un contrato celebrado con un consumidor, procede además un control de contenido tal y como establecen los artículos 80, 82 y ss. del texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, texto refundido de la LGDCU), en consonancia con lo que determina la Directiva 93/13<sup>8</sup>. La novedad en los últimos años ha sido que para el caso de las condiciones generales en contratos con consumidores que se refieran al objeto principal del contrato es preciso añadir otro control que es previo al control de contenido: el control de transparencia<sup>9</sup>. Es básicamente este el que centra la atención de este estudio, y únicamente desde una perspectiva muy concreta, como es la posibilidad de que la transparencia de la cláusula pueda tener la virtualidad de determinar su validez, al no ser posible entonces realizar un control de contenido. Ello me lleva a reflexionar sobre el juego (ciertamente muy limitado) que puede llegar a tener el consentimiento del consumidor respecto de las cláusulas transparentes sobre el objeto principal del contrato, en relación con la validez de las mismas, y que justifica este trabajo, sobre todo a raíz de una jurisprudencia muy concreta que se irá analizando en páginas sucesivas en relación con la novación y la transacción de cláusulas suelo.

Así, al observar los estudios que se han realizado sobre la transparencia, parece que una cuestión quizá no suficientemente desarrollada es la relativa a las relaciones que pueden existir entre consentimiento contractual y transparencia, así como sus implicaciones en ámbitos como los vicios del consentimiento y el posible juego de la autonomía de la voluntad para disponer sobre cláusulas abusivas cuando se cumplan los parámetros de la transparencia. En relación con esta última cuestión, mi propósito es formular un posible entendimiento de la materia que a su vez conecta con pronunciamientos jurisprudenciales relativamente recientes, referidos a la transacción y novación de cláusulas abusivas. Se trata, en definitiva, de buscar acomodo a la doctrina jurisprudencial en materia de transparencia elaborada en los últimos años en este contexto, poniendo en valor algunos aspectos del derecho de contratos que a

<sup>8</sup> Sobre las relaciones entre la LCGC y la LGDCU cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Comentarios al artículo 1», en Menéndez Menéndez, A. y Díez-Picazo, L. (dirs), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 100-105.

<sup>9</sup> Indica Pertíñez Vilchez cómo la sentencia del TS (1<sup>ª</sup>) del Pleno 9 mayo 2013 (RJ 2013\3088) introduce el control de transparencia como un control distinto al control de contenido. A este respecto, con detalle, PERTÍÑEZ VILCHEZ, Francisco, «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *InDret*, (2013).

veces quedan olvidados en el ámbito de los contratos con consumidores porque, a fin de cuentas, y pese a las peculiaridades de las relaciones de consumo, también aquí nos encontramos ante un contrato, si bien la autonomía de la voluntad y la disponibilidad sobre el contenido del contrato se vean muy reducidos, casi inexistentes, por contraposición a las concepciones decimonónicas reflejadas en nuestro Código Civil.

En definitiva, a lo largo de este estudio se realizará un esfuerzo por reflejar las conexiones o puntos de encuentro entre el consentimiento contractual y la transparencia sobre el objeto principal del contrato y sobre la adecuación entre precio o retribución y bienes o servicios, los parecidos y diferencias entre falta de transparencia y vicio del consentimiento, y finalmente, el posible juego de la autonomía de la voluntad del consumidor y su incidencia en la novación y transacción de cláusulas que están sujetas al control de transparencia.

## 2. EL CONSENTIMIENTO SOBRE EL OBJETO PRINCIPAL DEL CONTRATO Y LA ADECUACIÓN ENTRE PRECIO O RETRIBUCIÓN Y BIENES O SERVICIOS

### 2.1. *Las pautas marcadas por el TJUE a partir de la interpretación de la Directiva 93/13*

La Directiva 93/13 ofrece un tratamiento distinto de las cláusulas del contrato según sean cláusulas relativas al objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio o retribución y bienes o servicios, y el resto de cláusulas, que podríamos llamar cláusulas accesorias. Tal distinción encuentra su base en la contraposición del artículo 3.1 y el artículo 4.2 de la Directiva.

El artículo 3.1 establece:

«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, el artículo 4.2 determina lo siguiente:

«La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible».

Indica el TJUE (por ejemplo, en la sentencia *Matej*, C-143/13) que respecto de las cláusulas referidas en el artículo 4.2 es preciso realizar un control de transparencia, y solo si este no se supera, puede realizarse el control de contenido, es decir, el control de abusividad de la cláusula. Sin embargo, las cláusulas accesorias no quedan sujetas al

control de transparencia del artículo 4.2 y directamente puede analizarse su abusividad.

Hoy en día es una cuestión pacífica que el artículo 4.2 también es de aplicación en derecho español, a pesar de no haber sido traspuesto expresamente<sup>10</sup>. Respecto de la interpretación que debe darse al artículo 4.2 de la Directiva, asumiendo que es una norma plenamente aplicable al derecho español, la sentencia del TJUE 26 febrero 2015, *Matei*, C-143/13, EU:C:2015:127 indica lo siguiente:

«El Tribunal de Justicia ha declarado que en el concepto de “objeto principal del contrato”, en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, deben entenderse incluidas aquellas cláusulas del contrato que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte del concepto de «objeto principal del contrato». Corresponde al tribunal remitente, atendiendo a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones del contrato de préstamo y a su contexto jurídico y de hecho, apreciar si la cláusula de que se trata constituye un componente esencial de la prestación del deudor consistente en la devolución del importe que puso a su disposición el prestamista (véase, en este sentido, la sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, EU:C:2014:282, apartados 49 a 51).

El Tribunal de Justicia también ha considerado que del tenor del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 resulta que la segunda categoría de cláusulas de las que no cabe apreciar su posible carácter abusivo tiene un alcance reducido, ya que sólo abarca la adecuación entre el precio o la retribución prevista y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, explicándose dicha exclusión porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar el control de dicha adecuación (véase, en este sentido, la sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, EU:C:2014:282, apartados 54 y 55).

Por tanto, las cláusulas relativas a la contrapartida adeudada por el consumidor al prestamista o las que tengan incidencia en el precio efectivo que debe pagarse a este

<sup>10</sup> Ya es una cuestión pacífica entender que esta falta de trasposición no ha de interpretarse en nuestro ordenamiento como la posibilidad de realizar un control de contenido sino que más bien el artículo 4.2 rige también en el Derecho español, aunque la sentencia del TJUE 3 junio 2010, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, C-484/08, EU:C:2010:309 abrió la posibilidad de que la legislación nacional permitiera un régimen más protector para el consumidor que el establecido en el artículo 4.2, esto es, un control de abusividad en todo caso, y no sólo respecto de cláusulas que no estén redactadas de manera clara y comprensible. Lo que no es posible es que la legislación nacional, a través de la falta de trasposición del artículo 4.2, impida todo control de abusividad sobre cláusulas que se refieren al objeto principal del contrato (sentencia del TJUE 10 mayo 2001, *Comisión/Países Bajos*, C-144/99). Tras un momento inicial en que se planteó a nivel nacional que nuestro sistema podía ser más protector que la Directiva, finalmente la jurisprudencia, desde la sentencia del TS (1ª) 18 junio 2012 (RJ 2012\8857), como posteriormente también apunta la sentencia del TS (1ª) 9 mayo 2013 (RJ 2013\3088), admitió la vigencia del artículo 4.2 de la Directiva en nuestro sistema de Derecho privado. Llama la atención, sin embargo, que en las conclusiones del Abogado General sobre la cláusula de vencimiento anticipado se sostenga que el artículo 4.2 no rige en Derecho español como consecuencia de su falta de trasposición.

último por el consumidor no pertenecen, en principio, a esa segunda categoría de cláusulas, salvo en lo referente a si el importe de la contrapartida o del precio, tal como esté estipulado en el contrato, se adecua al servicio prestado a cambio por el prestamista».

Existen, de acuerdo con esta jurisprudencia, dos tipos de cláusulas que se someten al control de transparencia como filtro previo al control de contenido: las que se refieren al objeto principal del contrato y las que se refieren a la adecuación entre precio y cosa o retribución y servicio (aunque estas segundas pueden quedar embebidas por las primeras en ciertos contratos, parece que el TJUE y el propio artículo 4.2 de la Directiva distinguen entre unas y otras). Lo particular de estas cláusulas radica en que, siendo transparentes todas ellas, el juez no entrará a valorar su carácter abusivo.

Por otra parte, el TJUE insiste también en otros pronunciamientos en que la interpretación de lo que constituye objeto principal del contrato debe realizarse de forma restrictiva<sup>11</sup>.

Realizar un control de contenido sobre las cláusulas que se refieren al objeto principal del contrato comporta ciertos inconvenientes<sup>12</sup>. Desde un sector de la doctrina<sup>13</sup> se ha razonado que las cláusulas sobre el objeto principal del contrato no se incluyen entre las cláusulas predispuestas e impuestas al adherente porque este las ha tenido en cuenta al contratar, y por tanto, no cabe plantear una eventual abusividad. Tesis, por otra parte, que ha sido rechazada desde otro sector doctrinal<sup>14</sup>. Actualmente, esta

<sup>11</sup> Por ejemplo, en las sentencias *Kasler*, C-26/13; *Van Hove*, C-96/14; y *Andriuc*, C-186-16.

<sup>12</sup> PAZOS CASTRO, Ricardo «Un nuevo ejemplo de la tortuosa relación del Derecho español con la directiva de cláusulas abusivas. Comentario a la sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017 (Banco Primus)», *Revista de Derecho Civil*, vol. IV (2017), nº1, pp. 175-176. Para BARRAL VIÑALS, Inmaculada, «¿Abusivas por falta de transparencia (bancaria)? El control de incorporación y las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios», *Revista de Derecho Privado*, 2 (2015), pp. 59-65, es criticable la jurisprudencia del TS precisamente por entender que la falta de transparencia no puede determinar de forma automática que la cláusula sea abusiva, y en este sentido, la jurisprudencia no precisa de forma clara qué desequilibrio contrario a la buena fe justifica que la cláusula suelo sea considerada abusiva. Esta opinión es, a mi juicio, reveladora de las dificultades que entraña esta materia. Otros autores, proponen una interpretación extensiva del control de inclusión que dé cabida también a la transparencia para poder declarar nula de forma automática la cláusula no transparente. Es el caso de CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «El control de incorporación y transparencia de condiciones generales de la contratación: un necesario replanteamiento», *Cuadernos Digitales de Formación*, 33 (2016), pp. 22-24; y CAÑIZARES LASO, Ana, «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *Revista de Derecho Civil*, 2 (2015), pp. 94-95.

<sup>13</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús «Protección de los consumidores y Derecho de los contratos», *Anuario de Derecho Civil*, 2 (1994), pp. 305-323; también en «El derecho de las condiciones generales y las cláusulas predispuestas», *Revista Jurídica de Catalunya*, 99 (2000), p. 16; posteriormente en «Comentarios al artículo 1», op. cit., p. 136.

<sup>14</sup> CÁMARA LAPUENTE, Sergio *El control de las cláusulas "abusivas" sobre elementos esenciales del contrato*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

discusión ha quedado ampliamente superada por la jurisprudencia, que de manera reiterada admite el control de contenido sobre cláusulas que se refieren al objeto principal del contrato siempre que se constate falta de transparencia en relación con las mismas. Esto, a mi juicio, viene a conciliar ambas posturas contrapuestas porque cabe el control de contenido sobre cláusulas que se refieren al objeto principal del contrato (como apuntaba un sector de la doctrina) cuando no sean transparentes, pero no en caso contrario, entendemos que porque entonces el consumidor las ha debido tener en cuenta al contratar (como apuntaba la primera postura doctrinal), es decir, ha consentido en ellas. Lo mismo cabe decir respecto de las cláusulas referidas a la adecuación entre precio o retribución y bienes o servicios<sup>15</sup>. La cuestión, como veremos, ha quedado vinculada a la transparencia, en cuanto que el control de abusividad sobre las cláusulas que se refieren al objeto principal del contrato y la adecuación entre precio o retribución y bienes o servicios sólo es posible cuando la cláusula no sea transparente (como ha reconocido, entre otras, la sentencia del TJUE

<sup>15</sup> Aunque ha apuntado PERTÍÑEZ VILCHEZ, Francisco, *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 119-120, la posibilidad de que tras la sentencia TJUE *Gutiérrez Naranjo* pueda plantearse el juicio de abusividad atendiendo a si el precio del contrato resulta caro o barato, en realidad, a mi juicio el entendimiento más adecuado sería más bien que el precio, sea el que sea, se muestre de manera transparente al consumidor, porque si no es transparente y el profesional omite riesgos que podrían incidir en esta cuestión en perjuicio del consumidor, habrá de reputarse abusivo por falta de transparencia. Esto es en realidad lo que puede desprenderse, a mi juicio de lo que afirma el TJUE en la sentencia *Andriciuc*, C-186/16: «Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente evaluar, atendiendo a todas las circunstancias del litigio principal, y teniendo en cuenta especialmente la experiencia y los conocimientos del profesional, en este caso el banco, en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, la existencia de un posible desequilibrio importante en el sentido de esa disposición.» Teniendo en cuenta, además, que en la sentencia *Matei*, C-143/13, el TJUE indicaba: «El Tribunal de Justicia también ha considerado que del tenor del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 resulta que la segunda categoría de cláusulas de las que no cabe apreciar su posible carácter abusivo tiene un alcance reducido, ya que sólo abarca la adecuación entre el precio o la retribución prevista y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, explicándose dicha exclusión porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar el control de dicha adecuación (véase, en este sentido, la sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, EU:C:2014:282, apartados 54 y 55).

Por tanto, las cláusulas relativas a la contrapartida adeudada por el consumidor al prestamista o las que tengan incidencia en el precio efectivo que debe pagarse a este último por el consumidor no pertenecen, en principio, a esa segunda categoría de cláusulas, salvo en lo referente a si el importe de la contrapartida o del precio, tal como esté estipulado en el contrato, se adecúa al servicio prestado a cambio por el prestamista.» La referencia a que «no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar el control de dicha adecuación» es a mi juicio clave en relación con este entendimiento.

26 enero 2017, *Primus*, C-421/14, EU:C:2017:60). Si la cláusula no es transparente, podrá apreciarse entonces su abusividad, pero no en el caso contrario.

A partir de lo preceptuado en el artículo 4.2 de la Directiva, el TJUE ha ido construyendo paulatinamente, a través de varios pronunciamientos, un control de transparencia de las cláusulas que se refieren al objeto principal del contrato como presupuesto necesario para apreciar su eventual carácter abusivo. Del análisis de esta jurisprudencia se concluye que tal control va dirigido a determinar si el consumidor era o pudo ser consciente del significado y alcance de esa concreta cláusula y que tal posibilidad existiera en la fase precontractual, de manera que el consumidor pueda comparar ofertas.

Veamos seguidamente la posible conexión que podría establecerse entre la transparencia y el consentimiento contractual.

## *2.2. El control de transparencia y el consentimiento contractual: planteamiento teórico*

El control de transparencia incide de alguna manera sobre el consentimiento contractual. Cuando el TJUE habla de transparencia, conecta este control con la comprensibilidad real del contrato (en palabras del TS, comprensibilidad real sobre la carga económica y jurídica del contrato, a la que seguidamente aludiremos) y la posibilidad de comparar ofertas en la fase precontractual. Traducidas estas ideas a nuestro derecho de contratos (derecho nacional, que excede de las competencias del TJUE), tal planteamiento encajaría con el consentimiento contractual<sup>16</sup>. ¿De qué manera se produce esta conexión entre transparencia y consentimiento?

De acuerdo con el concepto de transparencia, podemos entender que sólo cuando la cláusula es transparente, el consumidor ha podido realmente prestar su consentimiento sobre la cláusula, mientras que no siendo transparente, parece difícil apreciar tal consentimiento. No nos movemos, sin embargo, en el terreno de las certezas, sino una especie de presunciones en cuanto que existiendo transparencia, parece razonable entender que el consumidor pudo consentir válidamente en relación con los extremos contenidos en la cláusula. De ahí, quizá, que la jurisprudencia hable de parámetro abstracto de validez (por ejemplo, la sentencia del TS (1ª) 9 mayo 2013). Siendo precisamente el consentimiento la base del contrato, la validez o no de la

<sup>16</sup> En relación con esta idea, indica ALFARO ÁGUILA-REAL, «Comentarios al artículo 1», op. cit., p. 133: «(...) sobre los elementos esenciales del contrato debe existir siempre un acuerdo individual entre el empresario y el cliente porque, en otro caso, no estaríamos ante un contrato válido en el sentido del artículo 1261 CC porque no habría concurrido el consentimiento de ambas partes sobre el objeto y la causa del mismo».



cláusula puede quedar así supeditada a su transparencia y al consiguiente consentimiento sobre la misma. En este sentido, comprobamos a través de la jurisprudencia que cuando no se supera el control de transparencia y se concluye que la cláusula es abusiva, el contrato se mantiene pero en términos acordes con lo que el consumidor creía haber consentido, como ocurre en la sentencia del TS (1ª) 15 noviembre 2017<sup>17</sup> en relación con un préstamo hipotecario multidivisa.

Podemos preguntarnos por qué el control de transparencia así entendido sólo se exige respecto de cláusulas que se refieren al objeto principal del contrato y la adecuación entre precio o retribución y bienes o servicios, mientras que en el resto del clausulado no es preciso este control previo al control de abusividad, existiendo solo un control de incorporación meramente formal y un control de contenido. Aunque el clausulado general del contrato sea transparente, no por ello se elude el control de contenido, a diferencia de lo que sucede cuando nos encontramos ante cláusulas sobre el objeto principal del contrato<sup>18</sup>.

A mi modo de ver, esta cuestión puede conectarse con los argumentos que llevaron en un primer momento a un sector doctrinal a rechazar el control de contenido sobre cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato desde el entendimiento de que sobre tales cláusulas se ha consentido<sup>19</sup>. Si no se acoge la tesis que negaba el control de contenido sobre el objeto principal del contrato sobre la base del consentimiento –como vemos que ha ocurrido–, parece necesario explicar cómo puede convivir este tipo de control o juicio de abusividad con la idea de que el consumidor haya consentido de forma consciente, al menos, respecto del objeto principal del contrato. No podemos negar que en los contratos con consumidores hay consentimiento, por mínimo que este sea. Tal consentimiento puede estar reducido enormemente, pero existe. De otro modo, no se justificaría la propia existencia del contrato. Pero esto no significa que el consumidor haya consentido sobre todas y cada una de las cláusulas que componen o definen el objeto principal del contrato o la adecuación entre precio o retribución y bienes o servicios, pues, como nos muestra la

<sup>17</sup> RJ 2017\4730

<sup>18</sup> A propósito de esta cuestión, ya indicaba Miquel González que la transparencia no basta para equiparar la adhesión a un verdadero consentimiento contractual en el clausulado general, mientras que en los elementos esenciales del contrato la transparencia garantiza que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica del contrato, resultando fundamental para garantizar las elecciones de los consumidores y así, concluye que los elementos esenciales en cuanto están exentos de control de contenido deben someterse a un control de consentimiento, esto es, un control de inclusión y transparencia. Cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Comentarios al artículo 82», en Cámara Lapuente, Sergio (dir.) *Comentarios a las normas de protección de consumidores*, Colex, Madrid, 2011, p. 726.

<sup>19</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, «El derecho de las condiciones generales y las cláusulas predispuestas», op. cit., p. 13.

jurisprudencia [sentencias del TS (1ª) 23 enero 2018<sup>20</sup>, 17 enero 2018<sup>21</sup>, 24 noviembre 2017<sup>22</sup>, entre otras], en ocasiones son cláusulas enmascaradas, mezcladas entre el clausulado general del contrato, que se confunden por tanto con cláusulas accesorias y que el consumidor suscribe sin llegar a conocer su propia existencia. O, como también nos indica la jurisprudencia [por ejemplo, las sentencias del TS (1ª) 24 enero 2018<sup>23</sup>, 7 noviembre 2017<sup>24</sup>, 8 junio 2017<sup>25</sup>], estas cláusulas superan el control de inclusión (por tanto, serían formalmente conocidas por el consumidor) pero el consumidor no alcanza a comprender su verdadero significado, es decir, falta la comprensibilidad real de la trascendencia jurídica y económica de la cláusula. Pero también hay cláusulas sobre el objeto principal del contrato sobre las que es evidente que el consumidor consiente de modo expreso y consciente y entonces creo que podríamos entender que la cláusula sea válida por ser transparente, porque se ha consentido en ella, y con independencia de que pudiera resultar abusiva. El máximo exponente de esta idea quizás se encuentra en la sentencia del TJUE *Banif Plus Bank*, C-312/14, cuando alude a «la obligación que incumbe al juez nacional, como se ha recordado en el apartado 25 de la presente sentencia, de tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, no obstante, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula». Este pronunciamiento no se refiere al consentimiento prestado al tiempo de contratar, sino en un momento posterior, pero interesa ahora por la importancia que da a la libre voluntad del consumidor cuando, siendo consciente de la abusividad de la cláusula consiente en ella de forma libre e informada. Podríamos deducir entonces que, cumplidos los parámetros de transparencia, o de comprensibilidad real de la cláusula, si el consumidor consiente en ella de forma libre y voluntaria, quedaría entonces vinculado por la misma (no ocurriría lo mismo, como veremos, si se tratara de una cláusula accesorias). En conexión con esa idea apuntamos que nuestro Tribunal Supremo ha admitido la validez de la cláusula cuando sea transparente, sin entrar a analizar su posible abusividad. Tal es el caso, por ejemplo, de la sentencia del TS (1ª) 1 diciembre 2017<sup>26</sup>.

Lo que no podría afirmarse, como nos demuestra la propia experiencia, es que toda cláusula sobre el objeto principal del contrato o relativo a la adecuación entre precio o retribución y bienes o servicios ha sido consentida por parte del consumidor y que,

<sup>20</sup> RJ 2018\249

<sup>21</sup> RJ 2018\34

<sup>22</sup> RJ 2017\5063

<sup>23</sup> RJ 2018\181

<sup>24</sup> RJ 2017\4759

<sup>25</sup> RJ 2017\2509

<sup>26</sup> RJ 2017\5148

como consecuencia de lo anterior, no cabe realizar un control de contenido, es decir, un control de su carácter abusivo. Más bien al contrario, por la forma de contratar de los últimos tiempos es posible que las cláusulas sobre el objeto principal del contrato o las que se refieran a la adecuación entre precio o retribución y bienes o servicios no sean transparentes, de modo que el consentimiento prestado por el consumidor no se corresponde con el contenido real del contrato, y constatada la falta de transparencia, podrá apreciarse entonces si la cláusula es abusiva, porque tal cláusula, en realidad, no ha sido consentida. Sería algo así como considerar que si estas cláusulas no son transparentes y como resultado de ello las verdaderas condiciones del contrato en relación con su objeto principal o con la adecuación entre el precio y el bien, o entre la retribución y el servicio, resultan ser distintas y más perjudiciales para el consumidor (abusivas) no se puede legitimar su subsistencia a menos que de forma libre, voluntaria y plenamente consciente, el consumidor las aceptara.

Mientras que respecto del clausulado general del contrato, es decir, las cláusulas de carácter accesorio, el juicio de abusividad que pueda realizarse en sede judicial no va precedido de un control de transparencia, que se concreta en determinar si la cláusula está redactada de manera clara y comprensible, sin embargo, este se impone como paso previo al control de contenido de las cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato (entre otras la sentencia del TJUE 30 abril 2014, C-26/13, *Kásler y Káslerné Rábai*).

Respecto de las cláusulas accesorias o clausulado general del contrato no se realiza un previo control de transparencia porque se da por hecho que el consumidor las desconoció al contratar, no las tuvo en cuenta y no cabe plantear por ello su comprensibilidad real, sino sólo su posible carácter abusivo. La legitimidad de estas cláusulas no consentidas se explica desde los orígenes del derecho de consumo en relación con la contratación en masa, en cuanto que la falta de consentimiento real sobre ciertas cláusulas del contrato justifica un control de validez de las cláusulas que no podría tener cabida en un contrato negociado al estilo del Código civil<sup>27</sup>. Las necesidades del mercado llevaron a la contratación en masa a través de unos modelos de contratos cuyo clausulado general viene impuesto y predispuesto por el empresario. A través de este clausulado general se define una serie de aspectos que no constituyen el contenido esencial del contrato, a los que el consumidor presta escasa o nula atención al tiempo de contratar porque lo que realmente centra su atención es el objeto principal del contrato, la cosa y el precio en la compraventa, el servicio prestado

<sup>27</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», *Revista Jurídica de la UAM*, 27 (2013), pp. 234-235; también en «Comentarios al artículo 82», op. cit., pp. 716-171.

y su retribución en otros casos. Atender a todo lo demás encarece y ralentiza la contratación, y la práctica contractual lleva a que se prescindiera de todo ello al prestar el consentimiento. Sin embargo, aunque no se consiente expresamente en ello, forma parte del contrato y obliga, para dar una respuesta satisfactoria a las necesidades del mercado, aunque con ello se trastocan los planteamientos clásicos del derecho de contratos. Pero al mismo tiempo, y como contrapunto que trata de evitar un abuso del predisponente frente al consumidor, si alguna de las cláusulas incluidas en el clausulado general resulta ser abusiva, se declara nula y se expulsa del contrato<sup>28</sup>. Incluso si la cláusula fuera conocida, creo que podría plantearse su abusividad por el hecho de que, al no formar parte del objeto principal del contrato, han sido impuestas al consumidor, que ha tenido que aceptarlas para poder acceder a la prestación principal del contrato, que sí fue querida, y ello determina que deba considerarse abusiva: aunque el consumidor conocía su existencia, no quería aceptar la cláusula pero no tenía más remedio que hacerlo si quería acceder a la prestación principal del contrato. Respecto de esta cláusula accesoria no hay, por tanto, consentimiento, y aun cuando fuera transparente podría realizarse el control de contenido. Por eso en estos casos no hay control de transparencia previo al control de contenido, porque es indiferente su resultado.

En definitiva, nos encontramos con que las cláusulas sobre el objeto principal del contrato no se encuentran al mismo nivel que el resto del clausulado. En un principio, en lo que consiente o se supone que consiente el consumidor es el objeto principal del contrato, y el resto del clausulado se asume como algo inevitable. Aunque tradicionalmente la base del contrato, su fundamento último, es la voluntad de las partes manifestada a través del consentimiento, en el caso de los contratos con consumidores tal voluntad es inexistente con relación a este clausulado general o accesorio y únicamente se consiente específicamente respecto del objeto principal del contrato. Y tal planteamiento se acepta como válido como consecuencia de las necesidades del mercado que llevan a admitir la contratación en masa. De este modo se legitima la validez de cláusulas no consentidas, pero sólo si no son abusivas. El control de abusividad permite depurar los posibles abusos de empresarios que insertan en el contrato cláusulas perjudiciales para el consumidor, en contra de la buena fe, aprovechando el desconocimiento de este último sobre el contenido de las condiciones

<sup>28</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, «El derecho de las condiciones generales y las cláusulas predispuestas», op. cit., pp. 9-29.

generales que se insertan a sus contratos, y la imposición y predisposición de las mismas por parte del empresario<sup>29</sup>.

Este planteamiento, que admite el carácter vinculante de las cláusulas accesorias aunque no se haya consentido en ellas y siempre que no sean abusivas, puede encontrar más difícil aceptación en el caso de cláusulas que se refieren al objeto principal del contrato; es decir, en qué medida se puede admitir la validez de una cláusula no consentida si esta afecta a la propia esencia del contrato, a su contenido esencial. En principio, el consentimiento, base última del contrato, resiste en los contratos celebrados en masa aunque queda reducido al objeto esencial, y respecto del clausulado general podemos decir se acepta como algo inevitable que acompaña a lo realmente querido por el consumidor, aquello sobre lo que consiente: el objeto principal del contrato, la cosa, el precio. Pero si el objeto principal del contrato no ha sido consentido, desde un punto de vista dogmático surgen más dudas para mantener la vinculación del consumidor. El control de transparencia a mi modo de ver conecta directamente con esta cuestión.

Pero más allá de este planteamiento dogmático, creo que los pronunciamientos del TJUE y del TS permiten avalar este entendimiento de las cosas, tal y como trataré de exponer seguidamente.

### *2.3. La jurisprudencia del TJUE y del TS sobre la transparencia vinculada al consentimiento contractual*

En la jurisprudencia del TJUE, el control de transparencia se desarrolla básicamente en las sentencias del TJUE 21 marzo 2013, *RWE Vertrieb*, C-92/11, EU:C:2013:180; 30 abril 2014, *Kásler y Káslerne Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282; 26 febrero 2015, *Matei*, C-143/13, EU:C:2015:127; 23 abril 2015, *Van Hove*, C-96/14, EU:C:2015:262; 21 diciembre 2016, *Gutiérrez Naranjo*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980. Todas ellas distinguen entre la redacción de las cláusulas de forma clara y comprensible y la

<sup>29</sup> La cuestión encuentra su paralelismo en el mercado de los limones desarrollado por AKERLOF, George, «The market for 'lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism », *The Quarterly Journal of Economics*, 84 (1970) pp. 488-500. En la medida en que se pueda generar la incertidumbre en los consumidores acerca de los perjuicios que pueden comportar las cláusulas del contrato que no han sido objeto de negociación, podría desincentivarse la participación de estos en el mercado. Sin embargo, si se introduce un mecanismo de protección frente a esta amenaza, en este caso las normas imperativas que determinar la nulidad de cláusulas abusivas, se mitigan los riesgos y se consigue mantener cierta confianza en el mercado. Sobre la incidencia de la teoría del mercado de los limones aún hoy en día en la contratación, puede mencionarse, fuera del ámbito de contratos con consumidores, cfr. SHULTE-NÖLKE, Hans, «No Market for Lemons: On the Reasons for a Judicial Unfairness Test for B2B Contracts», *European Review of Private Law*, 2 (2015), pp. 195-216.

posibilidad de tener un conocimiento real de las mismas (nótese que se habla de la posibilidad de tener un conocimiento real y no de que efectivamente tal conocimiento se haya tenido). La primera es el control de incorporación y la segunda es el control de transparencia. La pregunta entonces es: ¿Cómo puede determinar el juez que el consumidor ha podido tener un conocimiento real de la cláusula, más allá de su claridad documental, que incide más bien sobre el control de incorporación y no sobre la transparencia? Veamos en qué consiste el control de transparencia según la jurisprudencia del TJUE.

La sentencia del TJUE de 21 marzo 2013, *RWE Vertrieb*, C-92/11, EU:C:2013:180 establece, al referirse al control de transparencia:

«44 En efecto, reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un 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».

La referencia a que «el consumidor decide si desea quedar vinculado» podría entenderse, de acuerdo con los razonamientos anteriores, como la manifestación del consentimiento del consumidor en el contrato. A su vez, esta doctrina se reitera en las sentencias del TJUE 30 abril 2014, *Kásler y Káslerne Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282; 26 febrero 2015, *Matei*, C-143/13, EU:C:2015:127; 23 abril 2015, *Van Hove*, C-96/14, EU:C:2015:262; 21 diciembre 2016, *Gutiérrez Naranjo*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980; sentencia del TJUE 20 septiembre 2017, *Andriciuc*, C-186/16, EU:C:2017:703 que desarrollan la transparencia indicando que esta se determina en atención a la redacción del contrato de forma no sólo gramaticalmente clara para el consumidor, sino que se exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula y su relación con otras cláusulas del contrato, atendiendo para determinar esta cuestión a todos los aspectos de hecho pertinentes, entre ellos la publicidad y la información ofrecidas en el contexto de la negociación. Se trata de que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él.

En definitiva, y de acuerdo con los planteamientos realizados anteriormente en relación con el consentimiento, el control de transparencia permite delimitar qué cláusulas sobre el objeto principal del contrato o sobre la adecuación entre precio o retribución y bienes o servicios se han consentido (o cabe presuponer que se ha consentido) y cuáles no, pudiendo distinguirse al menos tres categorías, a la luz de la aplicación de la jurisprudencia del TJUE por parte del TS:

1.- cláusulas que claramente se presentan como parte del objeto principal del contrato y que son comprensibles para un consumidor normalmente informado y mínimamente perspicaz. A ello ha aludido la sentencia del TS (1ª) del Pleno 14 diciembre 2017<sup>30</sup>, sobre la cláusula IRPH, que considera atendidas las circunstancias del caso concreto la cláusula era transparente, o la sentencia del TS (1ª) 1 diciembre 2017<sup>31</sup> para una cláusula suelo.

2.- cláusulas que se presentan como parte del objeto principal del contrato pero un consumidor normalmente informado mínimamente atento o perspicaz no es capaz de comprender la carga económica y jurídica que comportan en el contrato porque no llega a comprenderse su funcionamiento en el contrato: sentencia del TS (1ª) del Pleno, 15 noviembre 2017<sup>32</sup>, relativa a un préstamo hipotecario multidivisa.

3.- cláusulas que, aun referidas al objeto principal del contrato, se presentan entremezcladas con cláusulas accesorias, de modo que el consumidor normalmente informado y mínimamente atento o perspicaz no llega a apercibirse de su existencia ni de su incidencia en el objeto principal del contrato en el momento de la contratación: así, con relación a las cláusulas suelo, las sentencias del TS (1ª) 24 enero 2018<sup>33</sup>, 23 enero 2018<sup>34</sup>, 17 enero 2018<sup>35</sup>, 7 noviembre 2017<sup>36</sup>, 8 junio 2017<sup>37</sup>, entre otras muchas.

De estos tres tipos, sólo el primero se referiría a cláusulas transparentes y, como tales, habrían de tenerse por válidas aun cuando pudieran resultar abusivas. El consumidor ha consentido expresamente en ellas y previsiblemente ha comprendido su trascendencia jurídica y económica dentro del contrato. Las otras dos categorías de cláusulas no superarían el control de transparencia, ya sea porque no son comprensibles, o porque al estar ocultas en el clausulado, el consumidor ignora su existencia y no llega a percibir su incidencia en el contrato. En cualquiera de estos dos casos se puede apreciar un déficit en la formación del consentimiento del consumidor, que es lo que podría justificar la injerencia judicial en las cláusulas que recaen sobre el objeto principal del contrato desde el parámetro de la abusividad. Tengamos en cuenta que en el segundo caso se entraría en un control sobre el precio, pero un control

<sup>30</sup> RJ 2017\5167

<sup>31</sup> RJ 2017\5148

<sup>32</sup> RJ 2017\4730

<sup>33</sup> RJ 2018\181

<sup>34</sup> RJ 2018\249

<sup>35</sup> RJ 2018\34

<sup>36</sup> RJ 2017\4759

<sup>37</sup> RJ 2017\2509

relativo porque no es función del tribunal determinar en términos generales cuándo el precio es justo, ni cuenta con los criterios suficientes para entrar en esta cuestión. Lo que sí puede, y es ahí donde se despliega el control judicial en relación con el precio, es valorar si el precio o retribución real del contrato coincide o no con el que el consumidor creyó consentir, y en caso negativo se apreciaría la abusividad cuando el precio real sea más gravoso para el consumidor. En este sentido, indica el TJUE en la sentencia *Matej*, C-143/13:

«El Tribunal de Justicia también ha considerado que del tenor del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 resulta que la segunda categoría de cláusulas de las que no cabe apreciar su posible carácter abusivo tiene un alcance reducido, ya que sólo abarca la adecuación entre el precio o la retribución prevista y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, explicándose dicha exclusión porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar el control de dicha adecuación (véase, en este sentido, la sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, EU:C:2014:282, apartados 54 y 55)».

En consecuencia, y a la vista de todo lo anterior, son dos las ideas básicas para poder determinar si una cláusula es transparente, como ya apunta la doctrina<sup>38</sup>:

- 1.- la publicidad e información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación del contrato, lo que nos situaría en la fase precontractual, y
- 2.- la posibilidad de conocer el funcionamiento concreto de la cláusula y su vinculación con las demás cláusulas del contrato.

Esta transparencia ha de apreciarse además teniendo en cuenta que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo relativo al nivel de información, por lo que la exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales y la transparencia deben entenderse de manera extensiva (sentencia del TJUE 30 abril 2014, *Kásler y Káslerne Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282; sentencia del TJUE 20 septiembre 2017, *Andriciuc*, C-186/16, EU:C:2017:703).

Con el control de transparencia se fiscaliza si la cláusula pudo ser conocida y comprendida por el consumidor. Si se concluye que la cláusula no fue transparente, la Directiva, como norma de mínimos, solo la expulsa si además de no ser transparente es abusiva, según interpreta el TJUE el artículo 4.2 (Sentencia del TJUE 26 enero 2017, *Primus*, C-421/14, EU:C:2017:60). Consecuentemente, habrá que entender que la

<sup>38</sup> Díez GARCÍA, Helena, «Financiación hipotecaria a consumidores: transparencia, información y cláusulas abusivas», en M<sup>a</sup> Ángeles PARRA LUCÁN (Directora), *Acceso a la vivienda y contratación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 439-443.



cláusula transparente se mantiene aunque pudiera ser perjudicial para el consumidor, que la ha podido conocer y comprender con carácter previo a la celebración del contrato, y ha podido percibir que se refiere al objeto principal del contrato o a la adecuación del precio o retribución del contrato con los bienes o servicios prestados, y pese a todo ha consentido en ella. Expresamente indica el TJUE que las cláusulas referidas en el artículo 4.2 de la Directiva «sólo quedan eximidas de la apreciación de su carácter abusivo en la medida en que el órgano jurisdiccional competente considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible» (sentencia del TJUE 20 septiembre 2017, *Andriciuc*, C-186/16, EU:C:2017:703).

Lo que interesa ahora, habida cuenta de la incidencia de la transparencia sobre el consentimiento y sus implicaciones en la validez de las cláusulas del contrato, es realizar una distinción entre consentimiento y negociación individual, porque esta última se viene negando de forma casi sistemática en los contratos con consumidores y creo que es importante puntualizar que la ausencia de negociación individual no implica negar que en estos contratos no concurra el consentimiento del consumidor. Lo que ocurre es que se trata de un consentimiento limitado, que no suele ir precedido de una negociación individual, y ello puede incidir en la validez y eficacia de algunas cláusulas.

#### *2.4. Distinción entre consentimiento y negociación individual*

El consentimiento que presta el consumidor habitualmente se refiere a cláusulas predispuestas e impuestas por la otra parte, es decir, que no han sido objeto de negociación individual. Con carácter general, sólo pueden ser cláusulas abusivas aquellas que no han sido objeto de negociación individual, por disponerlo así el artículo 3.1 de la Directiva<sup>39</sup>. El hecho de que una cláusula sea aceptada por el consumidor no le priva de su condición de cláusula impuesta. Para que no sea considerada como tal, no basta con que el consumidor hubiera podido influir en su redacción, sino que es preciso que efectivamente haya influido, y este elemento ha de ser probado. En tales términos se ha pronunciado la reciente sentencia del TS (1ª) 29 noviembre 2017<sup>40</sup>:

«En lo relativo al conocimiento y consentimiento de las condiciones generales de la contratación, la jurisprudencia ha establecido las siguientes conclusiones:

a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o

<sup>39</sup> La negociación individual excluye además que una determinada cláusula pueda ser considerada condición general de la contratación, cfr. artículo 1 párrafo segundo LDGC, *contrario sensu*.

<sup>40</sup> RJ 2017\5632

en su contenido, de tal forma que, o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula, o debe renunciar a contratar.

b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación, aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario.»

Esta doctrina se encuentra en consonancia, además, con las interpretaciones que se vienen haciendo en el contexto europeo. En este sentido, basta recordar lo que dispone el DCFR en relación con el papel activo que debe desempeñar el consumidor para que haya negociación individual:

«II. –1:110: Terms “not individually negotiated”

(1) A term supplied by one party is not individually negotiated if the other party has not been able to influence its content, in particular because it has been drafted in advance, whether or not as part of standard terms.

(2) If one party supplies a selection of terms to the other party, a term will not be regarded as individually negotiated merely because the other party chooses that term from that selection.

(3) If it is disputed whether a term supplied by one party as part of standard terms has since been individually negotiated, that party bears the burden of proving that it has been.

(4) In a contract between a business and a consumer, the business bears the burden of proving that a term supplied by the business has been individually negotiated.

(5) In contracts between a business and a consumer, terms drafted by a third person are considered to have been supplied by the business, unless the consumer introduced them to the contract.»

Recientemente ha indicado la Comisión Europea, en sus alegaciones presentadas en la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Teruel, asunto C-452/18, que la inversión de la carga de la prueba del artículo 3.2 de la Directiva 93/13 responde a la finalidad de garantizar un equilibrio real entre el profesional y el consumidor frente a la inferioridad negociadora y la asimetría de información que existe entre ambos, lo que da lugar a un concepto amplio de condiciones generales o contratos de adhesión y una interpretación restrictiva de la noción de contratos negociados individualmente, porque esta noción restringe el campo de aplicación de la Directiva y puede reducir la protección de los consumidores

(párrafo 30). En definitiva, se admite teóricamente la posibilidad de negociación individual pero se limita notablemente en la práctica la posibilidad de apreciar su concurrencia en aras de la protección del consumidor. Y añade que no basta con la mera posibilidad de influir o la apariencia de haber influido para apreciar negociación individual, siendo necesario que el consumidor haya “ejercido de forma real y efectiva su poder de negociación, lo cual corresponde valorar al juez nacional a la luz de las circunstancias del asunto principal” (párrafo 32).

En sus sentencias sobre el control de transparencia dictadas hasta la fecha, el TJUE no se refiere a la negociación individual, posiblemente porque a tenor de lo que se acaba de exponer, el punto de partida en las relaciones de consumo es que tal negociación no existe, salvo que quede acreditada. Pero negociación individual y consentimiento son dos cosas distintas, y lo que sí hay, a mi juicio, es consentimiento. Cuando el TJUE se refiere a la transparencia, incide de manera recurrente en la fase precontractual, en la idea de que «reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un 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 del TJUE 21 marzo 2013, *RWE Vertrieb*, C-92/11, EU:C:2013:180 reiterado posteriormente en la sentencia del TJUE 30 abril 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282; sentencia del TJUE 23 abril 2015, *van Hove*, C-96/14,). No hay negociación individual, pero el consumidor debe poder examinar las condiciones del contrato para decidir “si desea quedar vinculado”, es decir, para que pueda prestar su consentimiento.

De acuerdo con lo que se viene sosteniendo en este trabajo, si la cláusula es objeto de negociación individual, es obvio que el consumidor la conoce y consiente en ella y que no cabe plantear su abusividad. Si la cláusula es impuesta, y no ha sido objeto por tanto de negociación individual, puede ser conocida al prestar el consentimiento o no. Si la cláusula impuesta es transparente, ello significa que pudo ser conocida y no cabe realizar el juicio de abusividad, de acuerdo con el artículo 4.2 de la Directiva. Entonces, cuando la cláusula es transparente, sólo se puede atacar el contrato, en su caso, mediante los remedios tradicionales del Código civil sobre nulidad, anulabilidad o rescisión. Pero si la cláusula no es transparente, aunque formalmente se haya consentido en ella a través de la firma del contrato, y teniendo en cuenta además que no es una cláusula accesoria, sino que se refiere al objeto principal del contrato o la adecuación entre precio o retribución y bienes o servicios, lo cierto es que no hay un consentimiento real. El verdadero consentimiento no existe si se ha firmado la cláusula pero o bien se ignoró que se firmaba, o no se comprendía, o no había posibilidad de

rechazarla si se quería contratar. A pesar de las exigencias de la contratación en masa, que llevan a admitir la validez y vinculación de cláusulas accesorias sobre las que no se ha consentido expresamente y cuya existencia era ignorada por el consumidor, a la situación a la que nos lleva el control de transparencia es a que cláusulas no accesorias, sino referidas al objeto principal del contrato, y no consentidas ni negociadas individualmente, no vinculen al consumidor cuando le perjudiquen en contra de las exigencias de la buena fe, precisamente porque se refieren al objeto principal del contrato.

Este diferente modo de entender el control de contenido en cláusulas accesorias y cláusulas sobre el objeto principal del contrato o sobre la adecuación entre precio o retribución y bienes o servicios es lo que explicaría la postura del TJUE cuando viene sosteniendo que debe hacerse una interpretación restrictiva de los elementos que se refieren al objeto principal del contrato (sentencias *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13; *Van Hove*, C-96/14; *Andriciuc*, C-186/16). Cuanto más amplia sea esta idea del objeto principal del contrato, más se limita el control de abusividad, porque solo es posible si no se pasa el filtro de transparencia, mientras que para el resto del clausulado es indiferente la transparencia: en todo caso es posible respecto de estas cláusulas el control de abusividad.

Frente a este planteamiento, considero importante matizar o puntualizar lo que la Comisión Europea plantea en sus alegaciones del asunto C-452/18, anteriormente referido. Indica la Comisión que el mero hecho de que el consumidor añada de su puño y letra la mención «soy consciente y entiendo que el tipo de interés nominal de mi préstamo nunca bajará del 2.35% nominal» no basta para apreciar que hubo negociación individual (párrafos 31 y 34). Evidentemente, así es. Una previsión de este tipo no afecta a la negociación individual, pero sí puede incidir sobre la transparencia, lo que también condiciona –al igual que la negociación individual– la posibilidad de realidad un control de contenido.

#### *2.5. La transparencia como parámetro abstracto de validez: delimitación de la transparencia frente a los vicios del consentimiento*

La jurisprudencia del TS, desde la sentencia del TS (1ª) del Pleno 9 mayo 2013<sup>41</sup>, insiste en que el control de transparencia es distinto del error vicio, pero no detalla en qué se distinguen. Excedería de las funciones del TJUE delimitar las relaciones entre la transparencia y los vicios del consentimiento, toda vez que estos últimos son una institución claramente insertada en el derecho civil nacional de cada uno de los

<sup>41</sup> RJ 2013\3088

Estados, que dotan al error vicio de un significado y requisitos propios. Corresponde, más bien, a las instancias nacionales delimitar esta cuestión.

A pesar de ser dos instituciones distintas, no podemos negar que el hecho de que constantemente la jurisprudencia realice el juicio de transparencia atendiendo al equilibrio “subjetivo” del consumidor en relación con las prestaciones del contrato parece evocar en cierto modo esa idea de falsa representación mental de la realidad que es el error vicio. Por este motivo, la cuestión merece un cierto análisis, contribuyendo por otra parte a una mejor comprensión de la materia que nos ocupa. Así, por ejemplo, la sentencia del TS (1ª) 9 marzo 2017<sup>42</sup> afirma:

«Por eso, el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó.»

Según la jurisprudencia del TJUE, para determinar si una cláusula es transparente se atiende a si pudieron ser comprendidas por un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (sentencias *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13; *Matei* C-143/13; *Andriciuc*, C-186/16). Esto, en definitiva, es un parámetro abstracto de validez [sentencia del TS (1ª) 9 mayo 2013], por cuanto no se atiende a si en el caso concreto las cláusulas fueron realmente comprendidas. Veamos esta cuestión con más detalle.

Es verdad que cuando no se suministra correctamente la información, de manera clara y comprensible, en términos en que el consumidor pueda comprender la carga jurídica y económica del contrato, se puede estar incurriendo en un vicio del consentimiento. Sin embargo, el principal problema que plantean los vicios del consentimiento, tal y como están configurados en nuestro ordenamiento, consiste en que no dan una solución satisfactoria en estos casos, atendida la regulación de los mismos en el Código civil, fundamentalmente porque la consecuencia es la nulidad del contrato en su conjunto, no la nulidad de la cláusula, que es lo que interesa al consumidor cuando pretende que se declare abusiva una cláusula sobre el objeto principal del contrato pero no quiere que este se resuelva. Así ocurre, por ejemplo, en el contrato de préstamo hipotecario, en el que el consumidor no se encuentra en situación de poder hacer frente a la consecuencia de la restitución de las prestaciones. Esta no es una consecuencia querida en este caso y por ese motivo evita solicitar la tutela judicial al amparo de los vicios del consentimiento. Sin embargo, al mismo tiempo en que se ha

<sup>42</sup> RJ 2017\977

venido desarrollando la jurisprudencia sobre el control de transparencia, observamos que también se han sucedido numerosos pronunciamientos judiciales en los que una persona, que puede tener la condición de consumidor, solicita la nulidad de otro tipo de contrato bancario por vicio del consentimiento: el contrato de swap. Y en estos supuestos, de manera recurrente, la jurisprudencia ha apreciado la nulidad del contrato por error vicio. ¿Dónde radica la diferencia?

Los razonamientos jurisprudenciales que llevan a apreciar error vicio en los contratos de swap pueden sintetizarse en los términos que se exponen entre otras muchas, en la reciente sentencia del TS (1ª) 26 febrero 2018<sup>43</sup>.

«3. Es jurisprudencia constante de esta sala que «lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos hayamos entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. No es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio, sino que permite presumirlo» (sentencia 560/2015, de 28 de octubre, con cita de la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014)».

Esta sentencia realiza a continuación una comparativa con otro supuesto ya resuelto por la Sala primera, explicando que si bien en aquél no se declaró probado el cumplimiento de los deberes de información sobre el producto y sus riesgos ni que el cliente conociera lo que contrataba, en este caso, aunque se contrató en la misma conversación telefónica, el cliente sí conocía lo que contrataba, lo que lleva a entender que no concurrió vicio del consentimiento.

Por tanto, no se trata simplemente de que el error vicio vaya dirigido a la nulidad de todo el contrato y la falta de transparencia a la declaración de nulidad de una concreta cláusula, y que el primero esté al alcance tanto de consumidores como de quienes no lo son, mientras que el segundo quede reservado a quienes reúnan la condición de consumidor.

Es verdad que existe esta diferencia en cuanto a las consecuencias jurídicas en uno y otro caso. Pero también es verdad que las concepciones más modernas del derecho de contratos abogan por la posibilidad de nulidad parcial del contrato en el caso del error

<sup>43</sup> RJ 2018\63921

vicio, como hacen las propuestas de modernización más recientes, concretamente el DCFR en su artículo II.- 7:213, y el artículo 527-11 de la Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Si solo fuera esta la diferencia, admitiendo la nulidad parcial por vicios del consentimiento se diluirían las diferencias, y todo invita a pensar que no es así desde el momento en que el TS ha recalcado de manera reiterada la diferencia entre la transparencia y el error, como se ha expuesto anteriormente.

En realidad, desde mi punto de vista, vicios del consentimiento y falta de transparencia recaen sobre una misma realidad, en cuanto que aluden a una patología en el consentimiento. Lo que sucede es que ambas figuras jurídicas se mueven en terrenos distintos. El vicio del consentimiento debe referirse a un elemento que fue esencial para prestar el consentimiento, y la falta de transparencia se refiere a los elementos esenciales del contrato (objeto principal del contrato o adecuación entre precio o retribución y bienes o servicios). Por tanto, ambos recaen sobre elementos principales del contrato. Pero el vicio del consentimiento es predicable de cualquier contrato y el control de transparencia y de abusividad sólo respecto de contratos celebrados con consumidores. Y ello justifica su distinta mecánica, que es lo que realmente los diferencia, cualquiera que sea el tratamiento de los vicios del consentimiento en cada uno de los ordenamientos nacionales. Así, observamos que el vicio del consentimiento atiende a las circunstancias del caso concreto, de modo que no sólo atiende, por ejemplo, en los contratos ofertados por entidades financieras, al cumplimiento de los deberes de información, siendo posible que estos no se cumplan pero el cliente comprenda los riesgos, lo que llevaría a excluir el error en el caso concreto. Sin embargo, el control de transparencia es un control abstracto, como indica el TS<sup>44</sup>, atiende a criterios objetivos<sup>45</sup>, y así, resulta más protector para el cliente, el consumidor, porque para apreciarlo basta con acreditar el defecto de información y utilizar como parámetro para determinar la comprensibilidad real a un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, lo que facilita la actividad probatoria en beneficio del consumidor. Y lo distingue, por otra parte, de las distintas concepciones nacionales sobre error vicio en cada uno de los sistemas de derecho privado de cada Estado.

<sup>44</sup> Desde la sentencia del TS (1<sup>ª</sup>) del Pleno 9 mayo 2013 (RJ 2013\3088), de manera reiterada se ha entendido así, y entre los pronunciamientos más recientes, baste citar las sentencias del TS (1<sup>ª</sup>) 23 enero 2018 (RJ 2018\249), 24 enero 2018 (RJ 2018\182), 24 enero 2018 (RJ 2018\181), 29 enero 2018 (RJ 2018\199).

<sup>45</sup> CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «El control de incorporación y transparencia de condiciones generales de la contratación: un necesario replanteamiento», op. cit., p. 25.

Llegado este punto, y teniendo en cuenta todas las precisiones realizadas en relación con el consentimiento y el control de transparencia, creo que puede abordarse adecuadamente el tema que en último término justifica este trabajo, es decir, la eventual posibilidad de transigir o novar respecto de cláusulas no transparentes.

### 3. LA AUTONOMÍA E LA VOLUNTAD DEL CONSUMIDOR SOBRE CLÁUSULAS NO TRANSPARENTES O ABUSIVAS: LA TRANSACCIÓN Y LA NOVACIÓN APLICADAS A ESTA MATERIA

En ocasiones nos encontramos con cláusulas de las referidas en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 que se incluyeron en el contrato de forma no transparente pero que son objeto de una cierta renegociación, que puede adoptar la forma de una novación o de una transacción. Se cuestiona entonces la validez de la nueva cláusula, resultante de esta negociación. Vamos a referirnos a ello seguidamente, distinguiendo los casos de novación respecto de los supuestos de transacción.

#### 3.1. *La novación de cláusulas no transparentes*

Aunque la novación puede ser tanto objetiva como subjetiva, y en la jurisprudencia sobre cláusulas suelo encontramos ejemplos de ambos supuestos, lo que interesa a efectos de este estudio es la novación objetiva. Basta decir respecto de la novación subjetiva que exige tener en cuenta, a efectos del control de transparencia y del control de abusividad, si la persona que se subroga en el contrato tiene la condición de consumidor, supuesto que se plantea de manera frecuente cuando el comprador de una vivienda se subroga en el préstamo hipotecario concedido al promotor<sup>46</sup>. En tal caso, es necesario que la entidad de crédito suministre una información previa conforme a las exigencias de la transparencia, porque en otro caso podrá declararse el carácter abusivo de las cláusulas referidas en el artículo 4.2 de la Directiva si concurren los presupuestos necesarios. Así se ha entendido, por ejemplo, en las sentencias del TS (1ª) 24 noviembre 2017<sup>47</sup>; 17 enero 2018<sup>48</sup>; 26 enero 2018<sup>49</sup>; 20 septiembre 2018<sup>50</sup>; 20 septiembre 2018<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> A propósito de la condición de consumidor en la novación, resulta interesante también, aunque excede del objeto de este estudio, la sentencia del TS (1ª) 5 octubre 2018 (RJ 2018\4246). En este caso, una pareja se subrogó en el préstamo hipotecario que se había concedido al promotor de la vivienda que habían comprado, y posteriormente ampliaron el préstamo hipotecario en 60.000 euros para adquirir participaciones de una sociedad mercantil. El TS entendió que si bien en el primer momento los deudores actuaron como consumidores, no puede entenderse así respecto de la novación del préstamo, de manera que no cabe aplicar respecto de la misma los controles de transparencia y abusividad.

<sup>47</sup> RJ 2017\5063

<sup>48</sup> RJ 2018\162

<sup>49</sup> RJ 2018\194

<sup>50</sup> RJ 2018\4044

<sup>51</sup> RJ 2018\4160



Respecto de la novación objetiva, el supuesto típico que se viene planteando es aquel en que existiendo una cláusula suelo en el contrato, las partes convienen en modificar este suelo, generalmente rebajándolo, de manera que si el suelo inicial era, por ejemplo, del 4%, quede situado en un porcentaje inferior, digamos del 2,5%. En estos casos, la solución que viene ofreciendo la jurisprudencia consiste en entender que la novación queda sujeta al mismo control de transparencia y abusividad que la contratación inicial del préstamo hipotecario, y de este modo, si la novación se convino de forma transparente, el nuevo suelo será válido, sin perjuicio de que el suelo anterior pudiera no serlo por falta de transparencia, de manera que debería procederse a la restitución, en su caso, de las cantidades indebidamente satisfechas por el juego de la primera cláusula suelo si esta llegó a operar. Pero si la novación tampoco se ajustó a las exigencias de transparencia, tanto la cláusula inicial como la resultante de la novación deberían reputarse abusivas, como entienden las sentencias del TS (1ª) 24 noviembre 2017<sup>52</sup>; 15 junio 2018<sup>53</sup>; 26 junio 2018<sup>54</sup>. Este planteamiento parece quedar respaldado por las alegaciones recientemente presentadas por parte de la Comisión Europea en la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Teruel, asunto C-452/18 (párrafos 19 a 26).

En este ámbito, resulta llamativa desde mi punto de vista la sentencia del TS (1ª) 24 abril 2018<sup>55</sup>, porque no se corresponde bien, a mi modo de ver, con la doctrina establecida por el TJUE en relación con la transparencia y la abusividad. En este caso, según indica la propia sentencia, la novación modificativa se llevó a cabo a petición de los clientes, que solicitaban una reducción del tipo de interés del préstamo hipotecario. A pesar de que se aprecia incluso una iniciativa del consumidor en la negociación, que ya de por sí podría ser bastante para excluir la aplicación del artículo 3.1 de la Directiva, por entender que se trataría de cláusulas resultado de una negociación individual, el TS en este caso aprecia falta de transparencia y declara ambas cláusulas, la anterior y la posterior a la novación, abusivas. Más acertada me parece, en este sentido, la sentencia del TS (1ª) 13 septiembre 2018<sup>56</sup> que viene a entender precisamente lo contrario respecto de un supuesto similar, pues también en este caso la rebaja del suelo se lleva a cabo a iniciativa del consumidor, entendiéndose el TS que se trata en consecuencia de una cláusula negociada entre las partes, lo que excluye la posibilidad de que la cláusula sea abusiva. Pero es fundamental que quede constancia de este extremo, porque si la cláusula suelo se introduce o modifica (incluso a la baja) en el

<sup>52</sup> RJ 2017\5063

<sup>53</sup> RJ 2018\2434

<sup>54</sup> RJ 2018\2927

<sup>55</sup> RJ 2018\1793

<sup>56</sup> RJ 2018\3839

contrato como consecuencia de una novación modificativa, pero no queda acreditado que la negociación alcanzara a este extremo, sino a otros elementos del contrato como por ejemplo una ampliación del capital prestado o del plazo, nos encontraremos ante una cláusula predispuesta que debe someterse al control de transparencia y abusividad, tal y como ha entendido la sentencia del TS (1ª) 13 junio 2018<sup>57</sup>.

Existe una sentencia del TS, no obstante, que declaró que la novación de una cláusula no transparente sería nula conforme al artículo 1208 CC, pronunciamiento que merece algunos comentarios. Efectivamente, la sentencia del TS (1ª) 16 octubre 2017<sup>58</sup> aplica el artículo 1208 CC a un supuesto de novación de una cláusula no transparente. En este caso, existía un contrato de préstamo hipotecario concertado el 13 de febrero de 2009 con dos consumidores en el que se establecía un suelo del 3% que no superaba el control de transparencia. Los consumidores reclamaron ante la entidad de crédito y solicitaron una rebaja del suelo al 2,5%, que era el suelo de otros vecinos de la misma promoción. La entidad accedió durante los años 2010 y 2011, pero en 2012 volvió a aplicar el suelo del 3%, y en 2013 los consumidores presentaron una demanda en la que solicitaban que se declarase la nulidad de la cláusula suelo por abusiva y por falta de transparencia, y subsidiariamente, que se aplicara el suelo del 2,5%, con restitución en ambos casos de las cantidades indebidamente abonadas.

La sentencia de primera instancia consideró que la cláusula inicial era nula por falta de transparencia, pero la posterior fijación del suelo del 2,5% era una novación a través de la cual se convalidaba el vicio inicial de la cláusula conforme al artículo 1208 CC, estimando de este modo la pretensión subsidiaria. Recurrida esta sentencia en apelación por parte de los consumidores, quienes solicitaban que se les reconociera la pretensión principal, su recurso fue desestimado por considerar la audiencia provincial que la sentencia no les era perjudicial, ya que estimaba su pretensión subsidiaria. Contra esta sentencia formularon recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El TS entendió que sí existía legitimación para recurrir por parte de los recurrentes y entra en el fondo del asunto. Considera que la cláusula suelo inicial no es transparente, que es abusiva, y por tanto nula, añade que la nulidad absoluta o de pleno derecho es insubsanable, por lo que no cabe su convalidación, y rectifica el criterio del juez de primera instancia que había apreciado la convalidación de la cláusula no transparente realizando además el siguiente razonamiento:

«8.- Este precepto legal determina la nulidad de la novación cuando también lo sea la obligación novada, salvo que la causa de nulidad solo pueda invocarla el deudor o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen. Pero del mismo no se deduce que

<sup>57</sup> RJ 2018\2440

<sup>58</sup> RJ 2017\4282

siempre que la nulidad de la obligación novada solo pueda ser invocada por el deudor, la novación suponga necesariamente la convalidación de la obligación novada y la consiguiente subsanación de los defectos de los que esta adolecía.

La nueva obligación adolecerá de los mismos vicios que la obligación novada, salvo que la voluntad de los interesados pueda y quiera subsanar tales defectos. Para que tal subsanación se produzca, es preciso que se den los requisitos que el artículo 1311 del Código Civil y la jurisprudencia que lo desarrolla establecen para la convalidación de los negocios anulables.

9.- En el caso enjuiciado, la protesta por la inclusión de una cláusula de la que no se advirtió a los prestatarios, pese a su trascendencia, y la petición de que al menos se les reduzca el suelo al fijado en otros contratos de la misma promoción, incluso si se tratara de un vicio subsanable (que no lo es), no podría considerarse en ningún caso como una convalidación del contrato pues no constituye un acto inequívoco de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria.

Se trata solamente de una solicitud dirigida a reducir en lo posible las consecuencias negativas que la cláusula cuestionada tenía para los prestatarios, que no les impide posteriormente solicitar la declaración de nulidad absoluta de tal cláusula y la restitución de lo que el banco ha percibido indebidamente por su aplicación».

En cierto modo, se puede entender que algunas de las afirmaciones contenidas en esta sentencia han quedado superadas por la jurisprudencia posterior. Concretamente, la posibilidad de que una cláusula que se repute nula por falta de transparencia y abusividad se transforma en otra cláusula que sí sea válida, como hemos visto, mediante una novación en la que se cumpla con las exigencias de transparencia. Hay, como ya se ha expuesto, varias sentencias posteriores que así lo sostienen. Esto nos podría llevar a entender que la nulidad de este tipo de cláusulas (no transparentes y abusivas), en realidad, y a pesar de lo inicialmente sostenido en la sentencia del TS (1ª) 16 octubre 2017<sup>59</sup>, no es una nulidad de pleno derecho en el sentido del Código civil, y por tanto, escaparía del primer inciso del artículo 1208 CC. En realidad, y como se ha tratado de defender en páginas anteriores, es una nulidad que se vincula al consentimiento, pero de algún modo se puede subsanar, aunque no *ab initio*, como en los vicios del consentimiento, sino de futuro a través de una novación en la que se sustituya la cláusula no transparente por otra que sí lo sea. Y esto significa que también escapa del segundo inciso del artículo 1208 CC, porque no se trata en este caso de una convalidación, como bien indica la sentencia del TS (1ª) 16 octubre 2017<sup>60</sup>, pues el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 impide que se pueda tener por válida la cláusula no transparente. Considero que en los casos de nulidad motivada por la falta de

<sup>59</sup> RJ 2017\4282

<sup>60</sup> RJ 2017\4282

transparencia nos encontramos, en definitiva, ante una categoría jurídica nueva, distinta a las contenidas en el Código civil y por tanto, no contemplada tampoco en el artículo 1208 CC. Ni es nula siempre y en todo caso, incluso con carácter prospectivo, ni puede convalidarse con carácter retroactivo. La cláusula nula por falta de transparencia ha de tenerse por nula (no se consintió en ella –no es transparente– y además es abusiva), y el artículo 6.1 de la Directiva impide que pueda producir algún efecto, pero al vincularse la transparencia a la falta de comprensibilidad real de la carga económica y jurídica del contrato, sí que sería posible con apoyo en la autonomía de la voluntad, que la cláusula no transparente se sustituyera por otra que sí lo sea, y a partir de ese momento, la nueva cláusula sería válida por ser transparente, pero no con carácter retroactivo. Desde que se produce la novación se corrige la falta de consentimiento que derivaba de la no transparencia.

En cualquier caso, debe hacerse notar que el verdadero motivo de fondo que condujo a la estimación del recurso en la sentencia del TS (1ª) 16 octubre 2017 parece ser que incluso la cláusula del 2,5% pactada posteriormente ni siquiera era realmente querida por los consumidores, sino que a modo de resignación, les permitía paliar en alguna medida las consecuencias negativas de la cláusula suelo. Siendo esto así, tampoco la segunda cláusula podría ser válida al no ser el resultado de una auténtica negociación individual<sup>61</sup> ni haber sido, ni siquiera, libremente consentida.

En relación con estas cuestiones debe resaltarse la sentencia del TS (1ª) 13 septiembre 2018<sup>62</sup>, también referida a un supuesto de novación de una cláusula suelo no transparente. En este caso se consideró que la novación fue resultado de una negociación individual y se consideró que la cláusula resultante de la novación era válida. La sentencia recuerda que la cláusula suelo no es en sí misma nula, sino que solo lo es cuando no es transparente, en la medida en que la falta de transparencia puede incidir en la prestación del consentimiento por parte del consumidor, con cita de la sentencia del TS (1ª) 9 mayo 2013. Y, en efecto, esa misma cláusula, si fuera transparente, sería válida. Y añade:

«Esta nulidad, sin perjuicio de que la cláusula afectada se tenga por no puesta, no debe impedir que el consumidor, en el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad, libremente y con conocimiento de lo que hacía, fruto de una negociación, convenga con el empresario la sustitución de aquella cláusula (nula por falta de transparencia) por

<sup>61</sup> En cierto modo, así lo sostuvo posteriormente la sentencia del TS (1ª) 13 septiembre 2018 (RJ 2018\3839), que refiriéndose precisamente a la sentencia del TS (1ª) 16 octubre 2017 (RJ 2017\4282), establece que en este caso el segundo suelo no se podía considerar fruto de un acuerdo de modificación de la cláusula suelo, sino que simplemente el banco había reaccionado a las quejas del cliente aplicando durante un tiempo un suelo inferior al pactado.

<sup>62</sup> RJ 2018\3839

otra que ya no adolece de ese defecto, ni consta sea fruto de un consentimiento viciado.

Con ello, no se merma el principio de efectividad del artículo 6.1 de la Directiva, pues la cláusula originaria afectada por el defecto de falta de transparencia se tiene en todo caso por no puesta. La única que puede operar es la cláusula posterior, negociada por las partes.

El hecho de ser una cláusula negociada la excluye de la aplicación de la Directiva 93/13, pues no se trata de una cláusula predispuesta por el empresario, sino el fruto del acuerdo entre las partes.

5. Conforme al artículo 3.1 de la Directiva, sólo pueden ser cláusulas abusivas aquellas que no han sido objeto de negociación individual. Conforme a la jurisprudencia de esta sala, la aceptación de la cláusula por el consumidor no le priva del carácter de cláusula impuesta, pues para que no sea considerada como tal, no basta que el consumidor hubiera podido influir en su redacción, sino que es preciso que efectivamente haya influido y ese elemento ha de ser probado. Así nos pronunciamos en la sentencia 649/2017, de 29 de noviembre».

A mi juicio, esta sentencia condensa en gran medida las ideas que se vienen sosteniendo en este trabajo.

### *3.2. La transacción sobre cláusulas no transparentes*

Quizá el supuesto más controvertido es el relativo a la posible transacción respecto de cláusulas cuya abusividad pudiera ser declarada como consecuencia de una falta de transparencia. Existe a propósito de esta cuestión una sentencia de Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, la sentencia 205/2018, de 11 de abril de 2018, que arroja algo de luz sobre esta cuestión. Básicamente, son cuatro las cuestiones que merecen ser analizadas: cómo decidir si nos encontramos ante una novación o ante una transacción, si sería posible transigir en materia de cláusulas abusivas por falta de transparencia, cuáles serían los requisitos de validez de la transacción y, por último, qué efectos comportaría la transacción. A todo ello nos referimos seguidamente.

#### *3.2.1. La consideración del acuerdo como novación o como transacción*

La referida sentencia del TS (1ª) 11 abril 2018<sup>63</sup> consideró que el contrato objeto de la controversia era una transacción. Esta sentencia, sin embargo, cuenta con un voto particular en el que se afirma que, más bien, el contrato habría de ser calificado como novación. Ciertamente, el contrato se formaliza bajo la rúbrica “Contrato de novación modificativa del préstamo”, pero también es cierto que, como reiteradamente ha afirmado la jurisprudencia, los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen, por lo que no bastaría con este solo elemento para calificar el acuerdo como una novación

<sup>63</sup> RJ 2018\1668

o como una transacción. Los autores que han analizado esta sentencia tienen a mostrarse reacios a admitir que se trate de una transacción y se muestran más proclives a entender que se trata de una novación<sup>64</sup>. Es necesario, por tanto, un análisis más profundo<sup>65</sup>.

El contrato de transacción, como dispone el artículo 1809 CC, presenta la particularidad de que persigue evitar la provocación de un pleito o poner fin al que había comenzado. Evidentemente, la transacción que realizan las partes, es decir, esas concesiones recíprocas, implican una modificación respecto de lo que se había pactado inicialmente. Pero no se trata de una mera novación, sino que existe un elemento adicional que es precisamente la causa del contrato, y que se concreta en poner fin a una controversia en vía judicial o evitar que esta llegue a producirse. Cuando concurre esta circunstancia, que constituye el elemento causal del contrato, parece que lo correcto sería calificar el acuerdo como transacción y no como mera novación.

La distinción entre la novación y la transacción es una cuestión dogmática pero también una cuestión interpretativa que corresponde realizar al juez caso por caso a partir de los criterios hermenéuticos establecidos en los artículos 1281 y ss. CC. En definitiva, y al margen de las opiniones que pudieran existir en torno a si en el caso concreto de la sentencia del TS (1ª) 11 abril 2018<sup>66</sup> nos encontramos ante una transacción, como sostiene el pleno, o ante una novación, como mantiene el voto particular, lo cierto es que ha de ser el juez quien debe analizar si en el caso concreto existe el propósito de poner fin a una controversia a través del acuerdo con el que la situación jurídicamente incierta que existía se sustituye por otra cierta. Se trata, en definitiva, de atender a la causa del acuerdo: si es meramente novar, o más bien, se trata de transigir.

En estos casos en que la nulidad de una cláusula vendría motivada por su falta de transparencia, sabemos que esta cuestión ha de determinarse caso por caso. Es decir, no se trata simplemente de una cláusula abusiva, sino que la cláusula en sí misma puede ser abusiva o no, en función del resultado al que se llegue en cada caso tras realizar el control de transparencia. Por tanto, sería posible que en esta situación de

<sup>64</sup> Así, por ejemplo, MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Novación de préstamos hipotecarios con cláusulas suelo y renuncia al ejercicio de derechos. Nota crítica a la sentencia del TS 204/2018, de 11 de abril», *Cesco*, 2018, pp. 4-6; REDONDO TRIGO, Francisco, «Transacción, novación y nulidad respecto de cláusulas suelo en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 768 (2018), pp. 2358-2359; SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz, «Novación, transacción y renuncia en los préstamos hipotecarios», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 768 (2018), pp. 2287-2290; LUENGO LLORET, Vicente, «Transacción con renuncia a reclamar la nulidad de las cláusulas suelo. Reflexiones sobre la sentencia del TS 205/2018, de 11 de abril», *Actualidad Civil*, nº 4 (2018), pp. 5-6.

<sup>65</sup> Acerca de la distinción entre novación y transacción, cfr. ampliamente TAMAYO HAYA, Silvia, *El contrato de transacción*, Thomson Civitas, Madrid (2003), pp. 329-338.

<sup>66</sup> RJ 2018\1668

incertidumbre inicial las partes opten por litigar, o bien podrían preferir realizar concesiones recíprocas y evitar el pleito, cuyo resultado favorecería a una de las partes litigantes y perjudicaría a la otra. En el caso de la sentencia del TS (1ª) 11 abril 2018<sup>67</sup>, esas concesiones recíprocas se concretarían en una rebaja del suelo, que beneficia parcialmente al consumidor, al soportar un suelo más bajo, pero no le beneficia íntegramente porque el suelo no desaparece, y supone una renuncia parcial de la entidad de crédito porque accede a un suelo inferior al inicialmente fijado, pero elude el riesgo de que tras un procedimiento judicial la cláusula suelo se elimine del contrato si resultara acreditada la falta de transparencia. Y se añade además una cláusula por la que se pone fin a la controversia mediante la renuncia al ejercicio de acciones. Así entendido el acuerdo, procedería su calificación como transacción y no como novación.

### 3.2.2. La posibilidad de transigir en caso de cláusulas abusivas por falta de transparencia

Uno de los obstáculos que nos podríamos encontrar al admitir la posibilidad de transigir sobre cláusulas no transparentes es el hecho de que la normativa de consumidores se caracteriza por estar integrada por normas imperativas. Esta circunstancia podría hacer dudar de la validez de los acuerdos transaccionales en cuanto que se podría pensar que nos hallamos ante una materia no disponible, ya que sólo es posible transigir en aquellas materias disponibles<sup>68</sup>. Esta circunstancia es tenida en cuenta por la sentencia del TS (1ª) 11 abril 2018<sup>69</sup> y alude a varios indicios que nos invitan a pensar que existe cierta disponibilidad en esta materia, y así, alude concretamente a la admisibilidad de la mediación y el arbitraje en materia de consumo, los autos del TS de homologación de transacciones alcanzadas por las partes en relaciones de consumo, y las conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl de 14 de septiembre de 2017 en el asunto *Gavrilescu*, C-627/15. En definitiva, el pleno del TS se muestra proclive a admitir la transacción como consecuencia de este reflejo de la voluntad de favorecer la solución extrajudicial de conflictos en este ámbito.

En definitiva, y como ya se había apuntado desde la doctrina, la imperatividad de las normas no impide la posibilidad de transigir. Es más bien el orden público lo que

<sup>67</sup> RJ 2018\1668

<sup>68</sup> Rechaza la posibilidad de transigir en este ámbito LUENGO LLORET, V., op. cit., pp. 6-7 apoyándose en la idea de que no hay negociación individual. Para REDONDO TRIGO, Fernando, op. cit., p. 2361, la renuncia de acciones que implica la transacción es una cláusula abusiva, y que incluso vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, como hemos visto, una cosa es que no sea habitual la negociación individual y otra cosa distinta es que en un caso concreto pueda existir. Ciertamente, la sentencia comentada no repara en esta cuestión, lo cual no es óbice sin embargo para admitir que pueda existir tal negociación individual en algún caso dando pie a la transacción.

<sup>69</sup> RJ 2018\1668

constituye un límite a la transacción. Pero no toda norma imperativa responde a exigencias de orden público<sup>70</sup>.

### 3.2.3. Los requisitos de validez de la transacción

Habida cuenta de que la calificación de un contrato como transacción corresponde al juez y que parece que las relaciones de consumo podrían considerarse disponibles a efectos de la transacción, habría que determinar entonces qué requisitos deberían reunir estos contratos transaccionales para su validez. En principio, parece razonable entender que al tratarse de un contrato con consumidores, habría de quedar sujeto a las normas propias de este tipo de contratos. Y así, respecto de cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato, cabría considerar que existe un deber de transparencia, de modo que la falta de transparencia permitiría realizar un control de abusividad. Esta labor correspondería valorarla al juez a la vista de las circunstancias del caso

La sentencia del TS (1ª) 11 abril 2018<sup>71</sup> realiza un control de transparencia de las cláusulas contractuales y concluye que se han cumplido los niveles de transparencia exigibles, lo que determinaría la validez de las cláusulas controvertidas. Sin embargo, el voto particular sostiene que se trata de un clausulado impuesto que no cumple con los niveles de información necesarios para poder apreciar la requerida transparencia.

Ciertamente, en aquellos supuestos en que este tipo de acuerdos de rebaja del suelo con renuncia de acciones hayan sido prerredactados por la entidad de crédito para suscribirlo con una pluralidad de consumidores, nos encontraremos ante condiciones generales de la contratación. Pero aun cuando se tratase de un contrato celebrado con un único consumidor, si el clausulado viniera impuesto por la entidad de crédito habría que realizar el control de transparencia y abusividad. La discrepancia que parece mostrar el voto particular respecto del pleno se proyecta en este ámbito en cuanto que afirma que se trata de cláusulas impuestas en las que no ha habido negociación individual, pero lo cierto es que el pleno, en la sentencia del TS (1ª) 11 abril 2018<sup>72</sup>, no llega a afirmar lo contrario, es más, parece asumir que no es un supuesto de negociación individual toda vez que realiza un control de transparencia, si bien con un resultado contrario al que se llega en el voto particular. En este último se afirma que ha faltado una información suficiente que permitiera al consumidor la comprensibilidad real del contrato, y en este sentido, pone el acento en la falta de transparencia en

<sup>70</sup> SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, «La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 44 (2011), pp. 285 a 298.

<sup>71</sup> RJ 2018\1668

<sup>72</sup> RJ 2018\1668



relación con la renuncia al ejercicio de acciones, que es la característica propia de la transacción.

Pues bien, aunque la sentencia alcanza una conclusión distinta, supongamos que en un caso concreto quedara acreditado que la cláusula de renuncia de acciones, que en la transacción es una cláusula referida al objeto principal del contrato, no fuera transparente porque, como parece deducirse en el voto particular de la sentencia del TS (1ª) 11 abril 2018<sup>73</sup>, el contrato se ha presentado como una novación y no como una transacción. De quedar este extremo acreditado, habría que considerar que la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones es abusiva por falta de transparencia en el caso concreto, y habría que tenerla por no puesta. Ello afectaría a la naturaleza del contrato, que dejaría de ser una transacción para convertirse en una novación, ya que se produce una rebaja del suelo mediante una cláusula en principio válida (la cláusula que así lo establece no parece ofrecer dudas sobre su transparencia, toda vez que en este caso los consumidores han firmado de su puño y letra que conocen y comprenden el significado de la cláusula suelo), pero la cláusula de renuncia de acciones se tendría por no puesta en el caso concreto por la falta de transparencia, que conduciría a su declaración de abusividad.

La diferencia a efectos prácticos en caso de mantener el contrato como transacción o como novación sería que en el primer caso no parece que pudieran reclamarse, en principio, las cantidades abonadas antes del acuerdo transaccional en aplicación de la primitiva cláusula suelo, y como consecuencia del efecto de cosa juzgada de la transacción (artículo 1816 CC), al que seguidamente aludiremos por las dudas que suscita la cláusula de renuncia de acciones en relación con su validez o abusividad, mientras que en la novación sí que se podría reclamar las cantidades correspondientes. Pero la rebaja del suelo con carácter prospectivo sería igualmente válida en ambos casos.

#### 3.2.4. Los efectos de la transacción

El principal efecto de la transacción es la cosa juzgada, en cuanto que la situación precedente quedaría sustraída del control judicial. Esto significa que no podría reclamarse en sede judicial las cantidades abonadas por la inicial cláusula suelo, a diferencia de lo que sucedería en la novación. La validez de una cláusula de estas características plantea no pocas dudas en el ámbito de los contratos con consumidores. Se ha defendido en la doctrina con argumentos muy convincentes que la cláusula de

<sup>73</sup> RJ 2018\1668

renuncia de acciones es nula por abusiva<sup>74</sup> y de nuestra regulación positiva claramente parece deducirse así si tenemos en cuenta el artículo 10 del texto refundido de la LGDCU y el artículo 82.4.b del mismo texto legal, tal y como indica la Comisión Europea en sus alegaciones de asunto C-452/18. Sin embargo, en el caso de la transacción, la cláusula de renuncia de acciones no sería una cláusula accesoria del contrato, sino que por la propia naturaleza de la transacción se trataría de una cláusula sobre el objeto principal del contrato por lo que, de acuerdo con lo indicado anteriormente en este trabajo, el control de contenido solo sería posible si no se superase el control de transparencia. La Comisión Europea se desmarca de este entendimiento en las alegaciones del asunto C-452/18 con apoyo en el artículo 47 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ante la necesidad de garantizar la tutela jurisdiccional. Modestamente considero que este planteamiento responde en realidad a un desconocimiento de lo que significa en el ámbito de la transacción el efecto de cosa juzgada, en definitiva, a un desconocimiento del verdadero alcance del derecho nacional, que lleva a desenfocar la cuestión. En ningún momento la renuncia de acciones en el ámbito de la transacción significa la imposibilidad de acudir a la vía judicial. En todo caso esto siempre es posible, a pesar del efecto de cosa juzgada: se puede someter a control judicial el propio acuerdo transaccional en tanto que, como contrato, ha de quedar sometido a los requisitos de validez de los mismos. Así lo indica la sentencia del TS (1ª) 11 abril 2018<sup>75</sup>, con cita a su vez de la sentencia del TS (1ª) 30 noviembre 2009<sup>76</sup>. Así se ha entendido siempre el efecto de cosa juzgada en la transacción. El acuerdo transaccional, en definitiva, puede someterse a control judicial.

En este sentido cabe añadir, para un mejor entendimiento del efecto de cosa juzgada del acuerdo transaccional como un efecto distinto al previsto en el artículo 222 LEC, que la sentencia del TS (1ª) 11 abril 2018<sup>77</sup> cita y reproduce la sentencia del TS (1ª) 30 enero 1999<sup>78</sup>, que establece:

«En relación con la eficacia de cosa juzgada que el artículo 1816 del Código Civil atribuye a la transacción entre las partes, declaró la Sentencia de 26 de abril de 1963 que «ha de entenderse e interpretarse en el sentido de que una vez acordada la transacción, no será lícito exhumar pactos o cláusulas, vicios o defectos, posiciones o circunstancias afectantes a las relaciones jurídicas cuya colisión o incertidumbre generó

<sup>74</sup> MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Novación de préstamos hipotecarios con cláusulas suelo y renuncia al ejercicio de derechos. Nota crítica a la sentencia del Tribunal Supremo 204/2018, de 11 de abril», *Cesco* (2018), pp. 10 y ss.

<sup>75</sup> RJ 2018\1668

<sup>76</sup> RJ 2010\845

<sup>77</sup> RJ 2018\1668

<sup>78</sup> RJ 1999\635

el pacto transaccional, sino que será éste, y sólo él, quien regule las relaciones futuras ínsitas en la materia transigida, bien integren ésta la ratificación, modificación o extinción de todas o alguna parte de aquéllas o la creación de otras distintas, y por ende, los efectos de la cosa juzgada se manifestarán en el absoluto respeto a la nueva situación y en el escrupuloso cumplimiento de las obligaciones fijadas en la transacción, pero sin que esto quiera decir que tales obligaciones, en orden a su cumplimiento o incumplimiento, se rijan por normas distintas a las establecidas con carácter general, ya que eso requeriría un precepto legal de excepción que la ley no establece, ni se deduce de sus preceptos», doctrina reiterada en Sentencias de 20 de abril de 1989, 4 de abril y 29 de noviembre de 1991 y 6 de noviembre de 1993».

Este efecto de cosa juzgada, por otra parte, permite entender la diferencia entre la transacción y la novación. Como indicaba al final de apartado anterior, la transacción impide cuestionar el carácter de la cláusula abusiva previa al acuerdo transaccional, mientras que en la novación será posible solicitar la restitución de las cantidades indebidamente abonadas como consecuencia de la cláusula no transparente y abusiva previa a la novación. La especial relevancia y gravedad que comporta la renuncia de acciones en la transacción como consecuencia del efecto de cosa juzgada (entendido en los términos expuestos) llevaría posiblemente a extremar las cautelas en relación con el control de transparencia (nótese que en la transacción esta renuncia de acciones formaría parte del objeto principal del contrato) de manera que a nivel judicial sería más difícil que la transacción como tal pudiera tenerse por válida frente a los casos de novación.

En todo caso, considero que las reticencias que pudiera haber a la admisión de la transacción celebrada con un consumidor se centrarían en que la renuncia de acciones que comporta la transacción pudiera hacer peligrar el principio de efectividad del Derecho de la UE, en la medida en que no sería posible reclamar la restitución de las cantidades indebidamente abonadas con la cláusula primitiva. La cuestión es si este efecto debe conectarse con el principio de efectividad del Derecho de la UE o con el reducido ámbito del consentimiento que existe en los contratos con consumidores en los términos desarrollados en este trabajo.

Y así, las posibilidades son dos: 1) negar la posibilidad de transigir en el ámbito de los contratos con consumidores por entender que es contrario al principio de efectividad del Derecho de la UE y al artículo 6 de la Directiva 93/13, o 2) admitir estos contratos sobre la base del consentimiento, al ser en este caso la renuncia de acciones una cláusula sobre el objeto principal del contrato. En este último caso, creo que debería imponerse un control de transparencia especialmente riguroso por la trascendencia que comporta la renuncia de acciones como objeto principal del contrato. Y de triunfar la primera opción, lo que creo que sí se podría admitir es la novación de la cláusula sin comportar la renuncia de acciones propia de la transacción, transformando en sede

judicial lo que inicialmente se presentó como transacción en una novación. Queda por ver, pese a las opiniones vertidas en este estudio, si el TJUE admite que se pueda transigir y/o novar en el ámbito de los contratos con consumidores y en qué términos o si veda tal posibilidad al dar respuesta a la cuestión prejudicial planteada en el asunto C-452/18. El tiempo lo dirá.

#### BIBLIOGRAFÍA

AKERLOF, George, «The market for ‘lemons’: Quality Uncertainty and the Market Mechanism », *The Quarterly Journal of Economics*, 84 (1970).

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Comentarios al artículo 1», en Menéndez Menéndez, A. y Díez-Picazo, L. (dirs), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 97-141.

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Protección de los consumidores y Derecho de los contratos», *Anuario de Derecho Civil*, 2 (1994).

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «El derecho de las condiciones generales y las cláusulas predisuestas», *Revista Jurídica de Catalunya*, 99 (2000).

BARRAL VIÑALS, Inmaculada, «¿Abusivas por falta de transparencia (bancaria)? El control de incorporación y las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios», *Revista de Derecho Privado*, 2 (2015).

CÁMARA LAPUENTE, Sergio *El control de las cláusulas “abusivas” sobre elementos esenciales del contrato*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, « El control de incorporación y transparencia de condiciones generales de la contratación: un necesario replanteamiento», *Cuadernos Digitales de Formación*, 33 (2016).

CAÑIZARES LASO, Ana, «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *Revista de Derecho Civil*, 2 (2015).

DÍEZ GARCÍA, Helena, «Financiación hipotecaria a consumidores: transparencia, información y cláusulas abusivas», en M<sup>a</sup> Ángeles PARRA LUCÁN (Directora), *Acceso a la vivienda y contratación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

LUENGO LLORET, Vicente, «Transacción con renuncia a reclamar la nulidad de las cláusulas suelo. Reflexiones sobre la SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 205/2018, de 11 de abril», *Actualidad Civil*, nº 4 (2018).

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Novación de préstamos hipotecarios con cláusulas suelo y renuncia al ejercicio de derechos. Nota crítica a la SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 204/2018, de 11 de abril», *Cesco* (2018).

MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Comentarios al artículo 82», en Cámara Lapuente, Sergio (dir.) *Comentarios a las normas de protección de consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 710-753.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», *Revista Jurídica de la UAM*, 27 (2013).

PAZOS CASTRO, Ricardo «Un nuevo ejemplo de la tortuosa relación del Derecho español con la directiva de cláusulas abusivas. Comentario a la SENTENCIA DEL TJUE de 26 de enero de 2017 (Banco Primus)», *Revista de Derecho Civil*, vol. IV (2017), nº1.

PERTÍÑEZ VILCHEZ, Francisco, «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *InDret*, (2013).

PERTÍÑEZ VILCHEZ, Francisco, *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

REDONDO TRIGO, Francisco, «Transacción, novación y nulidad respecto de cláusulas suelo en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 768 (2018).

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz, «Novación, transacción y renuncia en los préstamos hipotecarios», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 768 (2018).

SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, «La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 44 (2011).

SHULTE-NÖLKE, Hans, «No Market for Lemons: On the Reasons for a Judicial Unfairness Test for B2B Contracts», *European Review of Private Law*, 2 (2015).

TAMAYO HAYA, Silvia, *El contrato de transacción*, Thomson Civitas, Madrid (2003).

Fecha de recepción: 11.11.2018

Fecha de aceptación: 02.04.2019