Dykinson eBook

Joan Cuadrado Soler

El Registro de Condiciones Generales de la Contratación ante el control de transparencia material

Prólogo de María Fernanda Moretón Sanz

ISBN: 978-84-1377-656-9



El Registro de Condiciones Generales de la Contratación ante el control de transparencia material

Joan Cuadrado Soler
Abogado y Doctorando en Derecho Civil
Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales de la UNED

Prólogo: María Fernanda Moretón Sanz
Profesora Titular de Derecho Civil de la UNED
Defensora Universitaria

Dykinson, S.L.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por graba-ción u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).
Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o es canear algún frag-mento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407.

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase *www.dykinson.com/quienes_somos*

© El autor
Madrid, 2021

Editorial DYKINSON, S.L.
Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Teléfono (+34) 915442846 - (+34) 915442869

e-mail: info@dykinson.com
http://www.dykinson.es
http://www.dykinson.com

ISBN: 978-84-1377-656-9

Prólogo

Qué decir o hacer ante el privilegio de prologar una monografía. Pues bien, creo que para enmarcar cómo y dónde tuve el honor de conocer al autor de esta obra, Joan Cuadrado Soler, Abogado y en estos momentos, culminando la etapa del máximo grado académico, fue, precisamente en este Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales de la UNED.

En aquel momento, la Coordinadora y Alma Mater de este Programa, era la Profesora Remedios Morán Martín, Catedrática de Universidad de Historia del Derecho y de las Instituciones. Estaba, la que suscribe, esa tarde y casualmente, en su despacho, abarrotado de libros, revistas, artículos, material de trabajo y de expedientes de admisión al Programa de Doctorado mencionado y de homenajes a su Maestro, el Profesor José Manuel Pérez-Prendes. Pese a que eran horas no lectivas y ya entraba por su ventana un sol otoñal, las llamadas y llamadas de teléfono eran incesantes y no encontrábamos el momento de resolver un asunto académico. Mi querida y respetada amiga, en este momento, contestó a una de ellas y me dijo: «Fer, es un alumno de los de tu línea de investigación». Así que, presta, y ya con el teléfono en la mano, atendí aquella crucial y providencial llamada y conversación telefónica; era precisamente de Joan. En esta primera ocasión, preguntaba cómo afrontar los requisitos exigidos por el sistema de admisiones. Por aplicación estricta del baremo y, entre otros motivos, dada su juventud, no había conseguido la ansiada plaza y le expliqué despaciosamente tanto los ítems del baremo y de cómo comprometernos conjuntamente para conjurar este baremo. En este Programa son muchos los llamados y pocos los elegidos. Y él, que tenía todas las condiciones que se pueden exigir a un egresado en Derecho y Máster jurídico, que quiere y debe acceder al título de Doctor, desafortunadamente, había quedado excluido. Su interés, disposición y circunstancias académicas e intelectuales, eran de tal magnitud, que gestamos un acuerdo preliminar, gratis et amore, como todo lo que implica formar parte de la esencia de la investigación, en preparar los méritos prescritos por la Memoria de este Programa para que, en el siguiente curso académico, lograse lo que en Derecho se merecía. Compromiso con el que coincidió también, con otra joven doctoranda, otra promesa y apuesta segura de trabajo y seriedad investigadora que, al tiempo, está casi en capilla.

En una gran Universidad como la nuestra, la UNED, se producen muchas singularidades y quizás se permita tildar de "milagros"; a ambos los conozco perfectamente, si bien aún no he tenido ocasión de saludarnos presencialmente. Lo haremos, sin duda, el día de la celebración de la defensa de sus tesis doctorales. Joan, joven abogado y a mi juicio, promesa de la docencia de "reposición" y renovación universitaria, ha trabajado desde un año antes a su incorporación a estos estudios reglados, de forma incansable, imparable, sistemática, precisa y preciosa. Toda una aventura, con este fructífero más que fin, nuevo y firme paso a otro reto que espero que el destino le depare.

Y si hemos de destacar todas esas cualidades, es porque se convierte en uno de los prodigios que cualquier Profesor vocacional quisiera tener a su lado. Y así ha sido. En las circunstancias personales más difíciles que se puedan imaginar, ha superado lo insuperable, pese a que pocos hubieran logrado levantarse, y ha seguido trabajando, escribiendo, investigando, creando. Sí, esa "creación" en la que un docente quiere acompañar a su "discípulo". Quién sabe quién es discípulo de quién. La vida es una constante reciprocidad que queda saldada, con creces, al materializar, tanto esfuerzo, tanta constancia y tanta voluntad, en esta parte de su tesis doctoral. Porque he de subrayar que esta obra que tienen en sus manos, o en la pantalla de sus ordenadores, tablet, etc., es solo una parte de su trayectoria de investigación.

En su haber constan otras obras, de las que habremos de reseñar en distintos prólogos, sin perjuicio de que, como ésta, ya son trabajos de referencia. Pocas publicaciones había en el mercado editorial sobre este Registro

de Condiciones Generales de la Contratación sumado al control de transparencia material. Dos ámbitos difíciles de combinar y contratar de lo que él es autor y titular único, como evidencia de su capacidad de creación y análisis del Derecho, en estos momentos en el ámbito del consumo.

De los ocho grandes epígrafes que componen la obra, quien tenga a bien detenerse en su contenido se hará una magnífica composición de lugar de este Registro, de su noción y como el propio autor compendia, de "la regulación y funcionamiento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación. El estudio se divide en dos partes: en la primera, se analiza la regulación del Registro, tanto en lo que se refiere a la inscripción de formularios como en lo que se refiere a la inscripción de sentencias judiciales que declaran como abusivas determinadas cláusulas de los contratos de adhesión; en la segunda, se analiza en profundidad la cuestión de la inscripción de sentencias judiciales, a la luz de los cambios procesales introducidos por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y por medio del análisis de determinados casos que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) ha resuelto en los últimos años, especialmente en el ámbito de la contratación bancaria. En esta segunda parte del estudio, el objetivo principal consiste en reflexionar acerca de cómo se relacionan los posibles efectos *ultra partes*, *erga omnes* y la inscripción de sentencias en el Registro con aquellas acciones judiciales cuya resolución se basa en el doble control de transparencia de los elementos esenciales de un contrato. Tanto la nueva regulación procesal como este doble control de transparencia, que parece estar mutando hacia un control subjetivo, dificultan y ponen aún más en cuestión la utilidad del Registro y la efectividad del pretendido efecto *ultra partes*". Qué añadir a quien ha dedicado tantas horas de estudio, de análisis de la doctrina y de la jurisprudencia para llevarnos a las Conclusiones con las que culmina este trabajo.

En definitiva, prologar esta monografía en el ámbito del Derecho del Consumo, del nuevo, renovado y diferente total y radicalmente mundo de la protección de los Consumidores y Usuarios, constituye una renovada satisfacción: ratificar que siempre la fortaleza del ser humano y de los universitarios de pro, reside en su capacidad de trabajar en equipo y fijar comunes metas. No es la primera vez que afirmo que esta es una renovada evidencia y compromiso de futuro.

Por Mª Fernanda Moretón Sanz
Profesora Titular de Derecho Civil UNED
Defensora Universitaria

Índice

1. Resumen **7**
2. Introducción **8**
3. El Registro de Condiciones Generales de la Contratación **100**
3.1. Regulación y finalidad del RCGC **100**
3.1.1. Inscripción de formularios 155
3.1.2. Inscripción de sentencias 24
3.2. ¿Registro jurídico o administrativo? **27**
4. Efectos de las sentencias inscritas en el RCGC **300**
4.1. El control de las cláusulas abusivas **300**
4.2. La nulidad parcial del contrato **333**
4.3. Efecto prejudicial o *ultra partes* **39**
4.3.1. Los datos normativos de la LEC 39
4.3.2. Cosa juzgada, prejudicialidad, litispendencia 433
4.3.3. La acción colectiva y la acción individual de cesación 444
4.3.4. Las exigencias del derecho de la UE: la jurisprudencia Invitel y Sales Sinués 45
4.3.5. La jurisprudencia del TC 48
4.3.6. El art. 519 de la LEC 49
4.4. Algunos casos concretos de la Sala Primera del TS **51**
4.4.1. La STS nº 792/2009, de 16 de diciembre, la STS nº 401/2010, de 1 de julio y la STS nº 375/2010, de 17 de junio 51
4.4.2. La STS nº 241/2013, de 9 de mayo de 2013: el doble control de transparencia 54
4.4.3. La STS nº 705/2015, de 23 de diciembre 56
4.4.4. La STS nº 139/2015, de 25 de marzo 58
4.4.5. La STS nº 123/2017, de 24 de febrero 58
4.4.6. La STS nº 357/2017, de 6 de junio, la STS nº 367/2017, de 8 de junio y la STS nº 643/2017, de 24 de noviembre 61
4.4.7. La STS nº 171/2017, de 9 de marzo: de la transparencia objetiva a la transparencia subjetiva 64
4.4.8. Algunas reflexiones adicionales: el doble control de transparencia no es aplicable a los contratos con profesionales 71
4.4.9. La STS nº 669/2017, de 14 de diciembre: más allá de las cláusulas suelo, el asunto del IRPH777
4.5. Efecto *erga omnes* **78**
4.6. La obligación notarial de abstención en caso de cláusulas declaradas nulas en sentencias inscritas en el RCGC **799**
4.7. RCGC y Registradores de la Propiedad y Mercantiles **833**
4.8. Fracaso del RCGC **844**
5. Conclusiones **87**
6. Bibliografía **91**

1. Resumen

El presente trabajo centra su atención en la regulación y funcionamiento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación. El estudio se divide en dos partes: en la primera, se analiza la regulación del Registro, tanto en lo que se refiere a la inscripción de formularios como en lo que se refiere a la inscripción de sentencias judiciales que declaran como abusivas determinadas cláusulas de los contratos de adhesión; en la segunda, se analiza en profundidad la cuestión de la inscripción de sentencias judiciales, a la luz de los cambios procesales introducidos por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y por medio del análisis de determinados casos que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) ha resuelto en los últimos años, especialmente en el ámbito de la contratación bancaria. En esta segunda parte del estudio, el objetivo principal consiste en reflexionar acerca de cómo se relacionan los posibles efectos *ultra partes*, *erga omnes* y la inscripción de sentencias en el Registro con aquellas acciones judiciales cuya resolución se basa en el doble control de transparencia de los elementos esenciales de un contrato. Tanto la nueva regulación procesal como este doble control de transparencia, que parece estar mutando hacia un control subjetivo, dificultan y ponen aún más en cuestión la utilidad del Registro y la efectividad del pretendido efecto *ultra partes*.

2. Introducción

El objetivo principal del presente trabajo consiste en revisar la regulación y el funcionamiento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, RCGC) mediante el estudio en profundidad de la legislación reguladora del mismo, así como de la doctrina existente hasta la fecha, a fin de cuestionar su utilidad, su conveniencia y su operatividad.

Cabe mencionar que, en el momento de la creación del RCGC, en el año 1998, por medio de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC), complementada a su vez por el Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de Contratación (en adelante, RRCGC), aparecieron multitud de trabajos doctrinales analizando el contenido de la legislación recién aprobada y realizando pronósticos a futuro acerca de su funcionamiento, problemas y fisuras. Tras aquellos primeros trabajos vino en general una época en la que la mayoría de los autores se olvidó del RCGC, hasta que la cuestión de las cláusulas abusivas volvió a situarse en la primera página de la agenda jurídica tras la crisis económica que tuvo su comienzo en el año 2008 y que trajo consigo, entre otras cuestiones, los famosos casos de cláusulas abusivas en el ámbito financiero (cláusulas suelo, gastos hipotecarios, preferentes, *swap*, IRPH, etcétera). Ante esta nueva situación, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (en adelante, TS) sentó las nuevas bases del control de contenido de las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato, con la implantación del doble control de transparencia (formal y material), por medio de la famosa y emblemática STS nº 241/2013, de 9 de mayo y todas aquellas que la siguieron.

Así, este trabajo se divide en dos partes claramente diferenciadas. En la primera parte, se realiza un repaso a la regulación del RCGC, tanto en lo que se refiere a la inscripción de formularios o condiciones generales de la contratación (en adelante, CGC), como en lo que se refiere a la inscripción de sentencias judiciales que declaran como abusivas determinadas cláusulas de los contratos de adhesión. Es, por tanto, un análisis del Derecho positivo que regula esta materia, realizando también un recorrido histórico a través de los distintos cambios legislativos a fin de analizar cómo dichos cambios han ido influyendo en la eficacia del RCGC.

Como decíamos, la doctrina olvidó en parte el RCGC hasta que surgieron los nuevos casos de cláusulas abusivas en la contratación bancaria, por lo que en muchos casos hubo algunas modificaciones legislativas por el camino que modificaron enormemente la eficacia del RCGC y que pasaron, hasta cierto punto, inadvertidas. Hablamos, en concreto, de los cambios introducidos por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), que modificaron para siempre las posibilidades reales de la eficacia *ultra partes* de las sentencias judiciales dictadas en el marco de una acción colectiva promovida por una asociación de consumidores y usuarios que declarase ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, o que declarase como abusiva una determinada cláusula. El nuevo art. 221.1.2ª de la LEC es clave para entender el cambio radical operado en todo el sistema, pues permite a los Jueces y Tribunales decidir, según su criterio, si sus sentencias deben producir o no efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente, por lo que no están obligados a acordar dichos efectos *ultra partes* ni a inscribir sus sentencias en el RCGC.

En consecuencia, en la segunda parte de este trabajo se analiza particularmente la cuestión de la inscripción de las sentencias judiciales que declaran como abusivas determinadas cláusulas de los contratos de adhesión, y la forma en la cual se articula el posible efecto prejudicial, o dicho de otra manera, cómo los Jueces y Tribunales establecen los posibles efectos *erga omnes* y *ultra partes* de las sentencias que resuelven acciones colectivas, respecto de las posteriores acciones individuales acerca de las mismas cláusulas abusivas. Hay un bloque dedicado, en este sentido, al análisis pormenorizado de una serie de sentencias del TS dictadas en los últimos años y que están relacionadas con las cláusulas abusivas, especialmente en el ámbito de la contratación bancaria para, finalmente, llegar al meollo de la cuestión, que no es otro que el de reflexionar acerca de cómo se coordina el efecto *erga omnes* y *ultra partes* y la inscripción de sentencias en el RCGC a la luz de la nueva regulación de la LEC antes mencionada y en los casos judiciales cuya resolución se basa en el doble control de transparencia para los elementos esenciales de un contrato.

El problema fundamental que subyace en la cuestión del control de transparencia reforzado (doble control de transparencia, formal y material) es que cada vez más parece que la jurisprudencia sobre el control de los elementos esenciales ha ido modificándose paulatinamente desde una perspectiva más bien objetiva, basada en cierta medida en la figura del «consumidor medio», hacia una perspectiva más bien subjetiva, en el cual entran en juego los elementos probatorios del caso concreto y particular de aquel consumidor que interpone una acción individual para conseguir la declaración de una determinada cláusula como abusiva. Esta mutación del doble control de transparencia de los elementos esenciales del contrato hacia un control subjetivo dificulta y pone aún más en cuestión la utilidad del RCGC y la efectividad real del pretendido efecto *ultra partes* de las acciones colectivas respecto a las acciones individuales, pues los Jueces y Tribunales, amparados por la regla del art. 221.1.2ª de la LEC deciden en la mayoría de los casos no inscribir sus sentencias en el RCGC ni acordar sus efectos *ultra partes*.

Todo lo cual conlleva, entre otros problemas, que, como siempre, el coste de la protección del consumidor recaiga sobre el mismo consumidor, que se ve una y otra vez impelido a no reclamar por mor de los enormes costes de un proceso judicial interpuesto a título individual, que en ocasiones pueden superar con creces el importe que se pretende recuperar con dicha acción judicial, y sin tener la certeza absoluta de ganar el pleito y mucho menos de obtener una condena en costas contra la parte demandada.

La materia que se trata en este trabajo queda regulada, principalmente, en las siguientes normas:

- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.
- Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998, sustituida por su versión codificada: Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.
- Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios.
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

3. El Registro de Condiciones Generales de la Contratación

3.1. Regulación y finalidad del RCGC

El RCGC fue creado por la LCGC de 1998. El RRCGC de 1999 asignó su llevanza a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, como una sección más dentro del Registro de Bienes Muebles (sección sexta)[1].

La legislación determinó la necesidad de que existiera al menos un Registro provincial por cada cabecera de los Tribunales Superiores de Justicia. La idea era que los registradores velaran por la protección de los legítimos intereses de los consumidores y usuarios al contratar con una persona física o jurídica que utilizara CGC, con la idea de dotar de mayor seguridad al tráfico jurídico privado y tratando de establecer los medios necesarios para evitar un mayor número de litigios[2].

Las CGC son cláusulas contractuales redactadas unilateralmente por una de las partes del contrato y cuya incorporación al contrato es impuesta por esa parte a la otra, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad o multitud de contratos idénticos[3]. Tienen, por tanto, dos características: la imposición unilateral, y la generalidad de la cláusula. Son condiciones, por tanto, en las que no hay negociación individual[4], aunque no tienen por qué ser abusivas. En la práctica, no todas las CGC que forman parte de contratos de adhesión están depositadas en el RCGC. Su depósito es voluntario, salvo para sectores específicos de la contratación que el Gobierno pueda determinar[5].

---

[1] Las secciones del Registro de Bienes Muebles son: 1. Sección de Buques y Aeronaves; 2. Sección de Automóviles y otros Vehículos a Motor; 3. Sección de Maquinaria industrial, establecimientos mercantiles y bienes de equipo; 4. Sección de otras Garantías reales; 5. Sección de otros bienes muebles registrables; 6. Sección del Registro de Condiciones Generales de la Contratación. *Vid*. Disposición adicional única del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de Contratación (RRCGC). La STS (Sala Tercera) de 12 de febrero de 2002 consideró plenamente válida la opción de considerar el RCGC como una sección del Registro de Bienes Muebles, por tratarse de una decisión meramente organizativa para cuya adopción en vía reglamentaria la Administración está plenamente habilitada sin limitación alguna, como señala GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (2007), "Las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios. El Registro de condiciones generales de la contratación y la eficacia de la inscripción", en GADEA SOLER, E., SEQUEIRA MARTÍN, A. J. (coord.), *La contratación bancaria*, Madrid: Dykinson, p. 255.

[2] Así se publicita en la página web http://www.registradores.org/registro-de-bienes-muebles/ en la cual se nos recuerda lo siguiente: "El Colegio de Registradores de España a través de la versión *on line* del Registro (www.registradores.org) con una base unificada de datos para todo el territorio español, pretende dar difusión a un Registro hasta ahora infrautilizado, en parte por la escasa difusión que del mismo se ha hecho, lo cual esta evidenciado por la circunstancia de su desconocimiento por un importante número de operadores cuya actividad se inserta en la seguridad jurídica. El acceso a través de Internet de manera instantánea y gratuita a una base de datos permanentemente actualizada permite su conocimiento rápido". Se trata de un "registro jurídico abierto, claro y transparente que en esta versión *on line* está ya a disposición de todos los ciudadanos de cualquier parte del mundo, a cualquier hora del día, es decir, 365 días al año y 24 horas al día".

[3] Así lo dispone el art. 1 de la LCGC: "1. Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos; 2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión".

[4] Es interesante la aclaración que realiza BALLUGERA GÓMEZ, C. (2017), "Urge reforzar el Registro de Condiciones Generales de la Contratación", *Revista de Derecho vLex*, nº 160, septiembre-2017, p. 8, con cita al trabajo de RUIZ-RICO RUIZ, J. M. y ACEBES CORNEJO, R. (2017), "Sobre la posible ilegalidad y abusividad de la cláusula sobre fijación del valor de tasación del inmueble hipotecado en los préstamos hipotecarios", *Diario La Ley*, nº 9026, Sección Tribuna, 21 de julio de 2017, Editorial Wolters Kluwer, pp. 1-22. Se distingue entre CGC y cláusulas no negociadas individualmente. Las CGC son formularios en abstracto, predispuestos e impuestos por una de las partes contratantes, pensados para ser incorporados a una pluralidad de contratos, y que finalmente se trasladan a, como mínimo, un contrato de adhesión concreto, convirtiéndose su contenido en contractual. Las cláusulas no negociadas individualmente son CGC, pero las mismas han sido predispuestas no para su incorporación a una pluralidad de contratos sino a uno solo. Ejemplos destacados de estas cláusulas que no son ni negociadas ni CGC son: la cláusula que establece el valor del inmueble dado en garantía para que sirva de tipo de subasta en la hipoteca, la que fija el domicilio para notificaciones, el precio, el tipo de interés, la cuantía de una comisión, etc. Se trata de cláusulas predispuestas e impuestas que pueden ser declaradas abusivas, si bien su efecto *ultra partes* se verá limitado por su mismo carácter singular.

[5] Señala en este sentido BALLUGERA GÓMEZ, C. (2006), *El contrato no-contrato*. Madrid: Fundación Registral, p. 157, que, tal y como está regulado el RCGC en el momento actual, "esa conveniencia de la inscripción para la transparencia del tráfico sólo puede desarrollarse mediante la intervención del Gobierno a favor de la inscripción obligatoria de los sectores con menor transparencia", y hace mención de la obra de VARGAS VASSEROT, C. (2003), *El seguro de la finca hipotecada*. Madrid: Marcial Pons, p. 183, quien augura esta tendencia para el seguro y el préstamo hipotecario. Sobre la conveniencia de la inscripción obligatoria se pronuncia el Consejo de Consumidores y Usuarios, *vid*. CONSEJO DE ESTADO (1999), "Dictamen nº 215/1999 sobre Proyecto Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Registro de las Condiciones Generales de la Contratación", BOE, 17 de junio de 1999, pp. 6-7, disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-1999-215: "Se recomienda pues una nueva redacción (…) donde se especifique claramente que, de los distintos objetos de inscripción del Registro, sólo las condiciones generales de la contratación son de inscripción voluntaria, salvando a su vez de entre éstas aquéllas que el Gobierno, a propuesta conjunta del Ministerio de Justicia y del Departamento ministerial correspondiente, sujete a inscripción obligatoria en el Registro para determinados

En aquellos casos en los que se produce el depósito de las CGC, es frecuente que quien las deposita, al celebrar futuros contratos donde las incluya, sustituya su reproducción escrita en dichos contratos por una referencia a su depósito en el RCGC. La existencia y utilización, por parte de los profesionales o predisponentes, del RCGC en el sentido indicado, serviría para dotar de objetividad a la predisposición especial del contrato de adhesión, la cual, por el mero hecho de la inscripción, obtendría el estatus de "predisposición especial comunicada" al espectro del adherente medio[6]. Muchos usuarios que han suscrito un contrato conteniendo CGC desconocen cuáles son exactamente las condiciones que les vincularán, pudiendo resultar imprescindible saber cuáles eran las condiciones del contrato, a qué les vinculaba, y cómo poder ahora desligarse y, en ese caso, cuáles serán las consecuencias. De este modo, tienen acceso a la letra pequeña de los contratos, aunque su consulta no es habitual ni parece que esta práctica se haya extendido demasiado, precisamente por el carácter voluntario del depósito de formularios en el RCGC[7].

Sin embargo, de lo anterior se colige que el RCGC es un registro jurídico, por el hecho de perseguir "la certidumbre de las relaciones jurídicas en el intercambio masivo"[8]. De un lado, permite conocer la mera predisposición especial comunicada de un profesional en concreto; de otro, permite tener la certeza de que el contenido del formulario impuesto coincide con el de la predisposición especial comunicada. Esa sería la aportación más importante de este Registro a la seguridad jurídica, es decir, el hecho de conocer que las cláusulas predispuestas de un determinado contrato de adhesión son idénticas a un formulario estándar utilizado en masa y que se encuentra depositado en el RCGC[9]. Dicho de otra manera, su valor es la seguridad de la igualdad en la contratación cuando el formulario incorporado coincide con el inscrito. La publicación del formulario produce cognoscibilidad del mismo, es decir, una posibilidad efectiva de conocerlo, pero no produce una cognoscibilidad concreta, es decir, no permite saber si ese formulario es el que se ha incorporado al contrato en particular, de modo que subsiste la necesidad de entrega del ejemplar, o bien que dicha entrega se realice mediante referencia simultánea al formulario idéntico inscrito, como parece permitir el art. 5.3 de la LCGC, cuando se refiere a que la cognoscibilidad podrá hacerse efectiva "de cualquier otra forma"[10]. La interpretación que parece más acertada es la siguiente: la carga de facilitar el clausulado al adherente debe recaer sobre el predisponente, en cumplimiento del principio «pro adherente» y «*pro consumatore*», es decir, el predisponente deberá entregar siempre copia de las condiciones particulares del contrato al adherente, y, además, si dicho formulario está inscrito en el RCGC, comunicárselo de forma simultánea a la entrega de las condiciones.

---

sectores específicos de la contratación. Por otra parte, y puesto que sólo las condiciones generales de la contratación son de inscripción voluntaria (con la salvedad aludida) y el resto de inscripciones en este Registro tiene carácter necesario, quizás la rúbrica no debiera ser la de «voluntariedad» pues ello transmite, en cierto modo, un principio general de este Registro que, en virtud de todo lo expuesto, no lo es."

[6] *Vid*. BALLUGERA GÓMEZ, C. (2006), *El contrato no-contrato..., op. cit.,* p. 156, y, sobre la aptitud del RCGC para producir efectos jurídicos, *vid*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2002), "Registro de condiciones generales de la contratación", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 4/2002 parte Tribuna, pp. 1-2.

[7] *Vid*. BALLUGERA GÓMEZ, C. (2017), "Urge reforzar…", *op. cit.*, p. 13: "[N]i los formularios en uso se depositan ni las sentencias se inscriben y muchos hablan abiertamente del fracaso del Registro (…). [E]l desánimo y parece que un cierto cansancio alcanza incluso a la DGRN, quien pese a la claridad del mandato legal del art. 84 del TRLGDCU que se refiere a sentencias firmes inscritas en el RCGC, admite (…) la posibilidad del registrador de invocar en sus calificaciones contra las cláusulas abusivas las sentencias meramente firmes, aunque no se hallen inscritas". Aunque añade, en defensa del RCGC y de su importancia: "Lo esencial es que la comunicación al público de los formularios en uso por los profesionales es un elemento de reequilibro de poder contractual a favor de las personas adherentes y un elemento al servicio de la expulsión del tráfico de las cláusulas abusivas. Los notarios contribuyen también a la comunicación pública de formularios por medio de su web nacional, si bien dicha comunicación no es oficial. Sin embargo, bienvenida sea en cuanto aumenta el poder contractual de las personas adherentes. Ahora sólo queda insistir y recordar que la comunicación pública, oficial, con efectos y garantías de los formularios en uso ya existe y la presta el RCGC".

[8] *Vid*. BALLUGERA GÓMEZ, C. (2006), *El contrato no-contrato..., op. cit.,* p. 159.

[9] La función del RCGC como instrumento de comunicación de la predisposición especial se pasa por alto por algunos autores que atribuyen a la inscripción el único efecto de señalar el *dies a quo* para la prescripción de las acciones colectivas. *Vid*. al respecto ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1997), "El Proyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado", *Revista de Derecho Bursátil y Bancario*, nº 67, p. 879; a quien siguen ABRIL CAMPOY, J. M. (1999), "Registro de Condiciones Generales", en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, coordinadores I. ARROYO MARTÍNEZ y J. MIQUEL RODRÍGUEZ, Madrid: Tecnos, pp. 111-112; ATAZ LÓPEZ, J. (2000), "Artículo 11. Registro de condiciones generales", en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, obra coordinada por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Madrid: Aranzadi, p. 320; BUSTO LAGO, J. M. (2001), "El control registral de las condiciones generales de los contratos", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 77, nº 667, pp. 1949-1950. De forma más matizada, reconocen efectos al RCGC: PAU, A., CURIEL, F. (2002), "Capítulo III del Registro de Condiciones Generales de la Contratación", en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ y L. DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN (directores), Madrid: Civitas, pp. 561 a 564.

[10] A favor, *vid*. BALLUGERA GÓMEZ, C. (2006), *El contrato no-contrato..., op. cit.,* p. 161; en contra, *vid*. LLODRÀ GRIMALT, F. (2002), *El contrato celebrado bajo condiciones generales. Un estudio sobre sus controles de incorporación y contenido*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 294-295.

La adhesión, por tanto, no implica aceptación de la incorporación de las CGC al contrato concreto cuando el predisponente no le haya informado de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de estas, conforme al art. 5.1.b) de la LCGC. La adhesión informada en los anteriores términos consuma la comunicación al adherente singular y, también, al medio de la predisposición especial, ya que la predisposición se produce para muchos contratos, para muchos adherentes, entre los que se halla su resumen, el adherente medio[11]. Igualmente, el art. 18 del RRCGC señala que:

> Los requisitos establecidos en los artículos 5 y 7 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación se entenderán cumplidos cuando conste en las condiciones particulares del contrato una referencia y un recibí, firmados por el adherente, a los datos de inscripción de las mismas en el Registro de Condiciones Generales y en la que figure que se le ha entregado un ejemplar de ellas. Esto no será de aplicación cuando alguna norma exija la incorporación material de las condiciones generales al documento.

Este precepto no significa que los requisitos de incorporación de los arts. 5 y 7 de la LCGC queden satisfechos de esta manera, sino únicamente que tratándose de CGC inscritas los datos de la inscripción deben figurar en las condiciones particulares del contrato, junto con una referencia a la entrega del ejemplar de las mismas bajo la firma del adherente[12]. Es esencial facilitar el ejemplar firmado por las partes al adherente[13].

Pero si el adherente quiere inscribir el formulario no puede sin la autorización adicional en tal sentido del profesional, con lo que parece que se le da la oportunidad de desdecirse de lo ya dicho, dejando al arbitrio del profesional la efectividad de los medios de defensa del adherente singular ante eventuales discriminaciones en su contrato por adhesión concreto. En este sentido, el art. 11.8.b) de la LCGC exige esta autorización[14] para obtener la plasmación solemne y formal de una comunicación que ya se ha realizado privadamente al firmar el contrato de adhesión concreto o singular, o públicamente mediante la publicidad, oferta o promoción de productos y servicios. No obstante, esta exigencia se justifica por la razón de asegurar al adherente la garantía de igualdad y objetividad en la contratación que, en abstracto, y en la práctica como una garantía meramente sociológica, proporciona el contrato por adhesión en el comercio masivo[15].

Por otro lado, también se inscriben las sentencias dictadas por los tribunales declarando nulas cláusulas que formaban parte de los contratos en masa. Son sentencias que tienen su origen en la demanda presentada por un particular afectado (acción individual) o por una organización de consumidores en representación de muchos particulares afectados (acción colectiva), y que, tras un largo periplo por distintas instancias, consiguen que la justicia les dé la razón. Inscrita una sentencia firme, ésta tendrá efectos perjudiciales en otros procedimientos referentes a cláusulas idénticas. Se pretende que con una sola sentencia que se pronuncie sobre el carácter abusivo de determinadas cláusulas puedan resolverse miles de reclamaciones, de modo que si posteriormente fueran utilizadas cláusulas abusivas idénticas a las declaradas nulas no sea necesario volver a litigar, siempre que se trate del mismo predisponente.

El carácter eminentemente jurídico de este Registro deriva de los efectos que la inscripción atribuye a la declaración judicial de nulidad de una cláusula abusiva, que dejan de ser unos efectos entre las partes litigantes para proyectar su eficacia frente al resto de los consumidores españoles. Habrá que analizar, no obstante, el artículo 221 de la LEC, y, muy en particular, la regla 2ª de su art. 1. Esta cuestión será tratada con detalle más

---

[11] Señala en este sentido RUIZ-RICO RUIZ, C. (2003), *El control de las cláusulas abusivas a través del Registro de Condiciones Generales de la Contratación: apuntes críticos al Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, p. 47, nota 63, lo interesante que resulta la aportación del art. 5 de la LCGC que desglosa la aceptación contractual (art. 1.262 CC), de la aceptación a la incorporación de las CGC. Para esta última exige que el predisponente informe expresamente de su existencia al adherente y le facilite un ejemplar. De modo que, paradójicamente, conforme a este precepto, el consentimiento al contrato puede no coincidir con el consentimiento a uno de sus elementos como son las CGC. Es decir, hay perfección del contrato si concurre consentimiento (art. 1.258 CC), pero mientras la aceptación prestada por el adherente no se adapte a los requisitos de incorporación de las CGC, éste no queda obligado a lo pactado, ya que los formularios constituyen el contenido esencial de este tipo de negocios, pudiendo calificarse aquél como un "nudo consentimiento".

[12] Al respecto, *vid*. CABANAS TREJO, R., BONARDELL LENZANO, R. (2001), *El Registro de Condiciones Generales de Contratación (una aproximación crítica a su Reglamento)*, Madrid: Edersa, p. 296, quienes señalan que lo que pretende el art. 18 del RRCGC es posibilitar la incorporación de las CGC a cualquier contrato, al margen de que éste acceda o no al RCGC.

[13] No vale considerar que las CGC inscritas en el RCGC no necesiten ser firmadas (ni, por tanto, estar incorporadas literalmente al contrato) sino que, de acuerdo con la observación de 22 de noviembre de 1999 del Ministerio de Sanidad y Consumo, se exige que, de las CGC que se incorporen a los contratos, se facilite un ejemplar al consumidor firmadas por las partes.

[14] Art. 11.8.b) LCGC: "La inscripción de las condiciones generales podrá solicitarse: b) Por el adherente y los legitimados para ejercer la acción colectiva, si consta la autorización en tal sentido del predisponente. En caso contrario, se estará al resultado de la acción declarativa."

[15] *Vid*. BALLUGERA GÓMEZ, C. (2006), *El contrato no-contrato…*, *op. cit.*, p. 163.

adelante, pero ya avanzamos que es el elemento clave para entender el problema actual y más grave que tiene el RCGC y toda su regulación.

El RCGC contempla que, en aquellos casos en que inscrita la sentencia firme de nulidad se persista en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas como consecuencia de una acción individual o colectiva, el registrador pueda anotar la persistencia en la utilización de estas cláusulas poniendo el hecho en conocimiento del Ministerio de Justicia.

A pesar de todas estas bondades, hay autores que destacan sus inconvenientes. Es el caso, por ejemplo, de CLAVERÍA GOSÁLBEZ[16], quien pone en duda su utilidad y destaca la confusión, los gastos e inconvenientes técnicos que provoca.

La LCGC lo regula de manera genérica en el art. 11, y también en los arts. 22 y 23. La anterior LCU[17] se refería asimismo a este registro en su art. 10.6. Hoy, el art. 84 del TRLGDCU reproduce casi exactamente el primer párrafo de esa disposición de la LCU. Para regular de forma pormenorizada el RGCG se publicó el Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación (RRCGC), aunque algunos de sus preceptos fueron declarados nulos por las dos sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 12 y 19 de febrero de 2012.

Veamos esta regulación. El art. 11 de la LCGC[18] dispone lo siguiente:

> Artículo 11. Registro de Condiciones Generales
>
> 1. Se crea el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, que estará a cargo de un Registrador de la Propiedad y Mercantil, conforme a las normas de provisión previstas en la Ley Hipotecaria.
>
> La organización del citado Registro se ajustará a las normas que se dicten reglamentariamente.
>
> 2. En dicho Registro podrán inscribirse las cláusulas contractuales que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley, a cuyo efecto se presentarán para su depósito, por duplicado, los ejemplares, tipo o modelos en que se contengan, a instancia de cualquier interesado, conforme a lo establecido en el apartado 8 del presente artículo. No obstante, el Gobierno, a propuesta conjunta del Ministerio de Justicia y del Departamento ministerial correspondiente, podrá imponer la inscripción obligatoria en el Registro de las condiciones generales en determinados sectores específicos de la contratación.
>
> 3. Serán objeto de anotación preventiva la interposición de las demandas ordinarias de nulidad o de declaración de no incorporación de cláusulas generales, así como las acciones colectivas de cesación, de retractación y declarativa previstas en el capítulo IV, así como las resoluciones judiciales que acuerden la suspensión cautelar de la eficacia de una condición general.
>
> Dichas anotaciones preventivas tendrán una vigencia de cuatro años a contar desde su fecha, siendo prorrogable hasta la terminación del procedimiento en virtud de mandamiento judicial de prórroga.
>
> 4. Serán objeto de inscripción las ejecutorias en que se recojan sentencias firmes estimatorias de cualquiera de las acciones a que se refiere el apartado anterior. También podrán ser objeto de inscripción, cuando se acredite suficientemente al Registrador, la persistencia en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas.

---

[16] *Vid*. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H. (2008), *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas,* Barcelona: Editorial Bosch, S.A., pp. 70-72. Este autor defiende la supresión y eliminación del RCGC.

[17] Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. El art. 10.6 establecía lo siguiente: "Los Notarios y los Registradores de la propiedad y mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales".

[18] El art. 11 de la LCGC sigue lo previsto en el art. 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 13 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que permite a los Estados adoptar medidas administrativas para impedir la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, y que la LCGC transpone a al Derecho español. El art. 7 de la mencionada Directiva 93/13/CEE dispone lo siguiente: "1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores; 2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas; 3. Los recursos mencionados en el apartado 2 podrán dirigirse, respetando la legislación nacional, por separado o conjuntamente contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden que se utilicen las mismas cláusulas contractuales generales o cláusulas similares".

5. El Registro de Condiciones Generales de la Contratación será público.

6. Todas las personas tienen derecho a conocer el contenido de los asientos registrales.

7. La publicidad de los asientos registrales se realizará bajo la responsabilidad y control profesional del Registrador.

8. La inscripción de las condiciones generales podrá solicitarse:

a) Por el predisponente.

b) Por el adherente y los legitimados para ejercer la acción colectiva, si consta la autorización en tal sentido del predisponente. En caso contrario, se estará al resultado de la acción declarativa.

c) En caso de anotación de demanda o resolución judicial, en virtud del mismo mandamiento, que las incorporará.

9. El Registrador extenderá, en todo caso, el asiento solicitado, previa calificación de la concurrencia de los requisitos establecidos.

10. Contra la actuación del Registrador podrán interponerse los recursos establecidos en la legislación hipotecaria.

Los arts. 22 y 23 de la LCGC establecen:

Artículo 22. Inscripción en el Registro de Condiciones Generales.

En todo caso en que hubiere prosperado una acción colectiva o una acción individual de nulidad o no incorporación relativa a condiciones generales, el Secretario judicial dirigirá mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo.

Artículo 23. Información.

1. Los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles advertirán en el ámbito de sus respectivas competencias de la aplicabilidad de esta Ley, tanto en sus aspectos generales como en cada caso concreto sometido a su intervención.

2. Los Notarios, en el ejercicio profesional de su función pública, velarán por el cumplimiento, en los documentos que autoricen, de los requisitos de incorporación a que se refieren los artículos 5 y 7 de esta Ley. Igualmente advertirán de la obligatoriedad de la inscripción de las condiciones generales en los casos legalmente establecidos.

3. En todo caso, el Notario hará constar en el contrato el carácter de condiciones generales de las cláusulas que tengan esta naturaleza y que figuren previamente inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, o la manifestación en contrario de los contratantes.

4. Los Corredores de Comercio en el ámbito de sus competencias, conforme a los artículos 93 y 95 del Código de Comercio, informarán sobre la aplicación de esta Ley.

El art. 84 de TRLGDCU dispone lo siguiente:

Artículo 84. Autorización e inscripción de cláusulas declaradas abusivas.

Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Por tanto, puede afirmarse, como lo hace BALLUGERA GÓMEZ[19], que el RCGC tiene dos caras, en cuanto a lo que se considera inscribible: por un lado, permite el depósito de formularios en uso (es decir, formularios que hayan sido incorporados al menos a un contrato) y, de otro lado, permite la inscripción de las sentencias firmes estimatorias de la nulidad o no incorporación relativas a CGC. Quedan fuera, por tanto, los formularios no utilizados efectivamente en el tráfico por la empresa predisponente y las sentencias desestimatorias de la nulidad o no incorporación. Este doble objeto, como señala RAMÓN CHORNET[20], despliega o tiene efectos muy distintos en uno y otro caso: la inscripción de las sentencias es obligatoria y deberá producirse en todo caso

[19] *Vid*. BALLUGERA GÓMEZ, C. (2017), "Urge reforzar…", *op. cit.*, p. 5.

[20] *Vid*. RAMÓN CHORNET, J. C. (2000), "Las condiciones generales de la contratación: El nuevo Registro especial de condiciones generales de la contratación", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 661, septiembre-octubre de 2000, p. 2627, quien añade: "mientas el Registro de sentencias está tomado de la experiencia de otros países como Alemania y Portugal, el Registro de Condiciones es una novedad de la ley española cuya utilidad práctica ha sido discutida por cierta doctrina".

(art. 22 de la LCGC), mientras que la inscripción de las CGC es, en principio y como regla general, voluntaria para las empresas (art. 11.2 de la LCGC). La inscripción de formularios es propia de la legislación española[21].

Las cosas se complican cuando analizamos la finalidad del RCGC y la complejidad de las normas jurídicas que lo regulan. Por un lado, para hablar de la finalidad del RCGC, el Consejo de Estado, en dictamen sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento para el Registro de Condiciones Generales de la Contratación[22] afirma:

> El Registro de Condiciones Generales de la Contratación es un registro de cláusulas contractuales y sentencias que responde a una lógica radicalmente diversa puesto que es un registro al servicio de los consumidores y usuarios, cuya finalidad primordial según la Ley 7/1998 (que ha de interpretarse a la luz de la Constitución y de la Directiva) es proteger al consumidor frente a las cláusulas abusivas, y evitar que se incluyan tales cláusulas en los contratos celebrados con consumidores, sobre todo como medio para hacer efectivo el ejercicio de acciones contra las condiciones generales no ajustadas a la Ley.

No obstante, como señala GÓMEZ GÁLLIGO[23], no podemos olvidar que la LCGC abarca:

a) La regulación de las CGC, como cláusulas predispuestas por una de las partes con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos celebrados entre un profesional y cualquier persona física o jurídica adherente (por tanto, también entre profesionales).

b) La regulación de los contratos de adhesión por parte de consumidores, existan o no CGC (por tanto, también en los contratos de adhesión particulares)[24].

El RCGC, por tanto, no queda limitado a un instrumento de Derecho de Consumo, pues pueden depositarse en él todo tipo de CGC, tanto las destinadas a incorporarse a contratos celebrados entre un profesional y los consumidores, como los destinados a contratos entre profesionales, por lo que el texto antes citado del Consejo de Estado obvió el hecho de que también los profesionales, en su calidad de adherentes, quedarían protegidos.

3.1.1. Inscripción de formularios

El registro de CGC está gobernado por una serie de principios, señalados por RAMÓN CHORNET[25], y que enumeramos a continuación: a) principio de inscripción voluntaria; b) principio de no calificación; c) principio de libertad de forma; d) principio de actualización.

---

[21] Señala RUIZ-RICO RUIZ, C. (2003), *El control de las cláusulas abusivas a través del Registro de Condiciones Generales de la Contratación…, op. cit.*, p. 14, nota 8, que, a este respecto, los registros alemán y portugués sólo son de sentencias. Por su parte, la ley francesa de 10 de enero de 1978 prevé un órgano administrativo, la Comisión de Cláusulas abusivas, que tiene encomendado el conocimiento de estipulaciones contractuales. La legislación inglesa únicamente dispone un departamento ministerial (*Office of Fair Trading*) con funciones de control sobre cláusulas abusivas. Fuera de la Unión Europea, destaca el Registro de contratos de adhesión en la Procuraduría federal de protección al consumidor en la legislación mejicana. Sobre esta cuestión, *vid.* DE SALAS MURILLO, S. (1998), "Aproximación al nuevo Registro de Condiciones Generales de Contratación", *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 41, p. 2488, OTERO LASTRES, J. M. (1977), "La protección de los consumidores y las condiciones generales de la contratación", *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 76, nº 4, p. 769, BUSTO LAGO, J. M. (2001), "El control registral de las condiciones generales de los contratos", *op. cit.*, p. 1943.

[22] *Vid*. CONSEJO DE ESTADO (1999), "Dictamen nº 215/1999 sobre Proyecto Real Decreto …", *op. cit.*

[23] *Vid*. GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (2007), "Las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios", *op. cit.*, p. 254.

[24] En contra, y a pesar de lo que dice la LCGC, BALLUGERA GÓMEZ, C. (2017), "Urge reforzar…", *op. cit.*, pp. 9 y 10, afirma que "no es posible un contrato por adhesión particular", pues "por ser unilateral, no sería un verdadero contrato", y, por otro lado, le faltaría el requisito que sí tienen los contratos de adhesión o con CGC, que no es otro que la generalidad, es decir, la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. En BALLUGERA GÓMEZ, C. (2006), *El contrato no-contrato…, op. cit.*, p. 119-121, el autor exponía su postura afirmando que la LCGC "da naturaleza contractual a un contenido que de otro modo estaría viciado, ya que la imposición de cláusulas en las relaciones entre partes de semejante poder contractual es una coacción contraria al art. 1265 del CC". Este artículo señala que "será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo. "Por tanto, el contenido del contrato por adhesión particular es, cuando menos, claudicante". Y añade: "De ese modo las condiciones particulares o pueden ser anuladas a instancia del adherente conforme a las reglas generales de la anulabilidad contractual, o bien deben reputarse inexistentes por contrarias al art. 1261 del CC". Este artículo dice que "no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1. Consentimiento de los contratantes; 2. Objeto cierto que sea materia del contrato; 3. Causa de la obligación que se establezca". No obstante, "la dificultad de la anulación del contrato por vicios del consentimiento se agudiza cuando lo que se pretende es la anulación parcial del mismo por la parte de menor poder contractual que, tal vez, ya ha consumido el bien objeto del mismo. Ello empuja al legislador (…) a amparar esa modalidad contractual bajo las garantías de la legislación protectora de consumidores y usuarios".

[25] *Vid*. RAMÓN CHORNET, J. C. (2000), "Las condiciones generales de la contratación…", *op. cit.*, pp. 2633-2638.

La inscripción o depósito de los formularios utilizados por el predisponente en el RCGC es, por regla general y como se ha mencionado, voluntaria. Son ya numerosos los autores que han señalado la conveniencia de que esta inscripción pase a ser obligatoria[26]. Si la idea es que con el depósito de los formularios se facilite la transparencia en el mercado y en la contratación masiva, entonces la no inscripción de dichos formularios por parte de los predisponentes debe entenderse como manifestación clara y evidente de la voluntad de las empresas de no someterse a ninguna sujeción previa, es decir, que prefieren verse libres de cualquier traba en el tráfico económico y jurídico.

El depósito de los formularios se realiza por un plazo indefinido, lo que permite al adherente, después de contratar, la consulta del RCGC y la comparación de su contrato particular con el formulario depositado. En el supuesto de que el consumidor o usuario encontrara alguna divergencia entre el contenido de su contrato y el formulario depositado, en su perjuicio, podría demandar la ineficacia correspondiente de la cláusula deficitaria de información.

En este sentido, el principal efecto jurídico del depósito de las CGC, conforme a los arts. 19 de la LCGC y 17 del RRCGC[27], es la prescripción de las acciones colectivas de cesación y retractación a los cinco años, computados a partir del día en que se hubiera practicado dicho depósito y siempre y cuando dichas condiciones generales hayan sido objeto de utilización efectiva (art. 19.2 de la LCGC[28]). Además, tales acciones podrán ser ejercitadas en todo caso durante los cinco años siguientes a la declaración judicial firme de nulidad o no incorporación que pueda dictarse con posterioridad como consecuencia de la acción individual (art. 19.3 de la LCGC), siendo imprescriptible la acción declarativa (art. 19.4 de la LCGC). La prescripción desde la inscripción no opera respecto a las acciones individuales.

Teóricamente, si se hallan divergencias entre el contrato particular del consumidor y el formulario depositado, existen dos posibilidades[29]: a) que la condición general divergente establezca una obligación a favor del consumidor, en cuyo caso debería prevalecer el contenido más beneficioso para el adherente, aunque ese contenido esté en el formulario y no se haya incorporado a su contrato particular, en aplicación del art. 65 del TRLGDCU[30]; b) que la condición general divergente establezca una obligación a favor del predisponente, en cuyo caso esta divergencia de la cláusula incorporada al contrato con el formulario hace ineficaz la cláusula deficitaria de información, que no se puede integrar en el contrato.

No obstante, la voluntariedad o la obligatoriedad de depositar las CGC en el RCGC no es el mayor de los problemas que dicho Registro tiene con respecto a esta cuestión. Si la finalidad primordial del RCGC, como hemos visto antes, es "proteger al consumidor frente a las cláusulas abusivas, y evitar que se incluyan tales cláusulas en los contratos celebrados con consumidores" (en palabras del propio Consejo de Estado[31]), algo no funciona en el hecho de depositar los formularios que contienen CGC en el RCGC para su conocimiento, y ese algo que no funciona es el simple hecho de que, ya sea dicho registro de CGC voluntario (como lo es ahora) o bien obligatorio (como propone parte de la doctrina), ello no implica que no puedan quedar inscritas determinadas CGC que sí sean abusivas. Es decir, que en el RCGC pueden acceder cláusulas abusivas.

---

[26] Entre ellos, *vid*. BALLUGERA GÓMEZ, C. (2017), "Urge reforzar…", *op. cit.*, p. 5.

[27] El RRCGC, en su art. 17, desarrollando lo dispuesto en la LCGC, establece el plazo de prescripción de dos años desde la fecha de la inscripción, pero añadía, en su redacción original, que se consideraba como fecha de inscripción para todos los efectos legales la del asiento de presentación (art. 17.1). RAMÓN CHORNET, J. C. (2000), "Las condiciones generales de la contratación…", *op. cit*, p. 2647, ya criticó este artículo en su momento: "esta aclaración es un error, porque la publicidad de las condiciones y la posibilidad de conocerlas por el RCGC para impugnarlas no comienza, al menos, hasta la fecha de la inscripción. Pero además es una innovación reglamentaria ilegal, porque la LCGC dice claramente que el plazo de prescripción se cuenta «desde el momento en que se practicó la inscripción». Este inciso final del art. 17.1 del RRCGC fue eliminado por STS (Sala Tercera) de 12 de febrero de 2002, con efectos desde el 11 de abril de 2002, pero lo que no se ha resuelto todavía es la contradicción entre el plazo de cinco años regulado por la LCGC y el plazo de dos años regulado por el RRCGC, algo que resulta verdaderamente inaudito.

[28] Si no están inscritas, dichas acciones son, en general, imprescriptibles (art. 19.1 de la LCGC). El art. 19.2 de la LCGC fue modificado por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, pues en el texto original de la Ley 7/1998, el plazo de prescripción era de sólo dos años.

[29] *Vid*. BALLUGERA GÓMEZ, C. (2017), "Urge reforzar…", *op. cit.*, p. 6.

[30] El artículo 65 del TRLGDCU (integración del contrato) establece lo siguiente: "Los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante."

[31] *Vid*. CONSEJO DE ESTADO (1999), "Dictamen nº 215/1999 sobre Proyecto Real Decreto …", *op. cit.*, como ya se ha visto anteriormente.

Este inconveniente ha sido claramente señalado por RUIZ-RICO[32], aunque también mencione lo encomiable que es el "propósito de presionar desde escalafones diversos del Derecho a aquellos sujetos que contaminan la contratación en masa"[33]. La cuestión es: ¿cómo es posible que accedan o puedan acceder al RCGC cláusulas abusivas? El problema se explica "por la distorsión de la función calificadora, así como las dificultades para coordinar tal Registro con otros estamentos registrales"[34], sin perjuicio de analizar sus posibles limitaciones jurídicas. De todas formas, antes de seguir avanzando, cabe mencionar que todos estos problemas, que se analizarán a continuación, no desnaturalizan o desvirtúan en sí mismos la esencia registral del RCGC, en el sentido de que la especialidad de su objeto (cláusulas contractuales y sentencias)[35] no se aleja de lo que pueden hacer otros Registros. Ése no es el problema. El problema reside en la calificación registral[36], que es el pilar básico de toda institución registral.

En este sentido, afirma GARCÍA GARCÍA[37]:

> La calificación consiste en el juicio de valor que hace el Registrador respecto a los documentos presentados como órgano imparcial y distinto del autor de los documentos para determinar si se adaptan o no a la legalidad del ordenamiento jurídico y a los efectos de extender la inscripción o de suspender o denegar, en su caso, la práctica de la misma.

En el ámbito del RCGC, sin embargo, su articulación se basa en lo dispuesto en el art. 14.1 del RRCGC[38], que coincide con su precedente legal (art. 11.9 de la LCGC). Ambos artículos disponen que se extenderá el asiento correspondiente una vez se haya calificado la concurrencia de una serie de requisitos que, en esencial, son básicamente formales[39], aunque la determinación de estos requisitos pueda requerir un cierto esfuerzo interpretativo.

El art. 14 del RRCGC establece lo siguiente:

> 1. El registrador, de conformidad con el artículo 11.9 de la Ley, extenderá en todo caso el asiento solicitado, previa calificación de la concurrencia de los requisitos establecidos. A estos efectos, conforme a las reglas de competencia que establece el artículo 4, verificará en el plazo de cinco días hábiles el carácter de condiciones generales de las cláusulas cuyo depósito se solicita y la legitimación para solicitarlo.
>
> 2. El registrador deberá comprobar la identidad del presentante y si no es el mismo predisponente exigirá que acredite debidamente su representación. Tratándose de predisponente persona jurídica, el registrador comprobará la representación orgánica o voluntaria de la persona física que intervenga en su nombre.

---

[32] *Vid*. RUIZ-RICO RUIZ, C. (2003), *El control de las cláusulas abusivas a través del Registro de Condiciones Generales de la Contratación… op. cit.*, p. 28: "Resulta discutible la tutela del consumidor mediante un Registro al que pueden acceder cláusulas abusivas, debido al retraimiento de la función calificadora".

[33] *Ibídem, op. cit.*, p. 17.

[34] *Ibídem, op. cit.*, p. 19.

[35] El Registro de la Propiedad (RP) y el Registro Mercantil (RM), por su parte, amparan igualmente contratos (aunque no cláusulas), pero también sentencias, a través de mandamientos judiciales, con lo que el RCGC se aproxima a estos institutos registrales. *Vid*. RUIZ-RICO RUIZ, C. (2003), *El control de las cláusulas abusivas a través del Registro de Condiciones Generales de la Contratación…, op. cit.*, p. 19, nota 14.

[36] Para un estudio en profundidad de la calificación registral, *vid*. GARCÍA GARCÍA, J. M. (1992), "La función registral calificadora, la protección de los consumidores y la cláusula penal en los autos del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 610, mayo-junio de 1992, pp. 1314 y 1315: "La función calificadora del Registrador está regulada por el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, que dice: «Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro» (…). Al realizar todos estos juicios el Registrador queda alejado (…) de la función administrativa y se aproxima, sin llegar a serlo, a un Juez en el ejercicio de funciones de «garantía de derechos» y de la llamada «jurisdicción voluntaria», que no es propiamente jurisdiccional, pues ésta sólo corresponde ejercitarla al Juez.

[37] *Vid*. GARCÍA GARCÍA, J. M. (1992), "La función registral calificadora…", *op. cit.*, p. 1313.

[38] El art. 14.1 del RRCGC establece: "El registrador, de conformidad con el artículo 11.9 de la Ley, extenderá en todo caso el asiento solicitado, previa calificación de la concurrencia de los requisitos establecidos. A estos efectos, conforme a las reglas de competencia que establece el artículo 4, verificará en el plazo de cinco días hábiles el carácter de condiciones generales de las cláusulas cuyo depósito se solicita y la legitimación para solicitarlo."

[39] *Vid*. COCA PAYERAS, M. (1999), "El Registro de Condiciones Generales de la Contratación y el Registro de la Propiedad", en ESPIAU ESPIAU, S. (1999), *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, Madrid: Marcial Pons, p. 100, al admitir que la calificación debe ir referida sólo a requisitos formales de acceso al Registro como legitimación activa o a la estructura y formato de los ejemplares según la LCGC; CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1994), *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*, Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto Nacional del Consumo, p. 180; GARCÍA GARCÍA, J. M. (1992), "La función registral calificadora…", *op. cit.*, pp. 1335 y 1336, señala que junto a los documentos a que alude el art. 18 de la LH, el registrador ha de tener en cuenta toda la legalidad (aplicación del ordenamiento) y también la LCU, pues en caso contrario el Registro daría amparo a situaciones de dudosa licitud, lo cual no se daría en el caso del RCGC, dada la mera calificación formal de los requisitos para la inscripción de los formularios.

3. El registrador denegará, en el plazo señalado en el apartado 1, el depósito de las condiciones generales en los siguientes casos:

a) Cuando la persona que solicita el depósito no estuviera legitimada para ello o no acreditase suficientemente su representación.

b) Cuando se trate de cláusulas contenidas en contratos administrativos, contratos de trabajo, contratos de constitución de sociedades, contratos reguladores de relaciones familiares o sucesorios.

c) Cuando no sea un profesional el predisponente. La cualidad de profesional se acreditará al registrador por cualquier medio admitido en derecho, en particular por el certificado de alta a efectos del Impuesto de Actividades Económicas.

d) Cuando de las circunstancias concurrentes resulte que las cláusulas no han sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. Sin perjuicio de que se pueda acreditar de cualquier otra forma aquella finalidad, se entenderá que existe cuando se acompañe más de un contrato en el que sí se hubieran incorporado.

4. El registrador suspenderá el depósito de las condiciones generales ilegibles en tanto se aclaran sus términos por el predisponente, sin perjuicio de las facultades que en el ejercicio de la función jurisdiccional corresponde a jueces y tribunales.

5. La comunicación de la existencia de defectos al presentante se realizará mediante telecopia, correo electrónico o procedimiento telemático similar al domicilio señalado en la instancia y se hará constar al margen del Libro Diario. Caso de que el presentante careciera de medios de recepción telemáticos, la comunicación se hará por escrito y se remitirá por correo al citado domicilio, por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción.

Como puede verse, el art. 14 del RRCGC afirma que el Registrador verificará el carácter de CGC y la legitimación e identidad del solicitante[40]. Es decir, el Registrador sólo verifica aspectos formales, de modo que el uso del término «calificación» es claramente desafortunado. Por otra parte, tampoco el legislador ha indicado expresamente los requisitos para la inscripción de las sentencias, evidenciándose en ambos supuestos un alejamiento del art. 18 de la LH[41], principal exponente de la calificación registral.

El término «calificación» empleado por el RRCGC induce a confusión, pues su significado en este ámbito no equivale al significado que tiene en la legislación hipotecaria. El propio Dictamen del Consejo de Estado antes mencionado[42] admite que la expresión es equívoca, afirmando que no se trata de una calificación registral "en el sentido del Registro de la Propiedad o del Registro Mercantil", pues dicha «calificación» se limita a verificar aspectos formales y sólo puede denegarse la inscripción en los casos previstos en el art. 14.3 del RRCGC. "Incluso si se acepta que el Registrador califique positivamente el carácter de condiciones generales de las cláusulas (…) esa calificación no tiene otra consecuencia que el acceso al Registro", pero en ningún caso tiene "efecto declarativo vinculante sobre su naturaleza de condición general ni mucho menos de su validez". Añade este organismo que uno de los argumentos que justifican todas estas explicaciones se encuentra en el art. 22.2 del proyecto, "donde resulta claro que la llamada calificación del Registrador no incluye un juicio de legalidad de la adecuación de las cláusulas a la Ley, pues esto sólo corresponde a los Tribunales de Justicia", lo que confirma que la llamada calificación registral no es sino una mera verificación de los requisitos para inscribir[43].

---

[40] *Vid*. ARROYO MARTÍNEZ, I., MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (2004), *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid: Tecnos, p. 115, al incluir la legitimación para solicitar el depósito conforme al art. 11.8 de la LCGC.

[41] El art. 18 de la LH dispone, en su primer párrafo: "Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro".

[42] *Vid*. CONSEJO DE ESTADO (1999), "Dictamen nº 215/1999 sobre Proyecto Real Decreto …", *op. cit.*, como ya se ha visto anteriormente.

[43] En este sentido, la Memoria justificativa del Real Decreto señaló que "no es un Registro de calificación sistemática de la validez de las condiciones generales, en la medida que su declaración de nulidad corresponde en exclusiva a los jueces. El registrador de las Condiciones Generales no tiene facultades para denegar el depósito de contratos en los que se contengan condiciones generales que estime nulas. La declaración de nulidad de las mismas es de competencia exclusivamente judicial". Vid., entre otras, las RSDGRN de 16 de febrero de 1990, de 4 de mayo de 1992, que admiten que la determinación del carácter abusivo de una cláusula conforme a la LCU escapa a la calificación registral por razón de lo limitado de los medios de que dispone el Registrador para llevar a cabo esa calificación. Diversos autores se plantean la oportunidad de dedicar la institución registral al servicio de la verificación de unos requisitos formales. En este sentido, RUIZ-RICO RUIZ, C. (2003), *El control de las cláusulas abusivas a través del Registro de Condiciones Generales de la Contratación… op. cit.*, p. 23, afirma que "para esta nimia función hubiera bastado cualquier organismo público, sin necesidad del despliegue de medios humanos y materiales propios del sistema registral", y cita, entre otros, a BUSTO LAGO, J. M. (2001), "El control registral de las condiciones generales de los contratos", *op. cit.*, pp. 1947 y ss., quien se cuestiona si se pretende que los operadores jurídicos que realizan funciones públicas respalden con sus decisiones infracciones de las normas imperativas y las doten de efectos jurídicos frente a terceros (p. 1980) y RAMÓN CHORNET, J. C. (2000), "Las condiciones generales de la contratación…", *op. cit.*, pp. 2636 y 2637.

De todos los extremos del art. 14 del RRCGC, entre ellos, la calificación del carácter de CGC de las cláusulas, la identidad del presentante, la representación de la persona que actúe en nombre del predisponente, que no se trate de contratos excluidos de la aplicación de la LCGC, la cualidad de profesional del predisponente, etc., tal vez el punto más delicado sea el de la calificación del carácter de CGC de las cláusulas que se presentan para su inscripción o depósito[44]. Esta calificación parece no ser posible pues no se sabe exactamente cómo el Registrador, con el simple examen del documento que se presenta para su depósito, puede conocer si se dan o no los rasgos característicos de las CGC, y parece no ser tampoco necesaria porque si el predisponente considera que se trata de CGC no hay razón para sospechar que no lo sean[45]. En definitiva, como señala RAMÓN CHORNET[46], se puede hablar de "principio de no calificación" en el sentido de que el RCGC no va a calificar la validez ni los requisitos de incorporación de las cláusulas que se le presenten para su inscripción. De acuerdo con el art. 14.4 del RRCGC, el Registrador no puede suspender el depósito de las cláusulas oscuras o incomprensibles, sólo el de las ilegibles (por cierto, la disposición es obvia y tal vez innecesaria, pues ¿quién va a pretender la inscripción de modelos total o parcialmente ilegibles?). De todos modos, aunque la publicación en el RCGC no hace presumir la validez de las cláusulas inscritas, y aunque desde un punto de vista jurídico una cláusula inscrita es tan sospechosa o tan fiable como una no inscrita, esta idea puede matizarse diciendo que siempre van a resultar más sospechosos los contratos de aquellas empresas que se mantengan ocultos, que los de aquéllas que se decidan a publicarlos en el RCGC y a exponerse al juicio de los ciudadanos en general, y en particular al juicio (y a las acciones) de las entidades y asociaciones que velan por los derechos de los consumidores.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el art. 7 del RRCGC establece un principio de libertad de forma[47], en el sentido de que el documento a inscribir en el RCGC no necesita ajustarse a ningún formulario de carácter oficial, con lo que también se reduce, por este motivo, el campo propio de la calificación[48].

Además, el art. 12 prevé la posibilidad de rectificar o modificar los asientos del RCGC, lo que implica la posibilidad de actualización del RCGC mediante la cancelación de los modelos que vayan cayendo en desuso y la inscripción de los nuevos que los sustituyan, pero sin que ello deba confundirse con la rectificación de errores prevista en la legislación hipotecaria, ni aun *ex* art. 24 del RRCGC, el cual realizaba remisión a las reglas generales del RRM y, en su defecto, del RH[49].

Las diferencias con la legislación hipotecaria son importantes. De hecho, esta mención o remisión a la aplicación supletoria de la legislación hipotecaria que realizaba el art. 24 del RRCGC fue anulado del RRCGC por la STS (Sala Tercera) de 12 de febrero de 2002, con efectos desde el 11 de abril de 2002, pues era incongruente con las facultades del Registrador del RCGC y los Registradores de la Propiedad o Mercantiles. La Exposición de Motivos de la LCGC establece que "las funciones calificadoras nunca se extenderán a lo que es competencia judicial, como es la apreciación de la nulidad de las cláusulas". Obviamente, se refiere a que el Registrador del RCGC no puede entrar a calificar la validez de las cláusulas que se contienen en los formularios que se les presenten, como ya se ha dicho, aunque para eso no hacía falta decir que la apreciación de la nulidad de las cláusulas es (y quiere decir únicamente) competencia judicial, ya que en realidad, existen argumentos para seguir defendiendo que el Registrador de la Propiedad y el Registrador Mercantil, a diferencia del Registrador del RCGC, están facultados y, de hecho, obligados, "a calificar la validez y a denegar la inscripción de las cláusulas que la legislación de consumo declara nulas"[50], aunque los medios a los que deben atenerse estos Registradores para realizar sus calificaciones sean limitados, en comparación con las facultades de los Jueces y Tribunales.

---

[44] *Vid*. RAMÓN CHORNET, J. C. (2000), "Las condiciones generales de la contratación…", *op. cit.*, p. 2636.

[45] En el mismo sentido, *vid*. SALAS MURILLO, S. D. (1998), "Aproximación al nuevo Registro de Condiciones Generales de la Contratación", *op. cit.*, pp. 2471-2488.

[46] *Vid*. RAMÓN CHORNET, J. C. (2000), "Las condiciones generales de la contratación…", *op. cit.*, p. 2637.

[47] *Ibídem, op. cit.*, pp. 2635 y 2636.

[48] *Vid*. RUIZ-RICO RUIZ, C. (2003), *El control de las cláusulas abusivas a través del Registro de Condiciones Generales de la Contratación…, op. cit.,* p. 25.

[49] El art. 24 del RRCGC establecía lo siguiente: "En todo lo no previsto en los artículos anteriores y en cuanto no se oponga a su naturaleza, se aplicará lo establecido en el Reglamento del Registro Mercantil, y en su defecto en el Reglamento Hipotecario, en especial en cuanto a libros, asientos y publicidad formal". Este artículo fue anulado del RRCGC por la STS (Sala Tercera) de 12 de febrero de 2002, con efectos desde el 11 de abril de 2002.

[50] *Vid*. RAMÓN CHORNET, J. C. (2000), "Las condiciones generales de la contratación…", *op. cit.*, p. 2655.

Los medios con los que cuentan los Registradores de la Propiedad y Mercantiles para llevar a cabo la calificación de los actos jurídicos que se presentan a inscripción son limitados por lo siguiente: tanto el art. 18 de la LH (piedra angular de todo el sistema) como el art. 6 del RRM[51] obligan a calificar la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas[52], por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro[53]. Por contraposición, se entiende que el Registrador no puede exigir la presentación de ningún otro documento, ni puede practicar ningún otro tipo de prueba.

Esto significa que una serie de causas de nulidad que podrían ser detectadas por los Jueces y Tribunales escapan a la calificación registral, con independencia de que resulten de la legislación de consumo o de las leyes generales. Así, por ejemplo, como señala RAMÓN CHORNET[54], a pesar de que uno de los requisitos esenciales de validez de los contratos es la existencia de causa (art. 1.261 del CC), la calificación registral no es capaz de alcanzar a los defectos causales[55]. Dentro de esta situación podrían incluirse los supuestos en los que la calificación de una cláusula como abusiva exige una labor de valoración por parte del Registrador de la Propiedad o Mercantil, que debería atender en muchos casos a circunstancias extrañas al contrato mismo, o a elementos de carácter extrajurídico, normalmente de orden económico, que van más allá de su específica preparación y de los medios de que dispone para llevar a cabo su actuación (así ocurre, entre otros, en los casos previstos en los números 3, segunda parte, 7, 9, 14, 18, 20, etc., de la primera LCU[56], introducida por la LCGC).

Sin embargo, el hecho de que exista una mayor dificultad práctica, o incluso una imposibilidad funcional, para apreciar determinados defectos, no significa que ningún tipo de invalidez quede fuera del alcance de la calificación registral, cuando el defecto resulte de forma razonablemente indubitada de los documentos presentados o de los asientos del Registro[57]. De igual forma, se puede decir que el Registrador de la Propiedad o Mercantil tiene una dificultad práctica para apreciar la existencia de cláusulas abusivas conforme a la legislación protectora de los consumidores y usuarios, dado que se trata de un tipo de nulidad complejo, que exige una relación con el contexto y que puede no resultar claramente del documento presentado. Pero no puede afirmarse con carácter general que la estimación de la existencia de una cláusula abusiva escapa a la calificación registral por razón de los medios limitados de que disponen dichos Registradores para llevarla a cabo, sino tan sólo que, en el caso concreto objeto de examen registral, no es posible, con los medios de que específicamente disponen los Registradores de la Propiedad y Mercantiles en ese caso, apreciar si una determinada cláusula es abusiva o no. Por el contrario, no hay más que leer la Disposición Adicional Primera, de la LCU de 1984, para vaticinar que en muchos casos el carácter abusivo puede resultar perfectamente claro del título presentado, en cuyo caso podrá y deberá ser apreciado por el Registrador de la Propiedad o Mercantil en su normal labor calificadora.

Respecto a la legitimación del presentante, la regulación del RCGC claramente disiente del art. 18 de la LH basado en la capacidad de los otorgantes. En el RCGC se califica sólo la personalidad del profesional o del

---

[51] *Vid*. nota 39 para leer el contenido del art. 18 de la LH. Por su parte, el art. 6 del RRM establece lo siguiente: "Los Registradores calificarán bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicita la inscripción, así como la capacidad y legitimación de los que los otorguen o suscriban y la validez de su contenido, por lo que resulta de ellos y de los asientos del Registro."

[52] *Vid*. RUIZ-RICO RUIZ, C. (2003), *El control de las cláusulas abusivas a través del Registro de Condiciones Generales de la Contratación…, op. cit.*, p. 24; En este sentido, *vid*. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L.M. (1998), *La protección registral de los consumidores en Derecho privado*, Valencia: Contratación y consumo, p. 431, para quien el registrador como jurista y redactor debe calificar la validez del contrato, del acto dispositivo, del derecho y de las cláusulas inscribibles; COCA PAYERAS, M. (1999), "El Registro de Condiciones Generales…", *op. cit.*, p. 105, al afirmar que la DGRN, si bien en un primer momento confirmó la calificación denegatoria de inscripción de ciertos contratos celebrados bajo condiciones generales por vulneración del principio de especialidad, después ha ido limitando la función calificadora por incumplimiento del principio de legalidad, limitando las facultades para entender nula una condición general por razón del estrecho sustrato material sobre el que puede actuar el registrador por los arts. 18 de la LH y 98 del RH (por lo que resulte de las escrituras y de los asientos del registro);

[53] *Vid*. RAMÓN CHORNET, J. C. (2000), "Las condiciones generales de la contratación…", *op. cit.*, p. 2656.

[54] *Ibídem*.

[55] En este sentido, la Resolución de la DGRN de 8 de abril de 1991 admitió la inscripción de una opción de compra, sospechosa de encubrir un pacto comisorio prohibido, porque el carácter fraudulento del negocio no resultaba del texto de los documentos presentados ni podía ser apreciado por el Registrador, dada la limitación de los medios calificadores de que dispone (art. 18 de la LH), sin perjuicio de que la existencia del fraude pueda ser justificada en el procedimiento judicial adecuado.

[56] Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

[57] Así, siguiendo con el mismo ejemplo anterior, la Resolución de la DGRN de 29 de septiembre de 1987 confirmó la denegación de la inscripción de un derecho de opción de compra por tratarse de una opción en garantía que implicaba un pacto comisorio prohibido en nuestro ordenamiento jurídico.

adherido que, con autorización del predisponente, solicita la inscripción del modelo. Sin embargo, tanto al registrar los formularios como las sentencias, se ignora la aptitud para contratar exigida en la legislación hipotecaria; a pesar de que cabe presumir la existencia de contrato en el supuesto de CGC utilizadas antes de su inscripción (art. 9.3 del RRCGC), y, al menos, cuando se trata de resoluciones judiciales dictadas por acciones individuales o colectivas de cesación (ya que éstas implican su uso efectivo por el profesional, según el art. 12 de la LCGC). De ahí que un mismo negocio jurídico pueda verse sometido a calificaciones diversas (según se pretenda su inscripción en el RCGC, en el RP o RM), con resultados probablemente divergentes. Esta posible incongruencia registral es factible, además, por la limitación reglamentaria de la labor calificadora a la figura del solicitante, sin reparar en que el Registrador valore también la capacidad de la contraparte negocial (como impone la LH y el RH).

Pero, sin duda, la validez de las cláusulas contractuales constituye el presupuesto calificador que reclama un mayor detenimiento por su transcendencia jurídica. Su exclusión de la materia calificadora prescrita por el RRCGC abre una brecha dentro de la institución registral, al mismo tiempo que prescindir de este elemento puede comprometer la consecución de la ratio legislativa establecida en aquél[58].

Como señala GÓMEZ PERALS[59], en el ámbito del Registro de la Propiedad, algunos autores[60] sientan el silogismo de que si la calificación obliga a denegar la inscripción de todas aquellas cláusulas nulas (*ex* art. 18 de la LH), y las abusivas lo son (desde el art. 10.bis 2 *ab initio* de la LCU de 1984), también podrán y deberán denegarse éstas; y concluyen que la denegación afectará a la inscripción de las que son abusivas en sí mismas, de las que generan un evidente desequilibrio contractual, y de las que se sitúan en la zona de incertidumbre de los conceptos jurídicos indeterminados empleados en dichas cláusulas.

El control de legalidad que la calificación registral supone se aplica a los contratos de adhesión como a los llamados negociados, siendo el control del contenido de las CGC un control jurídico, no económico, de la validez y no moderador del contenido; más exactamente un control normativo legal, establecido por la ley (la nulidad es de pleno derecho; la sentencia sólo es declarativa, no constitutiva)[61].

Es preciso distinguir, por un lado, la nulidad derivada de la contradicción, en perjuicio del adherente, de lo dispuesto en la LCGC o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva (salvo que en ella se establezca un efecto distinto para el caso de contravención), aplicable también a los contratos entre empresarios (art. 8.1 LCGC) y, por otro lado, la nulidad resultante del carácter abusivo, en relación con un consumidor, por causarle, en contra de la buena fe, un perjuicio por desequilibrio importante en sus derechos y obligaciones[62], a lo que se une en todo caso las cláusulas contenidas en la denominada *lista negra* y distribuidas en cinco grupos (art. 8.2 LCGC, por remisión al art. 10.1.*c)* y 10 bis, así como a la disposición adicional primera, estos últimos preceptos de la LCU de 1984[63]).

Por tanto, y siguiendo en este punto a LONGO MARTÍNEZ[64], tenemos varios niveles:

a) La contradicción con norma imperativa: conforme al art. 8.1 de la LCGC: "1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención; 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el art. 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios"[65].

---

[58] Según DE SALAS MURILLO, S. (1998), "Aproximación al nuevo Registro de Condiciones Generales de Contratación", *op. cit.*, p. 2482, el registrador, en los registros jurídicos, ejerce la facultad calificadora para exigir la observancia del principio de legalidad.

[59] *Vid.* GÓMEZ PERALS, M. (2006), "La nulidad de las condiciones generales de contratación en la calificación registral", *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, nº 1 (ejemplar dedicado a: Coloquios), pp. 1-7.

[60] *Vid.* PAU PEDRÓN, A. Y CURIEL, F. (2002), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, *op. cit.*, pp. 883 a 887.

[61] *Vid.* MIQUEL, J. M. (2002), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, *op. cit.*, p. 479.

[62] En este último caso estamos ante una cláusula general o disposición legal, lo que falta en el primer supuesto.

[63] La remisión debe entenderse hecha hoy a los arts. 82 y 85 a 90 del TRLGDCU.

[64] *Vid.* LONGO MARTÍNEZ, A. A. (2011), "La obligación notarial de abstención en caso de cláusulas declaradas nulas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación", *La Notaria*, nº 4/2011-1/2012, p. 110.

[65] Como ya se ha indicado, esta remisión debe entenderse hecha hoy a los arts. 82 y 85 a 90 del TRLGDCU.

b) La contradicción con la buena fe y el desequilibrio de derechos y obligaciones: el art. 82.1 del TRLGDCU indica que "se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".

c) La lista negra: junto a dicha regla general, el párrafo 4º del art. 82.1 del TRLGDCU "anuncia" una lista de cláusulas que se reputan abusivas "en todo caso", lista que se desarrolla en los arts. 85 a 90 del TRLGDCU[66].

Por otro lado, dice el art. 83 del TRLGDCU que "las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas".

En este esquema, parecería que en los niveles a) y c) la determinación del contenido contractual podría llevarse a cabo por el Registrador[67], correspondiendo el nivel c) al Juez[68].

Si se considera que determinada o determinadas cláusulas son nulas, conforme a lo anterior, la ley permite el ejercicio de la acción individual y de las acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales. La acción de cesación la define el art. 12.2 de la LCGC al decir que "se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz".

Conforme a las disposiciones antes citadas, una CGC puede ser nula por contravenir una norma imperativa o prohibitiva —entre ellas, las de la propia LCGC— o, de modo más concreto, por ser abusiva (art. 8.2 LCGC). A su vez, una cláusula puede ser abusiva por reunir los caracteres de la regla general del art. 82.1 del TRLGDCU, es decir, por provocar, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre las contraprestaciones de las partes, o simplemente por estar incluida dentro de la lista de los arts. 85 a 90 del TRLGDCU. Se habla, en este caso, de «lista negra», por cuanto, conforme a lo anunciado en el art. 82.4, dichas cláusulas serán abusivas «en todo caso». Sin embargo, también es frecuente calificar a dicha lista, o a parte de la misma, de «gris», dado que, por una parte, el enunciado de cada uno de los artículos que la contienen —o de algunos de ellos— parece dejar abierta la puerta a la posibilidad de que existan cláusulas distintas de las de la lista que reúnan las condiciones para ser calificadas como abusivas conforme a dicho enunciado; por otra, porque algunas de las mismas cláusulas de la lista contienen conceptos jurídicos indeterminados que impiden una objetivar totalmente el supuesto de hecho. Así, por ejemplo, el art. 85 enuncia que se considerarán abusivas "las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario (...) y, en todo caso, las siguientes: (...)", incluyendo bajo su número 6 "las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones".

[66] No obstante, LASARTE ÁLVAREZ, C. (2017), *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. 9ª Edición. Madrid: Dykinson, pp. 141-145, califica la lista de los arts. 85 a 90 del TRLGDCU de "lista gris". En realidad, y para aclarar esta cuestión, LONGO MARTÍNEZ, A. A. (2011), "La obligación notarial de abstención…", *op. cit.*, p. 112, dice que, dentro de la lista de los arts. 85 a 90 del TRLGDCU, puede hablarse de dos subgrupos: a) la lista gris, que contiene conceptos jurídicos indeterminados o que pueden incluirse en el ámbito de la incertidumbre sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula (por ejemplo, entre otros, los arts. 85, 86 y 87 del TRLGDCU), y; b) la lista negra, que contiene aquellas cláusulas que objetivamente son abusivas (por ejemplo, el art. 90.3 del TRLGDCU). El carácter abusivo de una cláusula contenida en la lista gris debe ser apreciado necesariamente por sentencia judicial, mientras que el carácter abusivo de una cláusula contenida en la lista negra puede ser apreciado por Notarios y por los Registradores de la Propiedad (con sus matizaciones) pero no (y esto es lo importante aquí) por el Registrador del RCGC.

[67] El Registrador entendido en sede de la legislación hipotecaria, es decir, el Registrador de la Propiedad y el Registrador Mercantil en sus funciones habituales, no el Registrador del RCGC.

[68] Es decir, que a pesar del mérito que debe reconocerse al RCGC por el hecho de intentar implicar a la institución registral en el desarrollo del Derecho de Consumo (virtud que señala RUIZ-RICO RUIZ, C. (2003), *El control de las cláusulas abusivas…, op. cit.*, p. 45), la jurisprudencia hipotecaria reconoce que, en orden a la LCGC, se ha negado la posibilidad de invocar el art. 10 de la LCU, hoy arts. 82 y 85 a 90 del TRLGDCU (*vid*. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L.M. (1998), *La protección registral…, op. cit.*, p. 417.

Aunque es evidente que el Registrador no puede valorar la buena fe, ni el equilibrio entre los intereses de ambas partes[69], no se puede extremar el criterio del mayor o menor grado de valoración precisa para apreciar dicha abusividad, utilizado por la doctrina y la jurisprudencia registral, pues lo cierto es que la aplicación de cualquier norma (incluso en los supuestos de la lista negra) requiere una mínima interpretación[70]. Más adelante volveremos a esta cuestión para analizar con detalle las facultades de los Notarios, así como de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles en este ámbito.

De momento, basta con ir concluyendo este apartado diciendo que el RCGC y sus diferencias con la legislación hipotecaria determinan un sistema de depósito, si no de estricta transcripción, frente al sistema de inscripción típico del Registro hipotecario. Es más, cuando se trate de inscribir o anotar una resolución judicial o la correspondiente demanda, como veremos en el apartado siguiente, la calificación ni siquiera se extiende a dichos extremos. Así resulta de la contemplación de los supuestos de denegación y suspensión (art. 14.3 y 14.4 RRCGC), con reconocimiento expreso de la función jurisdiccional de Jueces y Tribunales, y de la comunicación de la existencia de defectos (art. 11.3 a 11.5 LCGC).

Algún autor compara este supuesto de calificación registral atenuada con la derivada de la técnica del depósito en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de las empresas[71]. Sin embargo, cabe decir que en el Registro de Bienes Muebles el ámbito de calificación de las CGC y, por tanto, de sus efectos de publicidad jurídica es mayor[72].

No rigen tampoco los principios de titulación pública (libertad de forma, art. 7 del RRCGC), tracto sucesivo, ni prioridad, pero se observa el principio de rogación (art. 11.8 de la LCGC, normalmente y en principio por el predisponente). Lo más destacable es su sistema de publicidad, fundamentalmente con un doble objeto: la de inscripción (voluntaria) de las CGC (art. 11.2 de la LCGC), así como la rectificación o modificación de modelos de condiciones previamente inscritos (art. 12 del RRCGC), y la inscripción (obligatoria) de las resoluciones judiciales que puedan afectar a su eficacia (sentencias firmes estimatorias resolviendo demandas colectivas u ordinarias, art. 11.4 de la LCGC) y del hecho de la persistencia en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas (art. 15 de la LCGC). También se prevé la constancia (obligatoria), por medio de anotación, de la interposición de las demandas correspondientes y de las resoluciones judiciales que acuerden la suspensión cautelar de la eficacia de una condición general (art. 11.3 y 11.4 de la LCGC)[73].

En definitiva, tanto el Registro de la Propiedad y el Registro Mercantil como el RCGC convergen en un mismo objeto contractual, si bien algo diversificado (la inscripción sobre los contratos sobre el dominio y derechos reales, los celebrados por empresarios, o con los consumidores, sucesivamente), pero este hilo conductor parece romperse en el RCGC, puesto que en él no se inscribe el contrato sino sólo las cláusulas contractuales y sentencias atinentes a las mismas. Es decir, a diferencia de los otros Registros citados a los que accede el negocio con su completa bilateralidad, el RCGC únicamente refleja las cláusulas impuestas (unilateralmente) por el predisponente y las decisiones judiciales sobre ellas, registrándose pues, no el contrato en su conjunto sino una parte de su contenido[74].

---

[69] *Vid*. DE PABLO CONTRERAS, P. (1999), "Comentario del art. 18 de la Ley Hipotecaria", en ALBADALEJO, M. Y DÍAZ ALABART, S. (directores), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. VII, v. 4º, Madrid: Edersa, p. 50.

[70] *Vid*. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L.M. (1998), *La Ley de Condiciones Generales de Contratación*, Madrid: Centro de Estudios Registrales, pp. 89 y 90, quien recoge esta distinción entre las cláusulas cualitativas y objetivamente abusivas y las que lo son cuantitativa o subjetivamente por quedar su interpretación al arbitrio de uno de los contratantes.

[71] *Vid*. GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (2000), "El Registro de Condiciones Generales de Contratación", en NIETO CAROL, U. (director), *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas abusivas*, Valladolid: Lex Nova, pp. 361-363, citado a su vez por GÓMEZ PERALS, M. (2006), "La nulidad de las condiciones generales de contratación en la calificación registral", *op. cit.*, p. 3, nota 21.

[72] El art. 15.2 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles sienta la presunción *iuris tantum* de validez de los contratos y derechos inscritos. Consecuentemente, la calificación del Registrador comprende el cumplimiento de los requisitos que para los contratos inscribibles se establecen en la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, en la LCGC y en esta Ordenanza. Incluso cuando el contrato inscribible contuviere pactos o cláusulas no obligatorias contrarias a la Ley, el Registrador denegará la inscripción de tales pactos al mismo tiempo que inscribirá el restante contenido del contrato, con notificación al presentante (arts. 15.1 y 17.1 de la Orden de 19 de julio de 1999 por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles).

[73] *Vid*. GÓMEZ PERALS, M. (2006), "La nulidad de las condiciones generales de contratación en la calificación registral", *op. cit.*, p. 3.

[74] Para COCA PAYERAS, M. (1999), "El Registro de Condiciones Generales…", *op. cit.*, pp. 98 y 99, no se inscriben derechos, por lo que su publicidad formal difícilmente se entiende jurídica (la que permite el desenvolvimiento de los naturales y especiales efectos que al derecho inscrito atribuye nuestro ordenamiento); se inscriben elementos fáctico-normativos (CGC) y resoluciones judiciales afectantes a ellas.

Al optar sólo por la inscripción del formulario impuesto, y no por el contrato[75], se desprende que, mientras un contrato puede inscribirse en los Registros de la Propiedad y Mercantiles (a veces, simultáneamente en ambos), su clausulado se reservaría para el RCGC[76]. Por lo que es factible la confluencia de Registros diversos en un mismo negocio contractual, al diferenciarse reglamentariamente entre éste y uno de sus elementos compositivos. Sin embargo, esta posible convergencia de los Registros de la Propiedad, Mercantil y RCGC en un único contrato, constituye el factor desencadenante de colisiones registrales. Las peculiaridades que incorpora el RCGC acentúan la desconexión dentro del marco exclusivo de la institución registral[77].

3.1.2. Inscripción de sentencias

A diferencia del registro de CGC (formularios) vista en el apartado anterior, el registro de sentencias es obligatorio. Así resulta del art. 11.4 de la LCGC, que establece de forma imperativa que serán objeto de inscripción las sentencias firmes estimatorias de las acciones individuales o colectivas de nulidad o no incorporación[78], y del art. 22 que preceptúa que "en todo caso en que hubiere prosperado una acción colectiva o una acción individual de nulidad o no incorporación relativa a condiciones generales, el Secretario judicial dirigirá mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo"[79]. De estos artículos se deduce lo antes explicado: las únicas sentencias que son objeto de inscripción son las estimatorias de la nulidad o de la no incorporación, pero no las desestimatorias de las acciones ejercitadas. Es decir, el registro de sentencias es exacto, pero, por definición, no será completo, sino parcial y unilateral[80].

El RRCGC pretendió enmendar este vacío legislativo disponiendo que serían objeto de inscripción las ejecutorias en que se recogiera el fallo (estimatorio o no) de las sentencias firmes dictadas en el ejercicio de una acción individual o colectiva [art. 2.1.b) y c)]. Estos dos preceptos fueron anulados por la STS (Sala Tercera) de 12 de febrero de 2002 (con efectos desde el 11 de abril de 2002), a pesar de que con anterioridad algunos autores defendían que dichos artículos pudieran aplicarse sin mayores problemas, aunque ya alertaban del dudoso carácter de la innovación reglamentaria[81].

El registro de sentencias se basa en dos claros principios: a) principio de duración finita, y; b) principio de publicidad del contenido del registro.

Es evidente que las inscripciones de sentencias de nulidad o no incorporación que se practiquen el en RCGC son de duración finita (no indefinida, que es distinto): no existe ningún medio por el que puedan ser

---

[75] En este punto, resulta interesante, como señala RUIZ-RICO RUIZ, C. (2003), *El control de las cláusulas abusivas a través del Registro de Condiciones Generales de la Contratación… op. cit.*, p. 47, nota 63 (*vid*. nota 5 del presente trabajo) la aportación del art. 5 de la LCGC que desglosa la aceptación contractual (art. 1262 del CC), de la aceptación a la incorporación de las CGC. Como se ha visto, para esta última exige que el predisponente informe expresamente de su existencia al adherente y le facilite un ejemplar. De modo que, conforme a este precepto, el consentimiento al contrato puede no coincidir con el consentimiento a uno de sus elementos como son las CGC. Es decir, hay perfección del contrato si concurre consentimiento (art. 1258 del CC), o en otras palabras, "acuerdo nuclear" (*vid*. BALLUGERA GÓMEZ, C. (2006), *El contrato no-contrato*, *op. cit.*, pp. 46-48, al referirse a la certeza de la existencia del contrato, del acto mismo, con posibilidad de disenso o disociación del adherente al mismo, pues permanece la duda sobre si ha existido o no consentimiento del adherente sobre una u otra parte del contenido contractual, a lo que dicho autor llama "anfibología" y no "oscuridad" para enfatizar el carácter especial de esa duda), pero mientras la aceptación prestada por el adherente no se adapte a los requisitos de incorporación de las CGC (arts. 5 y 7 de la LCGC), éste no queda obligado a lo pactado.

[76] Según COCA PAYERAS, M. (1999), "El Registro de Condiciones Generales…", *op. cit.*, p. 96, hay dos realidades registrales diferentes: RCGC y la inscripción en el RP de los derechos plasmados en títulos consistentes en contratos celebrados bajo CGC.

[77] Para un estudio en profundidad sobre las razones de esta desconexión, *vid*. RUIZ-RICO RUIZ, C. (2003), *El control de las cláusulas abusivas a través del Registro de Condiciones Generales de la Contratación… op. cit.*, pp. 48 y ss.

[78] La norma también incluye a las sentencias estimatorias de acciones declarativas del carácter de CGC.

[79] Como veremos más adelante, el art. 221.1.2ª de la LEC pone en cuestión esta obligatoriedad de inscripción regulada en los arts. 11.4 y 22 de la LCGC, al establecer: "Si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente". Es decir, la LEC permite en este artículo que los Jueces y Tribunales decidan, según su propio criterio, si sus sentencias deben producir o no efectos *ultra partes*, por lo que decidirán en cada caso concreto si sus sentencias despliegan dichos efectos y si han de inscribirse o no en el RCGC. La redacción puede parecer dudosa en cuanto a este carácter voluntario, pero las sentencias del TS más recientes y que analizaremos más adelante no ofrecen dudas acerca de la interpretación que Jueces y Tribunales están realizando del art. 221.1.2ª de la LEC, pues, como veremos, claramente han dejado de verse obligados a acordar el efectos *ultra partes* de sus sentencias y a inscribirlas en el RCGC, especialmente en los casos en los cuales se aplica la doctrina del doble control de transparencia para el control de los elementos esenciales de un contrato.

[80] *Vid*. RAMÓN CHORNET, J. C. (2000), "Las condiciones generales de la contratación…", *op. cit.*, p. 2639.

[81] *Ibídem*, *op. cit.*, p. 2639.

canceladas, sustituidas o modernizadas. Por una parte, es lógico que se mantenga la integridad de la jurisprudencia recaída, pero, con el tiempo, esta falta de actualización podría generar un RCGC anticuado, contradictorio, inmanejable y confuso: piénsese en que la inscripción de sentencias en el RCGC precisa únicamente que se traten de sentencias firmes, es decir, no recurridas. Podría inscribirse una sentencia de una Audiencia Provincial, que declarase nula una determinada cláusula, y, sin embargo, en otro caso parecido, otra Audiencia Provincial o el Tribunal Supremo podrían fallar que la misma cláusula, en las mismas condiciones, por una interpretación diferente, no es nula ni abusiva. La sentencia inscrita que declara la nulidad de una cláusula podría no ser la última interpretación jurisprudencial posible sobre esa determinada cláusula, a pesar de haberse dictado en una sentencia que devino firme en su momento, al no ser recurrida por ninguna de las partes. Las sentencias inscritas no se cancelan por el hecho de que posteriormente recaigan otras sentencias contradictorias, ni siquiera en instancias superiores. El RCGC no va a dejar huella alguna de las sentencias contradictorias de las sentencias inscritas, sobre todo teniendo en cuenta que no se inscriben las sentencias desestimatorias[82]. Quizá podría haberse previsto algún tipo de clasificación cronológica en este sentido o haber previsto alguna solución a este problema, cosa que no se hizo.

En cuanto a la publicidad, es evidente que el RCGC es esencialmente un instrumento de publicidad, una institución dirigida a que los ciudadanos y las entidades de defensa de los consumidores puedan conocer de forma sencilla, rápida y segura, los modelos de CGC y las cláusulas declaradas nulas o no incorporadas al contrato por los Jueces y Tribunales. Por ello establece el art. 11 de la LCGC que el RCGC será público y que todas las personas tienen el derecho a conocer el contenido de los asientos registrales (arts. 11.5 y 6).

Por otro lado, la interposición de demandas individuales de nulidad o de no incorporación de CGC y el ejercicio de acciones colectivas de cesación, de retractación o declarativa del carácter de CGC de una determinada cláusula podrán ser objeto de anotación preventiva en el RCGC. Además, las resoluciones judiciales que, ante el ejercicio de una acción, acuerden la suspensión cautelar de la eficacia de una CGC, también serán objeto de anotación preventiva. Puede pensarse que esta suspensión cautelar sólo afectará a la concreta cláusula objeto del litigio y no a otras cláusulas idénticas contenidas en otros contratos, aunque sean del mismo predisponente. Pero si esto es así, no se ve la utilidad de la inscripción. Por ello parece preferible defender que esta suspensión de efectos tendrá el mismo alcance que la sentencia sobre todas las cláusulas idénticas del mismo predisponente (efectos *ultra partes* y *ultra contrato*, siempre que se trate del mismo predisponente)[83].

Las anotaciones preventivas se practican en todo caso en virtud de mandamiento judicial (art. 11.8.c) de la LCGC) y, lo mismo que ocurre en el ámbito del Registro de la Propiedad, tendrán una vigencia temporal de cuatro años a contar desde su fecha, y serán prorrogables hasta la terminación del procedimiento en virtud de mandamiento judicial (que habrá que presentar antes de que expire el plazo de vigencia de la anotación, que hay que entender que es de caducidad). Es decir, que si la anotación es prorrogada ya no caduca nunca y no puede ser cancelada si no es por mandamiento dictado por el Juzgado que la ordenó. Tal vez, hubiese sido preferible establecer un sistema de prórrogas sucesivas de cuatro años, sobre todo teniendo en cuenta que en este Registro no existe un expediente de liberación de cargas y gravámenes ya inexistentes pero imposibles de cancelar[84].

En caso de persistencia en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas, cuando así se acredite suficientemente al Registrador del RCGC, se podrá solicitar la inscripción a instancia de cualquier adherente o legitimado para interponer acciones colectivas, presumiéndose que existe persistencia en la utilización cuando los contratos en que se incorporen cláusulas declaradas judicialmente nulas tengan fecha posterior a la sentencia, siempre que hayan transcurrido tres meses desde la fecha de la inscripción en el RCGC de la sentencia firme (art. 15 del RRCGC, donde se regula con detalle esta inscripción).

---

[82] *Ibídem*, *op. cit.*, p. 2629.

[83] *Ibídem, op. cit.*, p. 2630 y nota 6, en la cual el autor hace la siguiente reflexión: "Suspensión que paradójicamente terminará cuando recaiga la sentencia, aunque ésta sea estimatoria pero no se firme. ¿Cabría extender la suspensión hasta la terminación definitiva del pleito en cualquier instancia?"

[84] *Ibídem, op. cit.*, nota 7, el autor afirma que en el ámbito del Registro de la Propiedad la LEC (2000) modificó el sistema dando nueva redacción al artículo 86 de la LH. A partir de la entrada en vigor de esta reforma las anotaciones prorrogadas caducan a los cuatro años de la fecha de la anotación de prórroga, pero pueden ser indefinidamente prorrogadas en los mismos términos. En este sentido, afirma: "Dada la ambigua redacción de la LCGC, pienso que este mismo sistema, mucho más acertado, puede ser aplicado en el ámbito del RCGC."

Ahora bien, siempre que la nulidad haya sido declarada con motivo del ejercicio de una acción colectiva de cesación, que supone un enjuiciamiento en abstracto de la cláusula en cuestión, y donde se admite siempre el recurso de casación ante el TS (*ex* art. 18.3 de la LCGC[85]: si el interesado no recurre hasta la casación, deberá atenerse a las consecuencias), la sentencia debe condenar al demandado a eliminar de sus CGC las que haya considerado nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo (art. 12.2 de la LCGC). En este caso, la persistencia supone el incumplimiento de un mandato judicial y, ante este incumplimiento, lo lógico es que el adherente, que por definición será persona distinta de la entidad que ejercitó la acción colectiva, o incluso cualquiera de las entidades legitimadas para ejercitar esta acción, acudan al juez para exigir el cumplimiento de la sentencia, y no que soliciten la constancia registral de la ilegalidad. No tiene sentido publicar el incumplimiento, sino exigir el cumplimento[86].

Por el contrario, si la nulidad ha sido declarada como consecuencia del ejercicio de una acción individual, la utilización de la cláusula en otros contratos no supone ninguna ilegalidad y, por tanto, no cabe hablar de persistencia y no debe proceder inscripción alguna.

En cuanto a la cancelación de las anotaciones, cabe distinguir:

a) Anotaciones: las anotaciones preventivas se cancelarán por mandamiento judicial si la acción no prospera o si se revoca la suspensión cautelar (art. 2 del RRCGC). Aunque el RRCGC no lo dice, hay que entender que también se cancelarán cuando la acción prospere y se inscriba la sentencia definitiva. El problema se plantea cuando la sentencia sea desestimatoria y, por tanto, según el artículo 11.4 de la LCGC, no inscribible, pero el juez haya olvidado remitir al Registro el mandamiento cancelatorio. Para este caso está prevista la caducidad de la anotación. El borrador del RRCGC no se refería para nada a la cancelación de las anotaciones caducadas, con lo que no quedaba claro a iniciativa de quién o con motivo de qué se practicará la cancelación de las anotaciones caducadas, o incluso si tales anotaciones se cancelan expresamente o simplemente pierden su vigencia. Por el contrario, el Reglamento aprobado dice que las anotaciones preventivas se cancelarán por caducidad, siempre que no hayan sido prorrogadas a instancia de parte interesada. Pero el problema se produce, al igual que en el Registro de la Propiedad, en relación con las anotaciones prorrogadas: estas anotaciones no caducan nunca y sólo se cancelan en virtud de resolución judicial que acredite la finalización del procedimiento. Si esta resolución no se produce o no llega al Registro, cosa que es más fácil que ocurra si la sentencia es desestimatoria y, según el repetido artículo 11.4 de la Ley, no inscribible, estos asientos provisionales y probablemente engañosos (porque la demanda no triunfa) habrán trascendido su humilde condición para alcanzar la vida eterna. No existe en este Registro ninguna vía alternativa para su cancelación (como ocurre en el Registro de la Propiedad con el expediente de liberación de cargas y gravámenes)[87].

b) Inscripciones: Con arreglo a la LCGC, los asientos de inscripción de sentencias o de CGC no caducan ni se cancelan por ninguna causa. Probablemente existe aquí una laguna legal. Con el tiempo y las renovaciones contractuales las inscripciones se fosilizarían y el RCGC podría acabar lleno de asientos inútiles que lo hagan inmanejable. Así, parece claro que, al menos los modelos de CGC de las empresas deben poder ser periódicamente actualizados conforme vayan cayendo en desuso, y esto es lo que ahora prevé el artículo 12 del RRCGC, salvando la laguna legal. Asimismo, sería completamente absurda la imposibilidad de cancelar las inscripciones de persistencia en la utilización de cláusulas nulas, y también aquí el RRCGC viene a llenar la laguna legal en su artículo 14.4[88].

---

[85] El art. 18 de la LCGC fue derogado por el número 2.15.º de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000, 7 enero, de Enjuiciamiento Civil («B.O.E.» de 8 enero de 2001). *Vigencia: 8 de enero de 2001*, aunque entendemos que se mantiene la misma idea, pues sigue siendo admisible el recurso de casación al TS en estos casos, siempre que se cumplan con los requisitos de los arts. 477 y ss. de la LEC.

[86] *Ibídem, op. cit.*, p. 2631 y, en el mismo sentido, *vid*. GARCÍA DE ENTERRÍA, J. (1998), "La pretendida vinculación de los jueces a las sentencias del TS en materia de cláusulas abusivas. Sobre la inconstitucionalidad del artículo 20.4 LCGC", *La Ley*, 1 de octubre de 1998.

[87] Lo que cambió con la entrada en vigor de la LEC (2000) y, en concreto, la nueva redacción del art. 86 de la LH a la que nos hemos referido antes.

[88] El art. 14.4 del RRCGC establece: "El registrador suspenderá el depósito de las condiciones generales ilegibles en tanto se aclaran sus términos por el predisponente, sin perjuicio de las facultades que en el ejercicio de la función jurisdiccional corresponde a jueces y tribunales."

3.2. ¿Registro jurídico o administrativo?

Se ha discutido por la doctrina si el RCGC se configura realmente como un registro jurídico. La conclusión, la avanzamos ya, es que sí. Siguiendo a RUIZ-RICO[89], lo primero que habría que decir es que la transcendencia jurídica equivale a la eficacia jurídica y si el RCGC goza de ésta, su naturaleza es también jurídica[90].

El carácter eminentemente jurídico del RCGC deriva del propio Preámbulo de la LCGC[91] y de la Exposición de Motivos del RRCGC[92] y que se resume en tres puntos:

- Los efectos *erga omnes* que la inscripción atribuye a la declaración judicial de nulidad.

- Los efectos prejudiciales que producen los asientos relativos a las sentencias.

- El cómputo del plazo de prescripción de las acciones colectivas.

Dicha naturaleza puede ser dudosa a tenor de lo dispuesto en el art. 1 del RRCGC, al concebirlo como un "Registro de transcendencia jurídica en el tráfico privado"[93]. Sin embargo, y a pesar de este giro gramatical, cabe recordar el objeto inscribible con el fin de precisar los efectos de su esencia jurídica. En este sentido, el art. 1 del RRCGC comprende tanto la registración de CGC (formularios) como de resoluciones judiciales.

En cuanto a las primeras, su regulación se complementa por el art. 5 del RRCGC, relativo a la inscripción del depósito de las CGC. La concepción jurídica del RCGC implica pues, la extensión de su protección a los formularios inscritos[94]. Teniendo en cuenta que éstos se componen de un conjunto de cláusulas, debería entenderse que la garantía registral abarca de forma particular a cada una de ellas. No obstante, y como se ha visto, esta consecuencia tuitiva derivada del alcance jurídico del RCGC no se corresponde con el nivel de calificación exigido por el RRCGC. La exigüidad de la misma puede favorecer, como expusimos antes, el acceso al RCGC de cláusulas abusivas, ya que el Registrador del RCGC no efectúa una valoración de la validez negocial[95]. De ahí que la registración de CGC (formularios) otorgue amparo jurídico a todas las propuestas contractuales inscritas, integrantes de un mismo clausulado.

Pero esta derivación intrínseca a la juridicidad del RCGC puede tornarse en contra del consumidor. La intangibilidad jurídica de lo inscrito le obligaría a destruir la apariencia de legalidad que proporciona el RCGC. En opinión de RUIZ-RICO[96], la salvaguarda de los Tribunales no se limitaría a los asientos realizados en virtud de resolución judicial firme, sino también al depósito de CGC[97]. Aunque el Preámbulo de la LCGC y la Exposición de Motivos del RRCGC sostienen que la naturaleza jurídica del RCGC procede fundamentalmente de los efectos asignados a las sentencias, el art. 1 del RRCGC, al reconocer su condición jurídica, incluye dentro de su objeto tanto aquéllas como las CGC, por lo que la no distinción entre ambas en el momento de

---

[89] *Vid*. RUIZ-RICO RUIZ, C. (2003), *El control de las cláusulas abusivas a través del Registro de Condiciones Generales de la Contratación…, op. cit.,* pp. 39-44.

[90] La Instrucción de la DGRN de 19 de febrero de 2002, sobre la actuación de los Registradores de bienes muebles en las transmisiones de vehículos gravados, reconoce que el Registro de Bienes Muebles es un Registro de titularidades jurídicas. Según RAMÓN CHORNET, J. C. (2000), "Las condiciones generales de la contratación…", *op. cit.*, p. 2646 y 2648, el RCGC produce ciertos efectos jurídicos.

[91] Este efecto eminentemente jurídico sería el "(…) derivado de los efectos *erga omnes* que la inscripción atribuye a la declaración judicial de nulidad y de los efectos prejudiciales, así como del cómputo del plazo de prescripción de las acciones colectivas". Aunque haciendo la salvedad de que las funciones calificadoras nunca se extenderán a lo que es competencia judicial (la apreciación de la nulidad de las cláusulas), pero reconociendo las funciones jurídicas de las anotaciones preventivas. Sin embargo, dicha excepción contradice el ámbito de calificación fijado en la LH y el RRM para los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, según lo ya expuesto y comprobado.

[92] Tal juridicidad deriva, según la Exposición de Motivos del RRCGC de los efectos *erga omnes* de la inscripción, de los efectos prejudiciales que producen los asientos relativos a las sentencias y del cómputo del plazo de prescripción de las acciones colectivas.

[93] En esta línea, ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1987), "La interpretación de las condiciones generales de los contratos", *Revista de Derecho Mercantil*, nº 183-184, pp. 7-62, lo califica de administrativo porque la competencia es del Ministerio de Justicia y por ser un registro de formularios contractuales. También: CABANAS TREJO, R., BONARDELL LENZANO, R. (2001), *El Registro..., op. cit.*, p. 24.

[94] Para MARCO MOLINA, J. (1999), "La modificación por la nueva LCGC del sistema de publicidad formal en el Registro de la Propiedad", en ESPIAU ESPIAU, S. (coord.), *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, Madrid: Marcial Pons, p. 157, el Proyecto de la LCGC asignaba al Registrador facultades cuasi jurisdiccionales, pues se le obligaba a denegar la inscripción de cláusulas que fueran nulas con lo que debía tomar la decisión sobre la licitud de la cláusula.

[95] Como reconocen CABANAS TREJO, R., BONARDELL LENZANO, R. (2001), *El Registro…, op. cit.,* p. 26, no se garantiza la veracidad ni la legalidad.

[96] *Vid*. RUIZ-RICO RUIZ, C. (2003), *El control de las cláusulas abusivas a través del Registro de Condiciones Generales de la Contratación…, op. cit.,* p. 42.

[97] Esta constituye una de las diferencias respecto de los registros administrativos, pues lo inscrito en un registro jurídico no puede ser destruido más que por la vía judicial.

reconocerse la transcendencia jurídica del RCGC, implica la atribución de idénticos efectos a nivel registral. Ni siquiera el hecho de que puedan llegar a almacenarse los formularios de forma desproporcionada en este RCGC altera la anterior consideración[98].

Salvo que se opte por la bifurcación de sus efectos, reservando los de carácter jurídico para las cláusulas declaradas nulas por sentencia judicial firme, y los administrativos o de control respecto de las CGC (formularios)[99]. Esta interpretación podría ser más acorde con el art. 17.3 del RRCGC[100], por reducir a las cláusulas inscritas en virtud de una declaración judicial de nulidad la obligación jurídica impuesta a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles (sin mencionar la inscripción de CGC), de modo que, al quedar sujetos dichos registros a tales cláusulas, declaradas nulas por sentencia judicial firme inscrita en el RCGC, parece evidente que la naturaleza del RCGC ha de ser jurídica. Si se tratase de un registro puramente administrativo no tendría la capacidad para influir en las funciones de otros registros jurídicos. De todas formas, aunque pudiera llegar a considerarse que, en lo relativo al registro de CGC (formularios) el RCGC funciona como un registro administrativo o de simple depósito, esto no sería del todo cierto, pues la inscripción de dichos formularios produce la presunción *iuris tantum* de su validez y provoca el inicio del cómputo del plazo de prescripción de las acciones colectivas de cesación. Por tanto, y a la postre, debemos defender que la naturaleza del RCGC, tanto en lo que se refiere a la inscripción de CGC (formularios) como a la inscripción de sentencias judiciales que declaran la nulidad de una cláusula abusiva, tiene un carácter jurídico, porque produce efectos jurídicos en los dos ámbitos. En consecuencia, la naturaleza del RCGC, globalmente considerado, es claramente jurídica, a pesar de las críticas y de las dudas.

Sin embargo, se puede afirmar que, dada la parca calificación registral prevista para las CGC en su acceso al RCGC, si se extrapola la juridicidad registral existente en el ámbito del Registro de la Propiedad y Mercantil a las CGC (depósito de formularios), es decir, si se afirma (como hacemos) el carácter jurídico del RCGC, sin modificar las facultades calificadoras del Registrador del RCGC, es evidente que esto hace peligrar los intereses de los consumidores. La consolidación jurídica de las cláusulas abusivas incluidas en los formularios inscritos, así como las dificultades para destruir los efectos del RCGC (obligando a los adherentes a interponer recursos registrales y demandas judiciales) aumentan su indefensión y conformismo. Dicho de otro modo, aunque la configuración del RCGC en el ámbito de la inscripción de CGC (formularios) funciona como un mero archivo (con fines informativos), al configurarse realmente como un registro jurídico, que produce efectos jurídicos (la presunción *iuris tantum* de la validez de los formularios inscritos y el inicio del cómputo del plazo de prescripción de las acciones colectivas de cesación) hace que los consumidores salgan perjudicados. Y todo por la calificación, como ya se ha expuesto antes, una calificación registral que no alcanza el nivel deseado y se queda en un mero control de los requisitos formales. Por ende, y como reverso a este desamparo a los adherentes, el carácter jurídico del RCGC contribuye a reforzar la tutela legal de los profesionales que consiguen inscribir sus formularios, aun pudiendo contener aspectos abusivos[101].

Lo único que podría dotar de mayor seguridad jurídica a los adherentes sería que la calificación registral de las CGC (formularios) por parte del Registrador del RCGC se modificara legislativamente, ampliando sus facultades, permitiéndole ir más allá de un control meramente formal, valorando la posible abusividad de las cláusulas. Sin embargo, con la regulación actual ello no es posible: la inmisión en un ámbito tan acotado

---

[98] Sin embargo, PAGADOR LÓPEZ, J. (1999), *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas: La Ley de Condiciones Generales de Contratación*, Madrid: Marcial Pons, p. 594, se inclina por el sistema de depósito de CGC, criticándolo como inútil, costoso e inviable y reconociendo la inutilidad de inscribirlas en un Registro público. Por otro lado, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H. (2008), *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas, op. cit.,* p. 71, dice: "el Registro, que considera las cláusulas aisladamente, como si tuvieran entidad o identidad propias, carece casi totalmente de sentido".

[99] Así lo sugiere RUIZ-RICO RUIZ, C. (2003), *El control de las cláusulas abusivas a través del Registro de Condiciones Generales de la Contratación…, op. cit.*, p. 43, quien, además, en la nota 57, añade: "Se considera que los registros administrativos no dan derechos por sí mismos (a diferencia de los de transcendencia jurídica) sino que sirven sólo de aseguramiento de lo adquirido o medio de prueba y pretenden ejercer un control". Recordemos lo ya expuesto en la nota 71 del presente trabajo: algunos autores defienden que la calificación registral atenuada del RCGC puede compararse con la derivada de la técnica del depósito en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de las empresas, aunque como ya se ha visto que en el Registro de Bienes Muebles el ámbito de calificación de las CGC y, por tanto, de sus efectos de publicidad jurídica es mayor (*Vid.* GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (2000), "El Registro de Condiciones Generales de Contratación", en NIETO CAROL, U. (director), *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas abusivas*, Valladolid: Lex Nova, pp. 361-363, citado a su vez por GÓMEZ PERALS, M. (2006), "La nulidad de las condiciones generales de contratación en la calificación registral", *op. cit.*, p. 3, nota 21; *vid.*, asimismo, nota 72 del presente trabajo).

[100] Art. 17.3 del RRCGC: "Los notarios y los registradores de la propiedad y mercantiles no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretendan contener o se incluyan cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales".

[101] *Vid.* CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L.M. (1998), *La protección registral…, op. cit.*, p. 412.

materialmente singulariza el RCGC, distanciándolo de sus precedentes más significativos (Registro de la Propiedad y Registro Mercantil). Y sus especialidades, admitidas reglamentariamente, plantean, incluso, la pregunta de si la supervivencia jurídica del RCGC es realmente necesaria, precisamente debido a la quiebra que introducen dichas especialidades en el sistema registral. Es decir, que, a pesar de su naturaleza jurídica, por culpa de todas estas perturbaciones que puede producir el RCGC en otros Registros, lo que desde un buen comienzo ha estado en duda ha sido, no tanto su carácter jurídico o administrativo sino más bien, y, sobre todo, su credibilidad jurídica.

4. Efectos de las sentencias inscritas en el RCGC

4.1. El control de las cláusulas abusivas

Tal y como se ha expuesto anteriormente, el régimen de las cláusulas abusivas viene determinado por tres niveles: a) la contradicción con norma imperativa: conforme al art. 8.1 de la LCGC; b) la contradicción con la buena fe y el desequilibrio de derechos y obligaciones, conforme a lo dispuesto por el art. 82.1 del TRLGDCU[102]; c) la «lista negra»: junto a dicha regla general, el párrafo 4º del art. 82.1 del TRLGDCU anuncia una lista de cláusulas que se reputan abusivas "en todo caso", lista que se desarrolla en los arts. 85 a 90 del TRLGDCU.

Por otro lado, dice el art. 83 del TRLGDCU que "las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas".

En este esquema, como ya se ha indicado anteriormente, en los niveles a) y c) la determinación del contenido contractual podría llevarse a cabo por el Registrador de la Propiedad y/o el Registrador Mercantil, correspondiendo el nivel c) a los Jueces y Tribunales.

Por lo demás, para que la cláusula sea nula, debe ser una cláusula impuesta. Esta exigencia deriva del propio concepto de CGC que veíamos al principio y, en el caso de la cláusula abusiva, de la definición del art. 82.1 del TRLGDCU, que excluye *per se* del concepto de cláusula abusiva, aquella que haya sido negociada individualmente[103]. La predisposición presume, pero no implica, la imposición.

Centrándonos en el llamado «control de contenido», en relación con las CGC, se ha venido entendiendo que, frente al previo «control de incorporación», dicho «control de contenido» corresponde en exclusiva a los jueces. Así lo proclama la Exposición de Motivos de la LCGC y resulta, por lo demás, lógico, si tenemos en cuenta que el art. 82.3 del TRLGDCU establece que "el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa"[104].

No obstante, la DGRN (Resolución de 4 de noviembre de 2010) dice:

> El registrador podrá realizar una mínima actividad calificadora de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de

[102] El cual indica que "se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".

[103] *Vid*. LONGO MARTÍNEZ, A. A. (2011), "La obligación notarial de abstención…", *op. cit.*, p. 111, con mención de la Circular 1/1998, del Consejo General del Notariado, que señala: "se excluye la calificación de condición general si la cláusula en cuestión ha sido objeto de una negociación individual, incluso cuando habiendo sido prerredactada el resultado de la negociación es el mantenimiento de la redacción inicial, siempre que haya habido una auténtica negociación y realmente hubiese sido posible una modificación", y añade que "la redacción con arreglo a minuta es requisito necesario —aunque no suficiente— para que pueda entenderse que la escritura contiene condiciones generales". En el mismo sentido, *vid*. CABANAS TREJO, R., NAVARRO VIÑUALES, J. M. (1998), "La intervención notarial en la nueva Ley sobre condiciones generales de la contratación: una propuesta de reflexión", *La Notaría*, nº 5, pp. 161-208, al estudiar la LCGC, señalan: "Debe quedar muy claro que, a pesar de su nombre, las cláusulas abusivas no son cláusulas estigmatizadas por sí mismas, pues se mueven en el espacio de maniobra que reconoce el Derecho dispositivo —en otro caso, estarían prohibidas sin más—, sino que el estigma les viene por el hecho de que el consumidor no haya podido influir sobre su contenido. Por supuesto, al consumidor le basta con probar el acto de predisposición en sí, incluso meramente inducido de la reiteración del clausulado en otros contratos, para que recaiga sobre el profesional la carga de tener que probar que efectivamente el consumidor ha podido ejercer esa influencia".

[104] *Vid.* CABANAS TREJO, R., NAVARRO VIÑUALES, J. M. (1998), "La intervención notarial en la nueva Ley sobre condiciones generales de la contratación…", *op. cit.*, pp. 161-208: "la apreciación del carácter abusivo de una cláusula requiere una valoración circunstanciada del contrato —y de otros conexos— que el Notario no está en condiciones de hacer [...]. Los notarios no están en situación de anatemizar cláusulas que contractualmente son válidas, aunque puedan ser abusivas en atención a las circunstancias de un caso concreto, solo si no ha existido negociación individual".

> aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto.
>
> (…)
>
> Dicho de otro modo, el control sobre dichas cláusulas deberá limitarse a las que estén afectadas de una causa directa de nulidad apreciable objetivamente —porque así resulte claramente de una norma que la exprese—, sin que puedan entrar en el análisis de aquellas otras que, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados o que puedan ser incluidos en el ámbito de la incertidumbre sobre el carácter abusivo —por ejemplo, basado en el principio general de la buena fe o el desequilibrio de derechos y obligaciones—, solo podrán ser declaradas abusivas en virtud de una decisión judicial.

No nos interesa ahora entrar en la cuestión de hasta qué punto esta nueva doctrina de la DGRN resulta contraria a la redacción que la Ley 41/2007 dio al art. 12 de la LH, según el cual, en las operaciones garantizadas con hipoteca, el Registrador debe limitarse a hacer constar, sin calificar, las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras. Lo que la DGRN está diciendo es que existen cláusulas que deben ser consideradas objetivamente abusivas, porque así resulta claramente de una norma que lo expresa. Esto mismo es lo que dice la Circular 1/98 del Consejo General del Notariado (CGN), cuando, después de decir que "los notarios no pueden valorar si una determinada cláusula es o no abusiva salvo que previamente exista una sentencia firme al respecto", añade: "No ocurrirá así con determinadas cláusulas que, directamente y sin necesidad de una valoración previa, resulten contrarias a una norma concreta —algunas de las recogidas en la «lista» tienen ese carácter—; en estos casos, el Notario debe rechazar su incorporación por aplicación del art. 145 del Reglamento Notarial".

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (sección 3ª) de 1 de abril de 2011 (recurso 177/2010), apoyándose de modo decisivo en las antes citadas resoluciones de la DGRN y después de reconocer la facultad del Registrador para calificar las cláusulas de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario, declara: "En conclusión, pueden claramente los registradores calificar y apreciar como abusiva una cláusula cuando esta sea alguna de las tipificadas en los arts. 85 a 90 del TRLGDCU, que son las que no requieren de juicio de ponderación alguno". Como se indicaba antes, hay algunas cláusulas de la lista desarrollada en dichos artículos en las que, utilizando los mismos términos de la Resolución antes transcrita de 4 de noviembre de 2010, se contienen "conceptos jurídicos indeterminados o que pueden ser incluidos en el ámbito de la incertidumbre sobre el carácter abusivo". Por ejemplo, la del número 6 del art. 87: "Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en el contrato". En relación con las mismas, sí se requiere ese juicio de ponderación del que habla la Audiencia, por lo que no parece que ni el Notario ni el Registrador —y así lo reconoce dicha Resolución— tengan facultades para apreciar el carácter abusivo, requiriéndose sentencia judicial que así lo estime[105].

Puede entenderse, en consecuencia, que de lo dispuesto en el art. 8.2 de la LCGC y de su remisión a los actuales arts. 82 y ss. del TRLGDCU, resulta que la nulidad de una CGC puede derivar:

a) De que así esté previsto en una determinada disposición legal. En este supuesto, su inadmisibilidad derivará de dicha disposición vulnerada y procederá con arreglo a la misma y por aplicación del art. 6.3 del CC, con independencia de su eventual carácter abusivo, de modo que seguirá siendo nula encaje o no en el concepto o regla general de cláusula abusiva del art. 82.1 del TRLGDCU o en el listado de los arts. 85 a 90 del mismo —y, en ocasiones, incluso con independencia de que se trate o no de una condición general.

Es el caso de la norma del art. 54.2 de la LEC, según el cual, y en sede de determinación de la competencia territorial, "no será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios"; un supuesto que parece de contenido más amplio que el que contemplado en el art. 90 del TRLGDCU, al referirse como cláusula abusiva a "la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquel en que se encuentre el bien si este fuera inmueble".

[105] *Vid*. LONGO MARTÍNEZ, A. A. (2011), "La obligación notarial de abstención…", *op. cit.*, p. 112.

b) Por otro lado, la nulidad puede derivar del hecho de tratarse de una cláusula abusiva, y ello, a su vez, por dos razones diferentes:

b.1) Por resultar así de la regla general del art. 82.1 del TRLGDCU, esto es, cuando, no habiendo sido negociada individualmente, la misma provoca, frente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio entre las contraprestaciones de los contratantes. Este es un juicio reservado, con toda lógica, a los Jueces y Tribunales. El Notario o el Registrador de la Propiedad o Mercantil no pueden hacer ninguna valoración relativa a si una determinada cláusula está viciada por abusiva de acuerdo con esos requisitos generales.

b.2) Por estar incluidas dentro de la lista de los arts. 85 a 90 del TRLGDCU[106], dentro de las cuales, a su vez, puede también hablarse de dos subgrupos:

b.2.1) Aquellas que se entienden incluidas en el enunciado de alguno de dichos artículos —posibilidad que parece admisible más claramente en los casos de los arts. 85, 86 o 87 del TRLGDCU— o que lo están de modo expreso en la lista propiamente dicha, si bien con una redacción que utiliza, en los términos ya repetidos de la Resolución antes transcrita, "conceptos jurídicos indeterminados, o que pueden ser incluidos en el ámbito de la incertidumbre sobre el carácter abusivo". Por ejemplo, las ya también citadas de los arts. 85.6 o 87.6. Se trataría de lo que antes hemos calificado como «lista gris». En relación con las mismas, será necesario que el carácter abusivo sea apreciado en la correspondiente sentencia judicial.

b.2.2) Aquellas cláusulas de la lista que resultan objetivamente apreciables como abusivas —la llamada propiamente «lista negra»—, como sería, por ejemplo, la del art. 90.3: "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley correspondan al empresario". Si atendemos a la más reciente doctrina de la DGRN —a pesar de los términos desafortunados de la SAP de Tarragona de 1 de abril de 2011 antes comentada—, el control de legalidad que respecto de las mismas se predica que corresponde a los Registradores de la Propiedad alcanzaría, con mucho más fundamento, a la actuación notarial, sujeta al mandato del art. 145 del RN[107] y extensible a todo el clausulado del documento, tenga o no trascendencia real o hipotecaria.

Apreciada por los tribunales, conforme a la normativa expuesta, la nulidad de una determinada cláusula, e inscrita la sentencia en el RCGC, entra en juego el mandato dirigido a Notarios y Registradores de la Propiedad, en el art. 84 del TRLGDCU[108], y, específicamente a los Notarios, en el art. 147.3 del RN[109]. Este mandato también se regulaba en el art. 17.2 del RRCGC[110] pero dicho apartado fue anulado por la STS (Sala Tercera) de 19 de febrero de 2002.

El referido mandato a Notarios y Registradores de la Propiedad tiene un carácter fundamentalmente instrumental, tendente a excluir del tráfico jurídico las cláusulas que han sido declaradas abusivas por sentencia judicial. Ello requiere, en buena lógica, de la existencia de una norma que lo sustente, es decir, que

---

[106] Recordemos que LASARTE ÁLVAREZ, C. (2017), *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, *op. cit.*, pp. 141-145 considera que los arts. 85 a 90 del TRLGDCU son una «lista gris», mientras que LONGO MARTÍNEZ, A. A. (2011), "La obligación notarial de abstención…", *op. cit.*, p. 112, a quien seguimos en este punto, distingue entre los dos subgrupos dentro de dichos artículos, los que utilizan conceptos jurídicos indeterminados (la «lista gris», cuyo control está limitado a los jueces) y los que regulan cláusulas objetivamente abusivas (la «lista negra», cuyo control se extiende a Notarios y Registradores de la Propiedad, con sus matizaciones).

[107] El art. 145 del RN dispone: "La autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes. Dicha autorización e intervención tiene carácter obligatorio para el notario con competencia territorial a quien se sometan las partes o corresponda en virtud de los preceptos de la legislación notarial".

[108] El art. 84 del TRLGDCU dispone: Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación".

[109] *Vid*. LONGO MARTÍNEZ, A. A. (2011), "La obligación notarial de abstención…", *op. cit.*, p. 113. El art. 147, párrafo 3º, del RN dispone: "En el texto del documento, el notario consignará, en su caso, que aquél ha sido redactado conforme a minuta y si le constare, la parte de quien procede ésta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación. Asimismo, el notario intervendrá las pólizas presentadas por las entidades que se dedican habitualmente a la contratación en masa, siempre que su contenido no vulnere el ordenamiento jurídico y sean conformes a la voluntad de las partes".

[110] El art. 17.2 del RRCGC disponía, antes de ser anulado por la STS (Sala Tercera) de 19 de febrero de 2002: "2. Las sentencias firmes obtenidas en el ejercicio de acciones colectivas deberán inscribirse, conforme al art. 22 de la Ley, en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, y vincularán a los jueces y tribunales en ulteriores procesos en los términos previstos en su art. 20, siempre que en el proceso sea parte el mismo predisponente".

determine cuáles son los efectos de la declaración de nulidad contenida en la sentencia: en definitiva, el ámbito del tráfico jurídico —en sentido objetivo y subjetivo— del que la misma debe quedar excluida. En este punto, resulta ineludible determinar si tales efectos se extienden a quienes no fueron parte en el procedimiento que dio lugar a dicha sentencia.

Esto es, ciertamente, lo anunciado en la Exposición de Motivos de la LCGC, según la cual:

> El carácter eminentemente jurídico de este Registro deriva de los efectos *erga omnes* que la inscripción va a atribuir a la declaración judicial de nulidad, los efectos prejudiciales que van a producir los asientos relativos a sentencias firmes en otros procedimientos referentes a cláusulas idénticas.

En el mismo sentido, la Exposición de Motivos del RRCGC establece:

> El efecto *erga omnes* y prejudicial de la sentencia se determina en el art. 20 de la Ley. En particular, su apartado primero establece que "la sentencia estimatoria obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción de cesación impondrá al demandado la obligación de eliminar de sus condiciones generales las cláusulas que declare contrarias a lo prevenido en esta Ley o en otras leyes imperativas, y la de abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo; por otra parte, aclarará la eficacia del contrato". Además, según su apartado cuarto, "la sentencia dictada en recurso de casación conforme al art. 18.3 de esta Ley, una vez constituya doctrina legal, vinculará a todos los ulteriores jueces en los eventuales ulteriores procesos en que se inste la nulidad de cláusulas idénticas a las que hubieran sido objeto de la referida sentencia, siempre que se trate del mismo predisponente".

Por tanto, entre las reglas propias de este régimen está la nulidad parcial, con el efecto *ultra partes* o prejudicial de las sentencias de nulidad o no incorporación, sean individuales o colectivas, basado en los arts. 22 de la LCGC, 222.4 y 421.1.II de la LEC, y, por otro lado, el efecto *erga omnes*, es decir, el efecto tanto registral como procesal regulado inicialmente en el art 20 de la LCGC, que fue derogado por la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC).

4.2. La nulidad parcial del contrato

Siguiendo en este apartado a BALLUGERA GÓMEZ[111], en la perspectiva del Derecho tradicional codificado la contravención de la ley llevaba consigo la nulidad de todo el contrato, no de una cláusula o de una parte del contrato. Ese efecto demoledor se reiteró en el art. 6.3 del CC[112], pero limitando la nulidad a la contravención de la norma imperativa o prohibitiva.

La nulidad total como consecuencia de la contravención de la ley es demoledora, lo que en el contrato con personas consumidoras y adherentes da lugar a su resolución con devolución de las prestaciones. Ese efecto va contra la retención del bien o servicio por la persona consumidora, bien o servicio que, como base de su bienestar, le es esencial. La persona consumidora no puede tolerar la resolución del contrato con pérdida del bien o servicio porque esa pérdida es la desaparición de su bienestar[113]. La nulidad total no protege ni a los deudores en general ni a las personas consumidoras y adherentes en particular. Para proteger a la persona consumidora es esencial la nulidad parcial del contrato, con expulsión de la cláusula declarada nula por abusiva, y el control del contenido sobre la definición del objeto principal del contrato y la relación calidad/precio.

Respecto a la primera cuestión, es decir, la nulidad parcial, cabe decir, ante todo, que es el modo propio de proteger a las personas consumidoras y adherentes que buscan en el mercado un bien o servicio, pero no es el remedio para la persona adherente que invierte o ahorra. En esos supuestos, como pueden ser los casos

---

[111] *Vid*. BALLUGERA GÓMEZ, C. (2018), "Nulidad parcial del contrato, fracaso del Registro de la letra pequeña y colapso de los juzgados", *Revista de Derecho vLex*, nº 169, junio 2018, pp. 1-9.

[112] Según modificación operada por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil (BOE núm. 163, de 9 de julio de 1974, pp. 14.269 – 14.275 (7 páginas).

[113] Como señala BALLUGERA GÓMEZ, C. (2018), "Nulidad parcial del contrato", *op. cit.*, p. 2: "Lo inadecuado de la nulidad total del contrato se ve con bastante claridad en la Ley de represión de la usura de 1908. Si los intereses del préstamo son declarados usurarios por un juez, el préstamo es nulo en su totalidad y el deudor tiene que devolver todo el dinero desde luego. Si la usura es un drama, la ley que la reprime ni la elimina ni la alivia. El deudor asediado por las deudas tiene que sumar a las preexistentes la que nace de la nulidad protectora. De pronto tiene que devolver todo el dinero con el que pensaba tapar algunos agujeros. El resultado de tan ingenioso remedio no es otro que la inoperancia secular de esta ley".

de las preferentes y subordinadas, de las acciones de Bankia y otros fraudes, el remedio no es otro que la nulidad total con restitución de la inversión o ahorro y sin perjuicio de los descuentos procedentes por los eventuales beneficios obtenidos en el ínterin[114]. Por otro lado, cabe matizar que no es que primero tuviéramos la nulidad total y luego una ley introdujera la nulidad parcial. Ha habido cierta evolución doctrinal y jurisprudencial. Pese al mantenimiento formal en la ley de la nulidad total, paralelamente, la aparición de la contratación masiva con el desarrollo del capitalismo hizo que la doctrina y la jurisprudencia se alzaran contra el catastrófico efecto para los consumidores de la nulidad de todo el contrato en caso de contravención de la ley, de modo que se fue abriendo paso con fuerza la doctrina de la conservación del negocio jurídico, que junto a la proscripción del abuso de derecho en la reforma de 1973 del título preliminar del CC[115] nos puso a las puertas de la reforma democrática del Estado realizada con la Constitución de 1978.

Las piezas de esa reforma se arman con la LCGC por medio de la definición legal de las CGC y con la nulidad parcial del contrato recogida en el art. 8.1 de la misma[116]. La LCGC recoge de manera clara, con carácter general, una definición legal de las CGC en su art. 1. Sin embargo, sus efectos y su carácter imperativo pasaron desapercibidos, como pasó desapercibida su conexión con el art. 8.1 de la LCGC y su conexión, como condición "sine qua non" de la nulidad parcial. Las CGC y las cláusulas no negociadas individualmente, al margen de sus requisitos técnicos, centrados en la predisposición especial, son un contenido autónomo de regulación que se puede separar o quitar del contrato sin que el mismo perezca[117]. En caso de contravención de norma imperativa, en virtud del art. 8.1 de la LCGC, no se anula todo el contrato, sino que se quita el contenido autónomo de regulación contenido en la condición general y subsiste el resto del contrato en los mismos términos. Además, esa ineficacia es coactiva, es decir, la subsistencia del resto del contrato se le impone al predisponente, aunque hubiera dejado claro, al momento de la celebración, que no celebraría el contrato sin las cláusulas ineficaces.[118]

Con el art. 1.1 de la LCGC se da respuesta, también, a la duda existente detrás del art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE cuando dice que los Estados ordenarán no sólo la no vinculación del consumidor por las cláusulas abusivas, sino que tras ella "el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas". En España, al existir una definición legal de las CGC, su ineficacia por abusivas permite siempre al contrato subsistir en los mismos términos. El juego conjunto de los arts. 1.1 y 8.1 de la LCGC asegura siempre la subsistencia del contrato sin las CGC ineficaces, en beneficio de personas adherentes y consumidoras, con lo que se dota a personas adherentes y consumidoras de una garantía legal de subsistencia del contrato frente a las cláusulas abusivas, asegurando de ese modo el bien o servicio base de su bienestar, también contra los abusos.

---

[114] *Ibídem*, p. 2

[115] *Vid*. nota 108.

[116] El objeto "condiciones generales" ya había aparecido en la ley con el art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro de 1980, al que siguió una primera definición legal en la LGDCU de 1984, definición tan criticada como incomprendida. *Vid*. BALLUGERA GÓMEZ, C. (2018), "Nulidad parcial del contrato", *op. cit.*, p. 3. El art. 8.1 de la LCGC establece: "Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención".

[117] *Vid*. BALLUGERA GÓMEZ, C. (2006), *El contrato no-contrato, op. cit.*, pp. 75 y ss., donde el autor habla de la predisposición especial porque la misma no es general, no es un simple antecedente, sino un antecedente especial, cuya especialidad es doble, unilateral el predisponente, por una parte y "para una pluralidad de contratos", de otra.

[118] *Vid*. BALLUGERA GÓMEZ, C. (2018), "Nulidad parcial del contrato", *op. cit.*, p. 6, con cita en la nota al pie número 4, a los siguientes autores y trabajos: CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H. (2014), "La progresiva degradación de nuestro ordenamiento en materia de cláusulas contractuales abusivas", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2014, parte estudio, pp. 1-9; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H. (2008), *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*. Barcelona: Editorial Bosch, pp. 54-56; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H. (1998), "Una nueva necesidad: la protección frente a los desatinos del legislador. (Comentario atemorizado sobre la Ley 7/1998, sobre Condiciones generales de la contratación", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LI, julio-setiembre 1998, pp. 1301-1315, en p. 1305; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2009), "Comentario al art. 83", en "Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)", *Grandes Tratados, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor*, pp. 981-985, en pp. 983 y 987; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2004), "Las Cláusulas Abusivas por un Defecto de Transparencia", *Thomson-Aranzadi, Cizur Menor*, pp. 1-262, en pp. 140-141 y 219; ÁLVAREZ LATA, N. (2004), "Invalidez e Ineficacia en el Derecho Contractual de Consumo Español. Análisis de los Supuestos Típicos de Ineficacia en los Contratos con Consumidor", *Thomson-Aranzadi, Cizur Menor*, pp. 1-269, en p. 48; BLANCO PÉREZ-RUBIO, L. (2000), "El control de contenido en condiciones generales y en cláusulas contractuales predispuestas", *Revista jurídica del notariado*, nº 35, pp. 9 a 36, en pp. 33-34; PAGADOR LÓPEZ, J. (1999), "Impugnación por vicios del consentimiento y condiciones generales de la contratación", *Diario La Ley*, nº 4767, pp. 1850 a 1856, en pp. 1850 y 1853; PAGADOR LÓPEZ, J. (1999), "Lección 7ª. Las condiciones generales de la contratación: introducción y régimen jurídico de los contratos celebrados mediante ellas", en BOTANA GARCÍA, G. Y RUIZ MUÑOZ, M. (coord.) *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España, pp. 163 a 184, en p. 181; DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1995), "Capítulo VI. De la nulidad de los contratos", en ALBADALEJO, M. Y DÍAZ ALABART, S. (directores), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, tomo XVII, volumen 2º, pp. 273 a 510, en p. 409.

Agotando este punto de vista legal, el contrato subsiste, aunque sean nulas todas sus cláusulas, ya que cuando abordamos las CGC suponemos que el contrato se ha celebrado, el problema queda al margen de los vicios del consentimiento, como dice el TS y, recordando a DÍEZ-PICAZO[119], no debemos pasar por alto que el mejor modo de abordar los problemas de las CGC es considerar que se ha celebrado un contrato.

Pero la utilidad para la persona consumidora de estos artículos no se detiene ahí. El art. 8.1 de la LCGC dice que la contravención a reprimir es sólo la que se produce en perjuicio del adherente, de donde resulta, con carácter general, que las normas imperativas o prohibitivas de protección españolas de personas adherentes y consumidoras son semi imperativas. Por tanto, cabe derogar la norma imperativa o prohibitiva en beneficio del adherente, como ya hubo de anticipar el art. 2 de la LCS[120].

Respecto a la segunda cuestión, relativa al control del contenido sobre la definición del objeto principal del contrato y la relación calidad/precio, la opinión de BALLUGERA GÓMEZ[121] es que, dado que España no transpuso el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE al ordenamiento interno, y de acuerdo con la STJUE de 4 de junio de 2010 (Asunto C-484/08, Caja Madrid), sí que se puede, por parte de los Jueces y Tribunales españoles, comprobar si las cláusulas que definen el objeto principal del contrato o la relación calidad/precio son o no abusivas, aunque hubiesen sido redactadas de una manera clara y comprensible por parte del predisponente. Recordemos lo que dice el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE:

> 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.

Dado que dicho art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE no ha sido transpuesto a una norma interna del ordenamiento jurídico español, la STJUE de 4 de junio de 2010 vino a aclarar la cuestión sobre si los Jueces y Tribunales españoles podían o no entrar a valorar el carácter abusivo de las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato o la relación calidad/precio, estableciendo, en su apartado 42, lo siguiente:

> En consecuencia, en el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible.

Y, el apartado 43 de la misma STJUE de 4 de junio de 2010 dispone:

> En estas circunstancias, debe observarse que, al autorizar la posibilidad de un control jurisdiccional completo del carácter abusivo de las cláusulas, como las contempladas en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva, contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la normativa española de que se trata en el litigio principal permite garantizar al consumidor, conforme al artículo 8 de la Directiva, una protección efectiva más elevada que la prevista por ésta.

Por tanto, la STJUE de 3 de junio de 2010 (Asunto C-484/08, Caja Madrid) resolvió que los Estados miembros no están obligados a realizar dicha transposición, pero que, en todo caso, de no existir norma interna que regule lo dispuesto en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, y dado que el ordenamiento jurídico europeo forma parte del ordenamiento jurídico de los Estados miembros y las decisiones de Jueces y Tribunales no pueden ir en contra de lo dispuesto en esta ni en cualquier otra directiva —puesto que son de aplicación directa para los Jueces y Tribunales de los Estados miembros— dicha sentencia aclaró, como decíamos, que según el art. 8 de la Directiva 93/13/CEE los jueces españoles pueden autorizar un control judicial completo del carácter abusivo de estas cláusulas esenciales, pues lo contemplado por la Directiva 93/13/CEE es de mínimos, y nada impide adoptar o mantener disposiciones más estrictas, a fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección. Lo que no podría hacerse por parte de jueces españoles es negar el control de este tipo de

---

[119] *Vid.* DÍEZ-PICAZO, L. Y PONCE DE LEÓN (1996), *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Madrid: Civitas, p. 30.

[120] El art. 2 de la LCS, es decir, de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro («BOE» núm. 250, de 17/10/1980) establece lo siguiente: "Las distintas modalidades del contrato de seguro, en defecto de Ley que les sea aplicable, se regirán por la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo, a no ser que en ellos se disponga otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado".

[121] *Vid.* BALLUGERA GÓMEZ, C. (2018), "Nulidad parcial del contrato", *op. cit.*, p. 1, y BALLUGERA GÓMEZ, C. (2018), "Crítica de la doctrina del control de transparencia del Tribunal Supremo. De la STS 9 mayo 2013 a la de 14 diciembre 2017", *Revista de Derecho vLex*, nº 165, febrero-2018, pp. 1-20, en p. 3.

cláusulas definitorias del objeto principal del contrato cuando estuvieran redactadas de forma oscura o incomprensible, pues esto sí que iría en contra de lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE. Pero sí, pueden entrar a valorarlas incluso cuando estén redactadas de una forma clara y comprensible.

No obstante, según CARBALLO[122], la citada STJUE no acabó con la controversia doctrinal planteada, dado que no dejaba claro el alcance del silencio del legislador español en cuanto a la transposición del art. 4.2 de la Directiva 93/13, ya que se considera por la doctrina mayoritaria[123] que el TJUE no es competente para interpretar el Derecho interno y, por tanto, para saber cuál es el alcance de ese silencio en dicha transposición. Por otro lado, hay que tener en cuenta que esta sentencia no se pronunció sobre la cuestión de qué debe considerarse objeto principal del contrato y adecuación entre precio y bienes (relación calidad/precio) a los que se refiere el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE.

Hubo sentencias posteriores del TJUE que tampoco daban criterios claros para delimitar cuando nos encontramos ante una cláusula que defina el objeto principal del contrato. Existe alguna sentencia con alguna referencia, aunque poco precisa. Así, en las SSTJUE de 26 de febrero de 2015 y 23 de abril de 2015[124], vienen a distinguir entre cláusulas que definen el objeto principal del contrato —como las que regulan las prestaciones esenciales del contrato y que, como tales, lo caracterizan— y cláusulas de carácter accesorio, en relación con las anteriores, y que no pueden formar parte del concepto de objeto principal del contrato.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia de nuestro TS, y dentro de este contexto, el problema fundamental se ha caracterizado por la inestabilidad jurisprudencial y las múltiples vacilaciones en las resoluciones del TS, al menos hasta la controvertida STS nº 241/2013, de 9 de mayo, que pretende dar una respuesta inequívoca a la cuestión, aunque sigue suscitando críticas entre la doctrina, como se verá más adelante. Además, tampoco parece que el legislador quiera ocuparse de este asunto.

En este camino jurisprudencial, existen diversos pronunciamientos que pueden agruparse del siguiente modo:

- Un primero grupo de sentencias relativas a la cláusula de redondeo al alza excluye el juego del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, y extiende el control de contenido a toda cláusula no negociada individualmente, declarando su carácter abusivo, pero sin entrar a aclarar si esas cláusulas se refieren o no a elementos esenciales del contrato (STS nº 663/2010, de 4 de noviembre y STS nº 75/2011, 2 de marzo).

- Un segundo grupo de sentencias que eluden caracterizar si las cláusulas enjuiciadas son o no relativas a elementos esenciales del contrato, ni mencionan el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE y declaran su abusividad en todo caso, bien a través del principio de transparencia (STS nº 375/2010 de 17 de junio, sobre depósitos bancarios de alta rentabilidad); o bien por aplicación de la regulación de las cláusulas abusivas (STS nº 118/2012, de 13 de marzo, relativa a la imposición del aparato descodificador inserta en un contrato de servicios digitales y suministro de canales de televisión).

- Por último, un tercer grupo que aplica la teoría de que es perfectamente posible ejercer un control de contenido sobre los elementos esenciales del contrato con base a la STJUE citada, referido a las cláusulas que definen las primas y el alcance de la cobertura del contrato de seguro (STS nº 401/2010, de 1 de julio).

---

[122] *Cfr*. CARBALLO FIDALGO, M. (2013). *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente.* Hospitalet de Llobregat (Barcelona): Editorial Bosch.

[123] Por todos, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, S. (2013), "¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas?". *Cuadernos de Derecho trasnacional*, Vol. 5, núm. 2, p. 221.

[124] STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, Jean-Claude Van Hove y CNP Assurances, S.A. (curia.europa.eu: ECLI:EU:C:2015:262), Fundamento 33: "Las cláusulas del contrato incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato», a efectos del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales del contrato y que, como tales, lo caracterizan (véanse, en este sentido, la sentencia Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, apartado 34, así como la sentencia Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 49). 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», a efectos de la citada disposición (sentencias Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 50, y Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 54)". En el mismo sentido, la STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei y SC Volksbank Romania, S.A. (curia.europa.eu: ECLI:EU:C:2015:127), fundamento 54.

Después de todas estas sentencias, la STS nº 406/2012, de 18 de junio, aplica el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE y declara la imposibilidad de someter al control de contenido las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato, aunque afirma que pueden ser objeto de control por la vía de inclusión y de transparencia (artículos 5.5 y 7 de la LCGC y antiguo art. 10.1.a) de la Ley 26/1984, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios[125]). Esta sentencia supuso la implantación de los cimientos de la posterior doctrina jurisprudencial plasmada con mayor detalle, al abordar la cláusula suelo, en la STS nº 241/2013, de 9 de mayo, y otras posteriores relativas a la contratación seriada.

La STJUE de 3 de junio de 2010 (Asunto C-484/08, Caja Madrid) no dice —ni le compete hacerlo— cuáles han de ser los criterios a los que debe sujetarse el control de contenido de las cláusulas relativas al precio para ser declaradas abusivas. Los jueces nacionales deben hacer una prudente gestión de esta facultad controladora de las cláusulas relativas al precio, para no vulnerar principios constitucionales de nuestro ordenamiento, como es el reconocimiento a la libertad de empresa, que proscribe que el derecho suplante a la competencia en la fijación del precio de los bienes y servicios[126].

El control de contenido de las cláusulas relativas al precio no puede implicar asumir en nuestro ordenamiento un control judicial del equilibrio de los precios, como ya señaló la STS nº 406/2012, de 18 de junio de 2012, relativa a la cláusula de intereses remuneratorios en un contrato de préstamo, pues ello representaría una injerencia en el principio de autonomía de la voluntad incompatible con los principios básicos de nuestro derecho de contratos que no admite la rescisión por lesión en el precio. Es decir, que los jueces no pueden entrar a valorar el carácter abusivo de los precios. No pueden decir: este precio es abusivo en relación con el servicio prestado o el bien proporcionado (relación calidad/precio de la que habla el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE). Esto tiene su lógica en el marco de una economía de mercado basada en la ley de la oferta y de la demanda. Es evidente que la UE no quiere que un juez pueda determinar que un precio es abusivo, si la cláusula está redactada de una forma clara y comprensible.[127]

La STS nº 241/2013, de 9 de mayo, entendió que, mediante el control de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, no se trata de enjuiciar si por mor de una cláusula concreta el precio es caro o barato, sino si a consecuencia de la misma se ha producido una alteración del precio, tal y como pudo legítimamente haber sido percibido por el consumidor, desde un punto de vista subjetivo[128]. Esta sentencia puede ser considerada como el punto de inflexión donde se establece, con claridad, que el control de contenido no juega en relación con las cláusulas definitorias de los elementos esenciales del contrato, y declara el carácter abusivo de la cláusula en cuestión por falta de transparencia. A juicio de CAÑIZARES LASO[129], "probablemente la transparencia se encuentra en ese control de incorporación o inclusión del contrato con condiciones generales, no tratándose, en definitiva, de un control meramente formal", sino que supone también "un control del consentimiento material". La cuestión es que "los elementos esenciales no están sometidos a un control de contenido, pero sí a un control de inclusión y transparencia". Se trata de distinguir "la consecuencia de la falta

[125] El art. 10.1.a) de dicha ley disponía: "1. Las cláusulas condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas y las Entidades y Empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual."

[126] *Vid*. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013), "Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario", *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, p. 8, quien, a su vez, afirma que, tal y como ha aclarado MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (2011), "Comentario al art. 82 TRLGDCU", en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de consumidores*, Colex, Madrid, p. 724, no es inconstitucional que el legislador pueda puntualmente limitar los precios, lo que sería impensable es que se delegue al juez una potestad controladora de los precios mediante una fórmula general como la del art. 82 TRLGDCU.

[127] A pesar de que esto sucede todo el tiempo: piénsese simplemente en los precios de los arrendamientos urbanos o los precios de venta de los bienes inmuebles. Tal vez un cierto control de abusividad sobre los precios podría evitar las burbujas inmobiliarias, tanto las que se refieren a los alquileres como las que se refieren a la compra y venta de viviendas, aunque somos conscientes de la dificultad de dicho control y de lo polémico que podría resultar. No obstante, ello debería realizarse por ley, nunca por parte de los jueces y tribunales.

[128] *Vid*. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013), "Falta de transparencia y carácter abusivo…", *op. cit.*, p. 10. Además, la SAP de Asturias nº 6/2017, de 11 de enero (EDJ 2017/2731), por ejemplo, lo explica muy bien: "(…) estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticiamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino el equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación".

[129] *Vid*. CAÑIZARES LASO, A. (2015), "Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo". *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, Estudios, pp. 67-105. En este punto, pp. 81-82.

de transparencia cuando esa falta afecta a un elemento esencial", es decir, qué consecuencias tiene en el contrato "el que una cláusula que afecta un elemento esencial no traspase el control de transparencia".

De hecho, la STS nº 241/2013, de 9 mayo, adopta una importante y novedosa solución para el Derecho español vigente, que cambia el *statu quo* descrito y se inclina por el carácter genuino del control de transparencia de los elementos esenciales. El TS considera que existe un doble control o filtro de transparencia en los contratos celebrados con consumidores: por una parte un primer control de incorporación establecido por los requisitos de transparencia propios de la LCGC —"que es insuficiente para eludir [*sic*] el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente"— y, por otra parte, un específico control de transparencia propio de los contratos de consumo y derivado del TRLGDCU para las cláusulas no negociadas, que "incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato".

Sin embargo, la doctrina del TS sobre la no transposición en España del art. 4.2 Directiva 93/13/CEE, finalmente, ha permitido aplicar el doble control de transparencia (formal y material), con la consiguiente exclusión del control del contenido, a casi todas las cláusulas no negociadas individualmente del contrato que tengan alguna incidencia en el coste, contraprestación o remuneración que las personas adherentes y consumidoras pagan al profesional por sus bienes o servicios. Es decir, se ha realizado una interpretación y una aplicación extensiva del doble control de transparencia. Dicho en otros términos, la STS viene a entender que existe un primer control de transparencia documental para todas las condiciones generales que, superado, permite su incorporación, y un segundo control de transparencia reforzado o específico para los elementos esenciales del contrato, que ha de permitir al consumidor poder conocer con sencillez tanto la "carga económica" del contrato como la "carga jurídica" en el sentido de definición clara de la distribución de los riesgos derivados de él; de no superarse este segundo control, la cláusula puede ser declarada abusiva. Sin embargo, y según BALLUGERA GÓMEZ[130], la conclusión anterior —extensión del control de transparencia en detrimento del control del contenido— es una interpretación extensiva de la exclusión del control del contenido del art. 4.2 Directiva 93/13/CEE que no debería admitirse. El TS, al hacer prevalecer el control de transparencia sobre el control del contenido subordina la prohibición de cláusulas abusivas a la transparencia no sólo en cuanto a las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato, sino también respecto de las accesorias, y extiende la excepción del control del contenido a cualquier cláusula que haga referencia, se relacione o influya, pero no que defina, el objeto principal del contrato.

Obviamente, para llegar a esta conclusión, previamente el TS debió considerar que la cláusula suelo constituía o formaba parte del objeto principal del contrato. Esta afirmación se ha convertido en dogma con el fin de evitar en el control de contenido de la cláusula no negociada (reciprocidad, posible desequilibrio, etc.) y someterla sólo a un control de transparencia que aboque a su directa abusividad con supuesto encuadre en el art. 4.2 de la Directiva, como señala LAPUENTE[131]. Siguiendo a este mismo autor, esto ha suscitado dudas entre la doctrina, pues varias consideraciones permiten poner en duda lo abonado de esa tesis: (i) no cualquier cláusula que afecta al precio, guarda relación con él o se refiere a él constituye necesariamente el objeto principal del contrato; (ii) en esta línea, el TJUE ha mantenido que esa categoría merece una interpretación restrictiva por la excepción que el art. 4.2 supone en el contexto de la Directiva 93/13[132]; (iii) además, el TJUE, al dar pautas sobre qué cláusulas hayan de incluirse o excluirse en la "definición del objeto principal del contrato" *ex* art. 4.2 se ha decantado por ser sólo las cláusulas "que regulan las prestaciones esenciales del contrato y que como tales lo caracteriza", mientras que no forman parte de ese concepto "las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación"[133]; (iv) no en vano, debe pensarse que si la cláusula suelo fuese tan imprescindible en la definición del objeto del contrato y fuese de veras un elemento esencial del contrato, eliminada la cláusula, éste no podría subsistir, cosa que no ocurre al quedar operativo el interés variable.

---

[130] *Vid*. BALLUGERA GÓMEZ, C. (2018), "Crítica de la doctrina del control de transparencia del Tribunal Supremo…", *op. cit.*, p. 3.

[131] *Vid*. CÁMARA LAPUENTE, S. (2017), "Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016: su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no sólo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo". *InDret*, *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, p. 24.

[132] STJUE de 30 de abril de 2014, asunto *Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282,* fundamento 42.

[133] STJUE de 30 de abril de 2014 (Kásler), fundamentos 46, 49 y 50; STJUE de 26 de febrero de 2015 (Matei), fundamentos 60 y ss.; STJUE de 23 de abril de 2015 (van Hove), fundamentos 33, 37 y respuesta final del tribunal, que añade que para determinar qué son "prestaciones esenciales", habrá que atender "a la naturaleza, la configuración general y todas las estipulaciones del contrato, así como al contexto jurídico y de hecho".

Sin embargo, el régimen vigente, en opinión del propio BALLUGERA GÓMEZ[134], es el contrario: el control de transparencia es control de incorporación y se extiende a todas las cláusulas del contrato, accesorias o principales, si bien la falta de transparencia respecto de estas últimas es un requisito para excluir el control del contenido de las cláusulas que definan el objeto principal del contrato, exclusión que debe ser interpretada restrictivamente en beneficio de la persona consumidora (apartado 42 de la STJUE de 30 abril de 2014). El TS, en cambio, hace una interpretación extensiva del control de transparencia y de la exclusión del control del contenido contra la persona consumidora, que reduce a su mínima expresión la prohibición de cláusulas abusivas, lo que según este autor podría ir en contra de los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE.

Más allá de las críticas que ha suscitado el doble control de transparencia (formal y material) de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato o la relación calidad/precio, lo más relevante a los efectos de este estudio es el hecho de analizar cómo las sentencias que declaren determinadas cláusulas esenciales como abusivas pueden afectar a otros supuestos idénticos. En particular, se trata de analizar cómo una sentencia, normalmente dictada en el marco de acción colectiva o individual de nulidad o no incorporación, puede desplegar sus efectos *ultra partes* y *erga omnes* una vez ha devenido firme. En principio, lo lógico sería pensar que de forma obligatoria dicha sentencia debe ser inscrita en el RCGC, de acuerdo con el art. 11.4 y 22 de la LCGC. Todo hace pensar, por tanto, que las sentencias que declaran, por ejemplo, el carácter abusivo de una cláusula suelo, tras el doble control de transparencia (formal y material) deberían ser objeto de inscripción en dicho RCGC y desplegar los efectos *erga omnes* y *ultra partes* correspondientes.

Este es el aspecto en el que vamos a centrar nuestra atención en los siguientes apartados, pues la sorpresa es mayúscula al estudiar los casos más recientes que han sido resueltos por la Sala Primera del TS, en relación a las cláusulas que definen el objeto principal del contrato (especialmente, las cláusulas suelo, pero también otras) y que han de someterse al control de transparencia material o doble control de transparencia (formal y material) para que sean declaradas nulas por abusivas.

4.3. Efecto prejudicial o *ultra partes*

4.3.1. Los datos normativos de la LEC

Como explican GÓMEZ GÁLLIGO y LONGO MARTÍNEZ[135], la primera manifestación del efecto prejudicial o *ultra partes* se recogía en el art. 20.1 de la LCGC, al establecer:

> La sentencia obtenida en el ejercicio de una acción de cesación impondrá al demandado la obligación de eliminar de sus condiciones generales las cláusulas que declare contrarias a lo prevenido en esta Ley o en otras leyes imperativas y la de abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo.

Este era el efecto prejudicial más importante de una sentencia obtenida en el ejercicio de una acción colectiva de cesación: no afecta sólo al contrato en que se recogen, sino a todos los formularios del predisponente en los que se contengan cláusulas idénticas.

La segunda manifestación del efecto prejudicial o *ultra partes* se recogía en el art. 20.4 de la LCGC, según el cual las sentencias firmes obtenidas en el ejercicio de acciones colectivas, una vez que constituyan doctrina legal, vincularían a los jueces y tribunales en ulteriores procesos, siempre que en el proceso sea parte el mismo predisponente.

Y, si bien es cierto que el efecto prejudicial deriva de la sentencia obtenida en el ejercicio de una acción colectiva, no es menos cierto que la LCGC vincula este efecto a la publicidad registral, pues dispone el art. 22 de dicha Ley que tales sentencias deberán inscribirse en el RCGC.

De la misma forma, el art. 17.2 del RRCGC disponía que las sentencias firmes obtenidas en el ejercicio de acciones colectivas debían ser inscritas, conforme al art. 22 de la LCGC, en el RCGC, y que vincularían a los

---

[134] *Vid.* BALLUGERA GÓMEZ, C. (2018), "Crítica de la doctrina del control de transparencia del Tribunal Supremo…", *op. cit.*, p. 3.

[135] *Vid.* GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (2007), "Las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios", *op. cit.*, pp. 264-265; LONGO MARTÍNEZ, A. A. (2011), "La obligación notarial de abstención…", *op. cit.*, p. 113.

Jueces y Tribunales en ulteriores procesos en los términos previstos en su art. 20, siempre que en el proceso fuera parte el mismo predisponente, aunque dicho precepto (el art. 17.2 del RRCGC) fue anulado en virtud de la STS (Sala Tercera) de 19 de febrero de 2002, vigente desde el 25 de abril de 2002.

Todo esto ha cambiado en parte tras la aprobación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), en cuya disposición derogatoria única, derogó el art. 20 de la LCGC[136], cuyos tres primeros párrafos, modificados, pasaron a constituir los párrafos 2º, 3º y 4º del art. 12 de la LCGC, en los que se definen las acciones colectivas de cesación, declarativa y de retracción, mientras que desapareció el polémico párrafo 4º. De entre dichas acciones colectivas, la más interesante, en orden a conseguir la finalidad buscada por la Directiva 93/13/CEE, es la acción de cesación, que regula el art. 12.2 de la LCGC. Según el mismo:

> La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz.

Pues bien, desaparecido el art. 20.4 de la LCGC, el único complemento al art. 12.2 de la LCGC es la norma que se contiene en el vigente art. 221 de la LEC, titulado: «Sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores o usuarios», y en cuyo párrafo 1º se incluye la regla 2ª con el siguiente texto:

> Si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.

Comparando esta norma con la del antiguo art. 20.4 de la LCGC, se aprecian importantes diferencias:

a) La LEC no se refiere ahora a la sentencia dictada por el TS en recurso de casación, sino a la sentencia obviamente firme, que pueda dictar cualquier tribunal.

b) Como consecuencia, no se requiere que constituya doctrina legal.

c) Y, sobre todo, ya no contiene referencia alguna al predisponente demandado, en relación al cual, como se ha visto, limitaba el art. 20.4 de la LCGC los efectos vinculantes de la sentencia. Ahora, el art. 221.1.2ª

[136] Sintetizando los avatares de la norma, ante la disposición genérica contenida en la Directiva 93/13/CEE, según la cual los estados miembros debían establecer los medios adecuados para evitar la utilización de cláusulas que pudieran resultar abusivas o contrarias a los intereses merecedores de protección de los consumidores, el legislador español, en el Anteproyecto de LCGC de 1997, pretendía atribuir a este tipo de sentencias eficacia no ya frente al predisponente demandado, sino frente a todos los que formaran parte del mismo sector económico, es decir, la eficacia *erga omnes* de la que hablaba y sigue hablando, tal vez impropiamente, la Exposición de Motivos de la LCGC. A dicha pretensión hubo de renunciar ante las advertencias de la más que probable inconstitucionalidad que derivaban de los informes del Consejo de Estado y del Consejo General del Poder Judicial; razón por la cual se limitaron dichos efectos al predisponente demandado en los términos del art. 20, sin que ello evitara que, pese a todo, dicha norma fuera considerada inconstitucional por algún autor. *Vid*. LONGO MARTÍNEZ, A. A. (2011), "La obligación notarial de abstención…", *op. cit.*, p. 113 y nota 6, con cita a GARCÍA DE ENTERRÍA, J. (1998), "La pretendida vinculación de los jueces a las sentencias del TS en materia de cláusulas abusivas…", *op. cit.*, quien afirmaba que "esta inscripción en el Registro no aporta a las sentencias sobre condiciones generales ningún efecto distinto o exorbitante respecto de los que son propios de cualquier sentencia (…). Es manifiesto que la sentencia que estime una acción colectiva o individual en materia de condiciones generales podrá tener algún valor —si se quiere— como precedente, pero nunca efecto *erga omnes* ni efectos perjudiciales de ningún tipo, por mucho que se beneficie de esta imaginaria e ilusoria publicidad registral". Y, añadía: "Lo que todo ello supone, desde la perspectiva del contenido de la nueva LCGC, no es otra cosa que la inadmisibilidad constitucional de su art. 20.4, por la vana pretensión de atribuir fuerza directamente vinculante a los criterios interpretativos sentados por el Tribunal Supremo en materia de condiciones generales abusivas. Por mucho que estos criterios se fijen en relación con acciones colectivas, en las que el enjuiciamiento de una cláusula impugnada ha de efectuarse de acuerdo con unos parámetros abstractos y generales y sin consideración alguna a las circunstancias específicas de un conflicto determinado, el Tribunal Supremo en ningún caso está habilitado constitucionalmente para obligar con sus interpretaciones al resto de los órganos judiciales, mediante la formulación de verdaderas normas jurídicas materiales que invalidarían la subordinación exclusiva de los jueces al imperio de la ley y la independencia con que han de ejercitarse las funciones jurisdiccionales. En contra de esta opinión, *vid*. RAMÓN CHORNET, J. C. (2000), "Las condiciones generales de la contratación…", *op. cit.*, p. 2674, dice: "Creo que, expuesta con tanta generalidad, quizá esta es una lectura demasiado estricta o demasiado formal de la Constitución, que chirría cuando se trata de aplicar a la contratación en masa y al Derecho de consumo, porque lleva a entender el principio de independencia judicial como el derecho de aquellos predisponentes cuyas cláusulas han sido reiteradamente declaradas abusivas por la más alta instancia jurisdiccional, a exigir indefinidamente un nuevo pronunciamiento sobre la misma imposición más que presuntamente abusiva", y en las pp. 2687-2688, añade: "porque la independencia judicial no es un privilegio de los jueces, sino una garantía y un derecho del ciudadano", opinión con la que estamos de acuerdo, pues no hace falta ir más allá de lo que ha sucedido durante los últimos años con las cláusulas suelo y la absurda necesidad de acudir a procedimientos individuales de declaración de nulidad por falta de transparencia a pesar de las acciones colectivas de cesación interpuestas por asociaciones de consumidores y usuarios, con sentencias estimatorias, algunas incluso del TS.

de la LEC[137] dice que la sentencia puede —y este es el *quid* de la cuestión, que no debe— determinar si su declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente. Es decir, que la sentencia puede determinar que su declaración de nulidad de una determinada cláusula no surta efectos procesales en ulteriores procesos. Y ahí es donde todo el sistema creado alrededor del RCGC empieza a desmoronarse, a pesar de las bondades iniciales del legislador en el momento de su creación, pues cuando analicemos los casos particulares más recientes resueltos por la Sala Primera del TS nos daremos cuenta, precisamente, de que son pocas las sentencias que acuerden desplegar efectos *ultra partes* en ulteriores procesos, y, en consecuencia, acuerdan no inscribir el fallo en el RCGC.

Otra cosa es cómo se hace valer, por una persona que no ha sido parte en un proceso colectivo, la eficacia de la sentencia firme dictada en su caso particular, lo que analizaremos más adelante. De momento, cabe decir que, para el caso que así lo determine la sentencia, debe analizarse a quiénes se refiere la norma cuando habla de aquellos que no han sido partes en el procedimiento, y cuáles son esos efectos procesales que alcanzarían a los mismos. Para ser más precisos, si la declaración de nulidad de una cláusula afecta a otros predisponentes distintos del o de los demandados y en qué ámbito o con qué alcance.

Puede decirse que, hasta ahora, la generalidad de la doctrina ha venido entendiendo que el ámbito es, naturalmente, el procesal, y los efectos, los propios de la «cosa juzgada»[138]. El principio de cosa juzgada actúa en forma negativa conforme al art. 222.1 de la LEC, según el cual: "La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo"; y en forma positiva conforme al art. 222.4 de la LEC, en el que se dispone que:

> Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al Tribunal de un proceso posterior cuando en este aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.

De modo mucho más específico, en el art. 222.3 (primer párrafo) de la LEC se estipula lo siguiente:

> La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el art. 11 de esta Ley.

El art. 11 de la LEC reconoce la "legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios", a los propios perjudicados, a las asociaciones de consumidores y usuarios, al Ministerio Fiscal y a las "entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios". De este modo, los efectos de la cosa juzgada se extenderían más allá de quienes han sido litigantes en el proceso, conforme al art. 222.4 de la LEC, que así lo permite en relación con la eficacia positiva cuando exista "disposición legal", que, en este caso, vendría constituida por el párrafo 3º del mismo artículo, en relación con el art. 11 de la LEC[139].

Como han señalado autorizados procesalistas[140], la norma es clara en cuanto a su contenido y alcance: la cosa juzgada de esas sentencias se extiende a sujetos no litigantes, de manera que, en los procesos que tienen

---

[137] Este precepto viene a sancionar el efecto prejudicial, propio de las *action class* de tipo anglosajón, de las acciones colectivas instadas por asociaciones de consumidores, justifica —tratándose de condiciones generales— la necesidad de inscripción de las sentencias estimatorias firmes de acciones colectivas que sigue imponiendo el art. 22 de la LCGC, según GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (2007), "Las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios", *op. cit.*, p. 265.

[138] *Vid*. LONGO MARTÍNEZ, A. A. (2011), "La obligación notarial de abstención…", *op. cit.*, p. 114 y nota 7, con cita a TOBAJAS GÁLVEZ, O. (2002), "El Registro de Condiciones Generales de la Contratación", *Actualidad Civil*, nº 3 (29 julio-4 agosto 2002), pp. 1090-1038, y, en el mismo sentido, VICENT CHULIÀ, F. (2000), "Las acciones colectivas de condiciones generales y su impacto en los sectores de contratación especial", en NIETO CAROL, U. (director), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid: Lex Nova, p. 417 y ss., cuando señala la existencia de "una confusión innecesaria entre dos instituciones distintas: la jurisprudencia, reconocida en el art. 1 del Código Civil como complemento del ordenamiento jurídico —ya que no seguimos el sistema del precedente— y el alcance subjetivo de la cosa juzgada, que el legislador ordinario puede ampliar con respecto al art. 1252 del Código Civil (siempre que no viole el derecho a la defensa jurídica)".

[139] *Vid*. LONGO MARTÍNEZ, A. A. (2011), "La obligación notarial de abstención…", *op. cit.*, p. 114 y nota 8: "Con la particularidad de que dicho párrafo 3º del art. 221 de la LEC reconoce en estos casos la eficacia no sólo positiva, sino también negativa, de la cosa juzgada".

[140] *Vid*. VENDRELL CERVANTES, C. (2017), "Los efectos de las sentencias dictadas sobre acciones colectivas en materia de cláusulas abusivas respecto de las acciones individuales posteriores: jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo", *Actualidad*

origen en la legitimación extraordinaria que reconoce el art. 11 de la LEC (que comprende, sin asomo de duda, las acciones colectivas de cesación en el ámbito de las cláusulas abusivas), los pronunciamientos (en principio, de cualquier naturaleza: estimatorios o desestimatorios; declarativos o de condena) contenidos en sentencias firmes producen efecto de cosa juzgada, tanto negativo o excluyente como positivo o prejudicial, en relación con los titulares de los derechos que fundamentan esa legitimación activa extraordinaria, esto es y en el caso que nos ocupa, en relación con cualquier consumidor que reúna la condición de adherente de la cláusula que es objeto de la acción colectiva. Así había sido entendido también por fundadas resoluciones de nuestros tribunales (p. ej., el Auto de la Secc. 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid nº 160/2008, de 29 de mayo).

Se ha discutido si el efecto de cosa juzgada que dispone el artículo 222.3 (primer párrafo) de la LEC debe entenderse limitado a los casos en los que la sentencia es estimatoria —esto es, si se trata de una cosa juzgada *secundum eventum litis*—, de modo que los pronunciamientos desestimatorios no tendrían ese efecto y, por tanto, no impedirían al consumidor cuyo derecho fue ejercitado supraindividualmente por medio de la acción colectiva iniciar un nuevo proceso[141].

Por otro lado, también se discute la relación de la regla de cosa juzgada del citado artículo 222.3 (primer párrafo) de la LEC con lo previsto en el artículo 221.1.2ª de la LEC. Este último precepto trata de la extensión de efectos procesales —distintos al efecto de cosa juzgada del art. 222.3 de la LEC[142]—, como la extensión del efecto (declarativo o constitutivo) de la nulidad a entidades distintas de las demandadas, que, lógicamente, no fueron parte del proceso ni son los sujetos no litigantes del artículo 222.3 de la LEC y, por tanto, no les afectaría el efecto de cosa juzgada derivado de esta norma[143]. La eficacia *ultra partes* prevista en el artículo 221.1.2ª de la LEC debe considerarse, en principio, conforme al derecho de la UE, siempre que se respeten determinadas manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva del empresario que no ha sido parte del procedimiento (así se desprende de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, C-119/15, Biuro podrózy Partner (apartados 27 y 47). En el caso del artículo 221.1.2ª de la LEC, la extensión de efectos ha de ser objeto de pronunciamiento expreso en la sentencia, pues, de otro modo y a diferencia del caso previsto en el art. 222.3 de la LEC (donde la eficacia *ultra partes* respecto de los consumidores resulta de la cosa juzgada establecida en la propia normal legal), no tendrá esa eficacia *ultra partes*. De ahí, por cierto, que la STS nº 241/2013, de 9 de mayo, tratara expresamente sobre esta concreta cuestión de la extensión de la eficacia de la nulidad a otros predisponentes, pero, al apreciar que podrían concurrir circunstancias individuales que acaso pudieran fundar un juicio distinto, omitiera formular el correspondiente pronunciamiento en el fallo[144]. Es llano, por tanto, que la posible extensión de la eficacia de la sentencia a entidades distintas de las demandadas es una situación distinta de la regulada en el artículo 222.3 de la LEC. Por tanto, en el caso de los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamentan la legitimación de las partes según el art. 11 de la LEC, la extensión del efecto de cosa juzgada de los pronunciamientos del fallo de la sentencia dictada en el procedimiento incoado por la acción colectiva que por su objeto y naturaleza les conciernan se produce por ministerio de la ley; esto es, deriva directamente de esta norma, sin necesidad de que la sentencia se pronuncie sobre ello.

Así entendida, la norma del art. 222.1.2ª de la LEC permite que, en el proceso iniciado por el ejercicio de una acción colectiva de cesación por parte de una asociación de consumidores y usuarios, el Tribunal decida si los efectos de cosa juzgada de la sentencia deben extenderse a todos los consumidores y usuarios afectados, aunque no formen parte de la asociación demandante. Siguiendo a LLAMAS POMPO[145]:

Jurídica (Uría & Menéndez), núm. 47, diciembre de 2017, pp. 69-81. Este autor cita a GASCÓN INCHUASTI, F. (2011), "Título V, Cap. I", en Rebollo, M e Izquierdo, M. (dirs.), *La defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid: Iustel, pp. 891-967, en este punto, pp. 962-963; CORDON MORENO, F. (2016), "La sentencia ADICAE (3): otras cuestiones de naturaleza procesal", *CESCO*, mayo de 2016, pp. 1-6, en este punto, p. 2; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (2017), "Cláusulas suelo y cosa juzgada", *El Confidencial*, enero de 2017, en línea: https://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2017-01-30/clausulas-suelo-y-cosa-juzgada-hipotecas-juzgado-notario-jefes-casa-vivienda_1323358/ (consulta: 20 de diciembre de 2018).

[141] A favor de la cosa juzgada *secundum eventum litis*, CACHON CADENAS, M., REYNAL QUEROL, N. (2015), "Concurrencia de acciones colectivas y acciones individuales para la protección de derechos e intereses de consumidores y usuarios", *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, pp. 425-446, en este punto, pp. 145-146; en contra, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (2017), "Cláusulas suelo y cosa juzgada", *op. cit.*, quien distingue oportunamente entre el debate *de lege ferenda* —donde podría ser útil y conveniente introducir esa excepción— y la realidad *de lege lata*).

[142] *Vid*. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (2017), "Cláusulas suelo y cosa juzgada", *op. cit.*, y CACHON CADENAS, M., REYNAL QUEROL, N. (2015), "Concurrencia de acciones colectivas y acciones individuales…", *op. cit.*, p. 149.

[143] En este sentido, *vid*. CACHON CADENAS, M., REYNAL QUEROL, N. (2015), "Concurrencia de acciones colectivas y acciones individuales…", *op. cit.*, p. 149.

[144] *Cfr*. FD 19.º, apartado 300.

[145] *Vid*. LLAMAS POMPO, E. (2008), "Acciones colectivas contra daños", *Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, nº 60, pp. 5-36. Así lo entiende también el profesor VICENT CHULIÀ, F. (2000), "Las acciones colectivas de condiciones generales…", *op.*

> De lo que se trata, precisamente, es de que "todos" los perjudicados y, por tanto, miembros de "la clase", puedan beneficiarse de una sentencia condenatoria pronunciada en un procedimiento que se promovió de manera colectiva. Lo que, sin duda, constituye una revolucionaria novedad en nuestro ordenamiento jurídico y la derogación parcial del principio de eficacia relativa de la cosa juzgada.

Volviendo brevemente a la regulación contenida inicialmente en la LCGC, si antes el art. 20.4 de ésta decía que la sentencia "vinculará a todos los ulteriores jueces", ahora el art. 221 de la LEC dice que podrá tener efectos no limitados a las partes del proceso. Pero seguimos estando en el ámbito de los efectos procesales, más amplios ahora, pues se reconoce la eficacia no sólo positiva, sino también negativa, de la cosa juzgada, si bien concretados, al mismo tiempo, a quienes, siendo perjudicados, no fueron parte en el proceso[146].

No cabe, sin embargo, ninguna extensión de los efectos de la sentencia a otros predisponentes distintos del demandado, extensión que significaría una vuelta a la pretensión inicial del legislador, plasmada en el Anteproyecto de la LCGC y que, como se ha visto, fue rechazada por su posible inconstitucionalidad, tanto por la doctrina como en los preceptivos informes emitidos por los órganos consultivos. A diferencia de lo previsto en el art. 222.3 de la LEC en relación con los consumidores o usuarios no demandados, no existe norma alguna que prevea tal eficacia en relación con otros predisponentes no demandados.

Conforme a lo visto hasta ahora, puede decirse que, con arreglo al art. 12.2 de la LCGC, la sentencia estimatoria de la acción colectiva de cesación obligará al demandado, pero sólo a éste, a abstenerse de utilizar en lo sucesivo aquellas cláusulas que hayan sido declaradas nulas, y permitirá, eso sí, a los perjudicados por los contratos en que hayan sido utilizadas dichas cláusulas, aunque no hayan sido parte en el procedimiento, beneficiarse de la sentencia y reclamar frente al condenado, si así les ha sido reconocido por el Tribunal (inciso muy importante) de acuerdo con el art. 221.1.2ª de la LEC.

4.3.2. Cosa juzgada, prejudicialidad, litispendencia

Una cuestión a tener en cuenta es la compatibilidad y diferenciación entre las acciones colectivas de cesación y las individuales. El primer aspecto por examinar es la legitimación y personación en el proceso de los consumidores, a efectos de incoar las oportunas acciones, siendo de aplicación los siguientes preceptos.

- El art. 11 de la LEC, que reconoce la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas para defender los derechos e intereses de sus asociados. Sin embargo, reconoce el mismo precepto, la legitimación individual de los perjudicados.

- La norma del art. 15 de la LEC, en cuyo primer apartado regula la regla general existente en los procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, o por los grupos de afectados, considerando que la publicación de la admisión de la demanda, en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses, constituye el llamamiento a su personación en el mismo. Regla general que presenta una excepción para los procesos iniciados mediante el ejercicio de una acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, pudiendo, el consumidor no presentarse, e incoar una acción individual.

- El art. 24 de la CE que concede a las personas que ostentan la pertinente legitimación, el derecho de accionar y a la tutela judicial efectiva.

La segunda de las cuestiones a analizar es la influencia del proceso colectivo iniciado respecto de la incoación de la acción individual, resultando importantes tres instituciones, a saber:

---

cit., señalando que "la condición general es nula para todos los contratos del profesional predisponente condenado en la sentencia firme a suprimir la condición general declarada nula, lo que favorece a los terceros adherentes que no fueron parte en el juicio".

[146] *Vid.* LONGO MARTÍNEZ, A. A. (2011), "La obligación notarial de abstención…", *op. cit.*, p. 114.

- La cosa juzgada**:** de conformidad con lo dispuesto en el art. 222 de la LEC, se produce cuando ha recaído en un proceso judicial anterior sentencia firme, sea estimatoria o desestimatoria, de tal manera que no podrá iniciarse otro proceso posterior con el mismo objeto, misma causa de pedir y mismas partes (identidad objetiva y subjetiva).

- La litispendencia: entendida como la excepción a la prosecución de un proceso, con igual *causa petendi* y *thema decidenci* que otro ya iniciado, excepción regulada en diferentes normas de la LEC como son los preceptos 222, 400, 416 y 421. Es decir, se da cuando el objeto del procedimiento posterior coincide con el que se está tramitando en otro anterior. En este caso no se puede alegar cosa juzgada porque todavía no ha recaído sentencia firme de lo que cabe concluir que la llamada litispendencia es un estadio anterior al de la cosa juzgada. Si bien, los requisitos de una y otra son los mismos.

- La prejudicialidad o cuestión prejudicial civil: reglamentada en el art. 43 de la LEC, considerando la previa resolución de un proceso, como elemento previo a la finalización del juicio pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos. Dispone el art. 43 de la LEC:

> Cuando para resolver sobre el objeto litigioso sea necesario resolver sobre una cuestión que, a su vez, constituye el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto, decretar la suspensión de las actuaciones en el estado en que se hallen hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial.

A diferencia del caso anterior (litispendencia), el proceso no se archiva, sino que se suspende, hasta que en el otro proceso recaiga sentencia firme la cual constituirá antecedente lógico de nuestro proceso, momento en el cual se reanudarán las actuaciones.

El tercer elemento por considerar se concreta en el alcance de las acciones ejercitadas y el ámbito de análisis de estas. En este sentido:

- Art. 12 de la LCGC, el cual determina el alcance de esta acción.

- Art. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE y art. 82.3 del TRLGDCU, respecto de la necesidad de examinar todas las circunstancias concurrentes en la formalización del contrato frente a la amplitud del análisis efectuado en las acciones de cesación, el cual se ciñe al momento de la litispendencia.

Finalmente, es importante destacar la prevalencia del derecho comunitario y su aplicación por los Tribunales españoles conforme a la doctrina judicial comunitaria:

- El art. 7 de la Directiva 93/13/CEE, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que obliga al juez que conoce de una acción individual de un consumidor, dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula de un contrato que le une a un profesional, a suspender automáticamente la tramitación de esa acción en espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentra pendiente, ejercitada por una asociación de consumidores (STJUE de 14 de abril de 2016, asunto C-381/14).

4.3.3. La acción colectiva y la acción individual de cesación

El objeto de las acciones colectivas de cesación y de las acciones individuales es diferente. La acción colectiva de cesación presenta un carácter preventivo, tiene como finalidad última la erradicación de la utilización de aquellas estipulaciones en los contratos que puedan ser consideradas abusivas (STC de 16 de enero de 2017), mientras que la naturaleza de las acciones individuales es de carácter resarcitorio, pretendiendo la declaración de nulidad de una concreta cláusula y la indemnización correspondiente por los perjuicios que haya sufrido el consumidor.

Es necesario matizar que la legislación nacional, en relación con las acciones colectivas de cesación, también le permite acumular una indemnización, conforme a la literalidad del art. 12 de la LCGC. A pesar del carácter restitutorio de la acción de cesación, la STC nº 148/2016, de 19 de septiembre, no observa

imposibilidad de ejercitar una acción individual, afirmando que esta ampliación en sí misma no infringe las Directivas europeas, siempre y cuando no acarree la exclusión de las acciones individuales (STC nº 148/2016, de 19 de septiembre).

4.3.4. Las exigencias del derecho de la UE: la jurisprudencia Invitel y Sales Sinués

La norma del artículo 222.3 de la LEC que, según se ha visto, extiende el efecto de cosa juzgada a los consumidores cuyos derechos fueron litigados supraindividualmente por medio de la acción colectiva, no sólo no se opone al derecho de la UE, sino que es el tipo de norma que sirve para cumplir el mandato de prevención y disuasión que establece la Directiva 93/13/CEE respecto de las acciones de cesación. Así resulta de la STJUE de 26 de abril de 2012, C-472/10, Invitel (apartados 35 a 38; Fallo, apartado 1.º)[147].

Por su parte, la STJUE de 14 de abril de 2016, C-381-14 [Sales Sinués / Caixabank, S.A. (ES)] y C-385/14, [Drame Ba / Catalunya Caixa, S.A. (ES)], no cambia en absoluto la jurisprudencia fijada en el asunto Invitel. En esta sentencia posterior, el TJUE también se refiere al ámbito de la normativa nacional procesal relativa a los efectos de la sentencias dictadas en procedimientos promovidos por acciones colectivas respecto de consumidores que no han sido parte en esos procedimientos, pero lo hace en relación con una cuestión más específica: la conformidad al derecho de la UE de la (supuesta) regla del ordenamiento procesal civil español (prejudicialidad) según la cual el juez que conoce de la acción individual de un consumidor de nulidad por abusividad de una cláusula debe acordar la suspensión del procedimiento a la espera de que exista sentencia firme en el procedimiento previo iniciado por una acción colectiva que se encuentra pendiente. Y concluyó, que tal regla es contraria al artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE.

En este sentido, fue el Juzgado Mercantil nº 9 de Barcelona (asunto C-381/14), quien planteó una cuestión prejudicial al TJUE en relación a esta cuestión, al existir serias dudas de que la norma procesal española (arts. 43 y 222.3 de la LEC) vulnerase los arts. 3 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, todo ello sin perjuicio de valorar, en cada caso, si debían adoptarse o no las medidas cautelares solicitadas o que, a tal efecto, se pudieran plantear. Esta cuestión se planteó ante la duda de decidir si debía un juez o tribunal suspender, o incluso si se debía archivar de oficio, un procedimiento en el cual se ejercite una acción individual de nulidad de una CGC por abusiva, a la espera de que se dicte sentencia firme en un procedimiento anterior, promovido por una asociación de consumidores y usuarios debidamente habilitada para ello, en el que se ejercite la acción colectiva de nulidad de la misma cláusula o, por el contrario, si debe continuar el curso de las actuaciones por sus trámites ordinarios hasta sentencia, permitiendo al consumidor desvincularse de la acción colectiva y entablar su propia acción individual. Hasta ese momento la cuestión era francamente discutible, habiéndose dictado resoluciones judiciales contradictorias. Por un lado, estaban aquellos juzgados que eran favorables a permitir al consumidor individual desvincularse de la acción colectiva conforme al derecho comunitario, por lo que rechazaban la existencia de tal excepción procesal, y acordaban que el procedimiento continuase por sus trámites ordinarios y otros que consideraban que debía primar el principio de seguridad jurídica y evitar el riesgo de incurrir en resoluciones judiciales contradictorias sobre el mismo objeto, de modo que acordaban la suspensión o incluso el archivo de la acción individual.

El día 14 de abril de 2016 se hizo pública la referida la STJUE de 14 de abril de 2016, C-381-14 [Sales Sinués / Caixabank, S.A. (ES)] y C-385/14, [Drame Ba / Catalunya Caixa, S.A. (ES)], ambos acumulados, que declaró lo siguiente:

> El artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la de los litigios principales, que obliga al juez que conoce de una acción individual de un consumidor, dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula de un contrato que le une a un profesional, a suspender automáticamente la tramitación de esa acción en espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentra pendiente, ejercitada por una asociación de consumidores de conformidad con el apartado segundo del citado artículo con el fin de que cese el uso, en contratos del mismo tipo, de cláusulas análogas a aquella contra la que se dirige dicha acción individual, sin que pueda tomarse en consideración si es pertinente esa suspensión desde la perspectiva de la protección del consumidor que presentó una demanda judicial individual ante el juez y sin que ese consumidor pueda decidir desvincularse de la acción colectiva.

[147] *Vid*. VENDRELL CERVANTES, C. (2017), "Los efectos de las sentencias dictadas sobre acciones colectivas, *op. cit.*, pp. 71-72.

La solución a favor de permitir la incoación de la acción individual con independencia del ejercicio de la colectiva ha sido desde entonces sustentada por la doctrina de los máximos órganos judiciales de nuestro ordenamiento jurídico. A continuación, expondremos los motivos que han servido de argumentación y sustento de esta tesis.

La duda, como decíamos, era si una norma nacional, como el art. 43 de la LEC, que obliga a suspender el procedimiento principal hasta que se resuelva con carácter firme (y lógicamente, lo mismo cabría decir de la excepción procesal de litispendencia, cuya consecuencia es incluso más grave porque conlleva el archivo del procedimiento principal), era o no compatible con el art. 3 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, al vincular al consumidor a lo que se decidiera en la sentencia dictada en el procedimiento colectivo, sin haber tenido oportunidad de realizar alegaciones ni aportar pruebas a título individual. Asimismo, existía la duda de si ese efecto suspensivo no suponía un obstáculo para la protección del consumidor. En resumen, el juzgado que planteó la cuestión prejudicial al TJUE tenía la duda de si era compatible con el derecho comunitario una norma nacional que impida al consumidor desvincularse de la acción colectiva o si, por el contrario, habría que entender que la acción colectiva protegía plenamente los derechos del consumidor.

Pues bien, la STJUE de 16 de abril de 2016 declara que la Directiva se opone a la normativa española que obliga al juez que conoce de una acción individual de un consumidor, dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula de un contrato que le une a un profesional, a suspender automáticamente la tramitación de esa acción a la espera de que se dicte sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentre pendiente (ejercitada por una asociación de consumidores con el fin de que cese el uso, en contratos del mismo tipo, de cláusulas análogas a aquella contra la que se dirige dicha acción individual), sin que pueda tomarse en consideración si esa suspensión es pertinente desde la perspectiva de la protección del consumidor que presentó una demanda judicial individual ante el juez y sin que el consumidor pueda decidir desvincularse de la acción colectiva. Las razones de esta argumentación son las que se comentan a continuación.

En primer lugar, por razones de carácter legislativo. De un estudio conjunto de la totalidad de textos normativos, que regulan el ejercicio de las acciones individuales o colectivas en el ámbito de los consumidores, no existe norma alguna que prevea la incompatibilidad de ambas, pronunciándose, en este sentido, el TC, al sostener en su STC nº 148/2016, de 19 de septiembre, que la ley no fija ningún tipo de preterición, sea por la vía de la litispendencia u otra, de las acciones individuales frente a la acción colectiva de cesación, quedando indemne el derecho del interesado a solicitar la tutela autónoma de sus derechos e intereses legítimos de manera separada.

En segundo lugar, por el diferente objeto existente entre las acciones colectivas de cesación y las individuales, que como ya hemos visto, son distintos, así como sus efectos jurídicos, de modo que la regulación procesal que articule la relación entre ellas, competencia de cada Estado miembro, debe simplemente tratar de evitar que se dicten resoluciones judiciales contradictorias en los procedimientos en los que se tramitan ambos tipos de acciones, sin que ello suponga una merma en la protección de los consumidores[148].

En tercer lugar, porque la prohibición del ejercicio de la acción individual supondría contravenir principios básicos del derecho comunitario. Si bien los ordenamientos jurídicos internos presentan libertad normativa, la misma no es absoluta, sino que se encuentra limitada frente a la posible vulneración de las normas propias de la UE, y, en concreto, de los principios de equivalencia y efectividad, entendiéndose el primero como la necesidad de no regular normas menos favorables que las establecidas a nivel comunitario, e, interpretando el segundo en el sentido de que las normas no impidan o dificulten en la práctica la efectividad de los derechos que se reconocen a los consumidores a nivel europeo. Aplicando esta argumentación genérica al caso concreto de suspensión de la acción individual por la tramitación de una acción colectiva, el TJUE en

[148] Es más, a diferencia de lo que ocurre en el caso de los consumidores individuales, las personas u organizaciones a las que se reconoce un interés legítimo en la protección de los consumidores no se encuentran en situación de inferioridad respecto a los profesionales. Por ello, una acción de cesación que enfrente a una de esas asociaciones con un profesional no se caracteriza por el desequilibrio que existe en el contexto de una acción en la que estén implicados un consumidor y el profesional (*vid*. apartado 27 de la STJUE de 14 de abril de 2016, con cita a la sentencia de 5 de diciembre de 2013, Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León, C-413/12, EU:C:2013:800, apartado 50).

su Sentencia de 14 de abril de 2016 considera conculcado el principio de efectividad, por privarle al consumidor del ejercicio de la acción individual reconocida a nivel comunitario. El TJUE considera que la regulación contenida en la LEC puede perjudicar la efectividad de la protección que la Directiva confiere al consumidor, fundamentalmente porque éste no puede hacer valer de forma individual los derechos que le reconoce la norma europea, desvinculándose de dicha acción colectiva, quedando además obligatoriamente vinculado por el resultado de esa acción. Por otra parte, la normativa española impide que el juez que conoce de la acción individual lleve a cabo un análisis propio de las circunstancias concretas que concurren en ese asunto y que aprecie la pertinencia de la suspensión de la acción individual hasta que se dicte sentencia firme en la acción colectiva (lo que supone que el consumidor individual queda sujeto al plazo de adopción de esa sentencia firme).

En cuarto lugar, con la finalidad de imposibilitar una lesión de un derecho fundamental del ciudadano consagrado en el art. 24 de la CE. El ámbito que nos ocupa se caracteriza por la ausencia de norma que prohíba al consumidor, individualmente, incoar una acción cuando existe en tramitación otra de naturaleza colectiva**,** más al contrario, pues diferentes textos normativos, internacionales o nacionales, sí que las compatibiliza, en aras a asegurar el derecho de defensa del interesado. Así, el consumidor tiene derecho al ejercicio de sus pretensiones, con independencia de las asociaciones de usuarios, al no impedirlo la ley procesal (STS de 22 de abril de 2015, nº de recurso: 2351/2012).

En quinto lugar, por contravenir la propia doctrina del TS, en el sentido de imposibilitar un conocimiento casuístico de los diferentes supuestos. Así, el TS ha defendido que el examen genérico de validez de las CGC no debe impedir el examen casuístico de cada contrato, pues las circunstancias concurrentes en cada uno de ellos pueden ser dispares, en función de los conocimientos del consumidor, de la globalidad del contrato, y del cumplimiento de las obligaciones de información (STS de 24 de marzo de 2015, nº de recurso: 1765/2013). De esta forma, una postura inflexible, que solo tuviese en cuenta los parámetros medios del análisis del control de las cláusulas, sería incompatible con tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, y lo que para un consumidor pudiera considerarse abusivo por causar un desequilibrio perjudicial para sus derechos en contra de las exigencias de la buena fe, para otro consumidor con una superior formación o posición económica no lo sería (STS de 24 de marzo de 2015, nº de recurso: 1765/2013).

En sexto lugar, por cumplimiento de la regulación procesal. En relación al llamamiento de los consumidores al proceso, la regla general existente en los procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, o por los grupos de afectados, es que el llamamiento a su personación en el mismo se produce mediante la publicación de la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses (artículo 15.1 de la LEC). En el apartado cuarto de la misma norma, se regula la excepción a esta regla general, excepción que se aplicará a los procesos en los que se incoe el ejercicio de una acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios. Partiendo de esta innecesaria personación en el proceso, considera el TC que desaparece la posible carga procesal del reclamante individual de tener que acudir al proceso de cesación (STC nº 148/2016, de 19 de septiembre). Partiendo de la falta de personación, el TC considera que no se dan los elementos propios de la litispendencia, ni de la cosa juzgada (SSTC nº 3/2017 y nº 4/2017, de 16 de enero de 2017), pues el llamamiento que se les hace conforme al art. 15 de la LEC no es suficiente para justificar la extensión frente a ellos de la eficacia de cosa juzgada que establece el artículo 22.3 de la misma Ley. Una interpretación conjunta de los preceptos 15, 222.3 y 221 de la LEC lleva a la conclusión de que la cosa juzgada de la sentencia estimatoria de la acción colectiva afectará únicamente a los consumidores no personados que estén determinados individualmente en la propia sentencia, conforme dispone el artículo 221.1.1ª de la LEC. A su vez, en el caso de las acciones para la tutela de derechos de consumidores indeterminados o no fácilmente determinables, la eficacia de cosa juzgada tampoco se producirá frente a los no personados, sin perjuicio de que puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en las normas 221 y 519 de la LEC o, en su caso, ejercer las acciones individuales (STS de 24 de febrero de 2017, nº de Recurso: 740/2014).

En séptimo lugar, por respeto a la autonomía procesal de los perjudicados. El hecho de resultar un consumidor afectado por el éxito o fracaso de la acción colectiva vulneraría el poder de disposición sobre el objeto del proceso, característica propia de los procesos civiles, pues el perjudicado podría perder la posibilidad de incoar una acción individual ante la no coincidencia con la defensa jurídica esgrimida en el

ejercicio de la acción colectiva. Así, de extender de manera automática un efecto de cosa juzgada derivado de la estimación de la acción de cesación a todas las cláusulas iguales insertas en la universalidad de contratos en vigor, además de no preverse en las normas que regulan dicha acción colectiva, puede llegar a atentar contra la autonomía de la voluntad del consumidor o cercenar las posibilidades de su impugnación individual si la demanda de cesación se desestima por mor de una línea de defensa jurídica de la entidad actora distinta de la que hubiera sostenido el reclamante individual con base en las circunstancias concurrentes sólo por él conocidas (STC nº 148/2016, de 19 de septiembre).

A la luz de todas esas consideraciones, el TJUE estima que la normativa española resulta incompleta e insuficiente, y que no constituye un medio adecuado ni eficaz para que cese el uso de cláusulas abusivas, en contra de lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE. Según el TJUE, ni la necesidad de garantizar la coherencia entre las resoluciones judiciales fruto de procedimientos en los que se sustancien acciones individuales y colectivas, ni la necesidad de evitar la saturación de los tribunales pueden justificar esa falta de efectividad (a este último respecto destaca que el ejercicio efectivo de los derechos que la Directiva reconoce a los consumidores no puede quedar obstaculizado por consideraciones vinculadas a la organización judicial de un Estado miembro).

Pero repárese en que la doctrina del caso Sales Sinués no obliga a alterar el artículo 222.3 (primer párrafo) de la LEC. Y ello, no sólo porque se refiere a la prejudicialidad (y no a la litispendencia), sino, ante todo, porque enjuicia una situación concreta, caracterizada —además de por las particularidades de la tramitación lenta en España de determinadas acciones colectivas— por la existencia, como se ve, de una acción colectiva pendiente respecto de la que se obliga al consumidor a esperar su terminación, sin darle la posibilidad de desvincularse de la acción colectiva. Se trata, por ello, de una cuestión que puede solucionarse razonablemente —sin ataduras dogmáticas relativas a la configuración general de la prejudicialidad civil y de la litispendencia— flexibilizando estas instituciones para el caso concreto que nos ocupa y en función de la afectación de los intereses del consumidor. Una solución en esta línea es la que se ha sugerido para el ordenamiento alemán[149], que contiene una norma que permite al juez paralizar una acción individual por razón de la existencia de una acción colectiva previa (§ 148 ZPO).

4.3.5. La jurisprudencia del TC

Por medio de la STC nº 148/2016, de 19 de septiembre —seguida, entre otras, por las SSTC nº 206/2016, de 12 de diciembre; nº 223/2016, de 19 de diciembre; nº 3/2017, de 16 de enero—, el TC ha estimado los recursos de amparo de los consumidores que se encontraban en una situación parecida a la resuelta por la citada sentencia del TJUE de 14 de abril de 2016 en el asunto Sales Sinués, es decir, la del litigante consumidor al que, por una norma procesal —en este caso, la de litispendencia— se le impide litigar individualmente su caso por la existencia de un procedimiento colectivo pendiente, de manera que queda vinculado automáticamente a ese procedimiento colectivo anterior.

La doctrina constitucional que resulta de estas sentencias es que constituye una decisión arbitraria que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del consumidor, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, apreciar la litispendencia y acordar la terminación de un proceso en que se ejercita una acción individual por la pendencia de un proceso en que se ejercita una acción colectiva. Y no porque una interpretación conforme a la CE de las normas procesales aplicables lo impida, sino porque, según el TC, carece de base legal apreciar la litispendencia en ese caso[150].

Asimismo, el TC llega a descartar el efecto de cosa juzgada derivado del pronunciamiento relativo a la acción de cesación respecto de "todas las cláusulas iguales insertas en la universalidad de contratos en vigor" porque, en caso de estimación de la acción, "además de no preverse en las normas que regulan dicha acción colectiva, puede llegar a atentar contra la autonomía de la voluntad del consumidor que no desee tal nulidad en su contrato"; y, en caso de desestimación, "cercenar las posibilidades de su impugnación individual si la

[149] *Vid*. EBERS, M. (2016), "Verbraucherrecht: Prozessuale Verbindung zwischen Individual- und Verbandsklage in AGB-Verfahren", *EuZW*, 13, pp. 505-508, citado, a su vez, por VENDRELL CERVANTES, C. (2017), "Los efectos de las sentencias dictadas sobre acciones colectivas, *op. cit.*, p. 72.

[150] *Cfr*. STC nº 148/2016, FD 6.º, párrafos 1-3.

demanda de cesación se desestima por mor de una línea de defensa jurídica de la entidad actora, distinta de la que hubiera sostenido el reclamante individual con base en las circunstancias concurrentes sólo por él conocidas".

Dos consideraciones son necesarias para comprender adecuadamente el alcance de este último pronunciamiento y de otras consideraciones parecidas de las citadas sentencias del TC.

La primera es que la relevancia de estas sentencias del TC sólo puede referirse a su *ratio decidendi* y respecto de la doctrina constitucional que en ella se establece[151]. Las consideraciones reproducidas u otras similares son *obiter dicta* sin trascendencia en el fallo porque se refieren a cuestiones de mera legalidad ordinaria y no a la delimitación del contenido esencial de un derecho fundamental; máxime cuando ni el propio TC ha elevado cuestión de inconstitucionalidad de los arts. 15, 221, 222 y 519 de la LEC; preceptos que, si fuera cierta la interpretación de la legalidad ordinaria realizada por el TC, carecerían de todo contenido y sentido[152]. Repárese, por ejemplo, en que la afirmación realizada por el TC de que en el ordenamiento procesal civil no existiría una norma que extienda el efecto de cosa juzgada de una sentencia estimatoria de una acción colectiva de cesación de CGC a "todas las cláusulas iguales insertas en la universalidad de contratos en vigor" es ciertamente muy discutible: tan sólo hay que reparar, como se ha visto, en el contenido del artículo 222.3 (primer párrafo) de la LEC[153].

En segundo lugar, la preocupación del TC por el hipotético consumidor que no desearía verse beneficiado del pronunciamiento de nulidad de la cláusula en su contrato es poco verosímil y, en todo caso, discutible. Como ha señalado la doctrina alemana al hilo de una consideración similar contenida en la sentencia del TJUE de 14 de abril de 2016 (Sales Sinués), es difícil comprender por qué un consumidor que no quiere beneficiarse de ese pronunciamiento colectivo se vería perjudicado cuando el ordenamiento jurídico —tanto el alemán (art. 11 UKlaG[154]), como el español (art. 519 de la LEC)— permite al consumidor beneficiarse o no de ese pronunciamiento[155].

En cuanto a la preocupación del TC por el pronunciamiento desestimatorio (más comprensible en este caso), el razonamiento no debería conducir necesariamente a negar el efecto de cosa juzgada con carácter general (máxime cuando el art. 222.3 de la LEC —no declarado inconstitucional— lo impone), sino, en su caso, a la cosa juzgada *secundum eventum litis* y, en particular, a considerar si una interpretación conforme a la CE exigía interpretar este precepto de la legalidad ordinaria en este sentido (*i. e.*, rechazando la cosa juzgada de los pronunciamientos desestimatorios); algo que, como se ha visto, ni se plantean las sentencias del TC.

Pese a todo ello, esta jurisprudencia del TC —como la reseñada del TJUE— ha influido inequívocamente en la configuración de la doctrina jurisprudencial actual del TS, como se verá más adelante.

4.3.6. El art. 519 de la LEC

Producido el efecto de la cosa juzgada material del art. 221.1.2ª de la LEC, en una acción colectiva de cesación que haya dado lugar a una sentencia firme de nulidad o de no incorporación de CGC, los consumidores individuales o adherentes que no hubieran sido parte en dicho proceso colectivo (no litigantes)

---

151 Advierte de ello DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (2017), "Cláusulas suelo y cosa juzgada", *op. cit.*

152 *Vid*. CARRASCO PEREA, Á. (2017), "El «*conundrum*» de la legitimación individual autónoma frente a las acciones restitutorias colectivas (en materia de cláusulas suelo)", *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, nº 22/2017, pp. 175-177: "Si la doctrina del TC fuere correcta no se explicaría el contenido del art. 221.1.1ª) LEC (…) porque la sentencia no podría contener pronunciamiento sobre acciones petitorias referidas a particulares no personados. Carecería también de sentido el art. 222.3 LEC (…). Y, sobre todo, carecería de sentido el art. 519 LEC (…). Porque si no hubiera preclusión ni litispendencia, el consumidor no podía sumarse individualmente a la ejecución de una sentencia dineraria colectiva favorable, y sería preciso que interpusiese una acción propia, salvo que se dé por bueno que la LEC beneficia al consumidor para lo que le viene bien, pero puede pasar de ella si le viene mal".

153 El art. 222.3 (primer párrafo) de la LEC establece: "La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley".

154 Ley (alemana) sobre las acciones de cesación en materia de consumo (Unterlassungsklagengesetz [UKlaG]).

155 *Vid*. VENDRELL CERVANTES, C. (2017), "Los efectos de las sentencias dictadas sobre acciones colectivas, *op. cit.*, p. 76, con cita a EBERS, M. (2016), "Verbraucherrecht…", *op. cit.*, p. 508.

pero que hubieran contratado con el mismo predisponente (por ejemplo, con el mismo banco) sobre la base de cláusulas idénticas o semejantes a las anuladas pueden usar dicha sentencia firme con efecto de cosa juzgada en su beneficio.

Recordemos que el art. 221.1.2ª de la LEC dispone lo siguiente:

> Si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.

Pues bien, los consumidores individuales que no hubieran sido parte en dicho proceso podrán beneficiarse de la cosa juzgada material que producen, bien por el procedimiento del art. 519 de la LEC, en el supuesto de acciones colectivas, bien mediante su invocación por el interesado o por la apreciación de oficio del juez en un nuevo procedimiento (acción individual), al que inevitablemente tiene que ir la persona consumidora ante la negativa del predisponente (banco) a retirar el abuso denunciado.

El art. 519 de la LEC (acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados) dispone lo siguiente:

> Cuando las sentencias de condena a que se refiere la regla primera del artículo 221 no hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados por aquélla, el tribunal competente para la ejecución, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en el que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena. Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución. El Ministerio Fiscal podrá instar la ejecución de la sentencia en beneficio de los consumidores y usuarios afectados.

Es decir, se trata de un procedimiento fundado en la cosa juzgada material de acción colectiva, cuando la sentencia no hubiera determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados por aquélla. Se solicita que el juez aclare si los solicitantes pueden verse beneficiados por la condena colectiva, de un modo individual, y, en ese caso, pueden instar la correspondiente demanda de ejecución.

Este mecanismo procesal permite evitar un litigio largo y costoso, para que la persona consumidora pueda librarse de las cláusulas abusivas. Por supuesto, la inscripción de la sentencia dictada en el proceso colectivo en el RCGC facilita el efecto de la cosa juzgada material, y el conocimiento de su existencia, imprescindible para aplicar su efecto *ultra partes*. Este efecto acorta los procedimientos, la cercanía de la condena empuja a las partes a negociar y el banco, ante la amenaza de condena en costas, amenaza a añadir a la de las correspondientes restituciones e indemnizaciones, se ve animado a arreglar la situación evitando el pleito e indemnizando extrajudicialmente a la persona consumidora individual[156].

Sin embargo, como veremos más adelante, pocas han sido las sentencias derivadas de acciones colectivas realmente relevantes que hayan sido inscritas en el RCGC, pero no sólo esto, sino que la mayor parte de estas sentencias han negado el efecto *ultra partes* o de cosa juzgada material propio del art. 221 de la LEC, imposibilitando así a los consumidores individuales el poder acudir a la vía ejecutiva *ex* art. 519 de la LEC, y arrojándoles a la interposición de demandas individuales, largas y costosas, que no únicamente han producido el colapso de los juzgados, sino que, además, en los supuestos en los cuales la indemnización derivada de la acción de nulidad de una cláusula abusiva (cláusula suelo, cláusula de gastos hipotecarios) no es demasiado elevada, ha producido un efecto disuasorio que hace que no se reclamen, al resultar más costoso el propio pleito que el importe de indemnización a obtener.

La inscripción en el RCGC de una sentencia facilita su conocimiento por parte de cualquier otro juez o autoridad (aunque esto podría suplirse fácilmente con las potentes bases de datos de jurisprudencia existentes actualmente). Sin embargo, lo más importante para que una sentencia dictada en un proceso colectivo despliegue sus efectos de cosa juzgada material (es decir, sus efectos *ultra partes*) no es que la misma haya sido inscrita en el RCGC, sino que la sentencia concrete, en su fallo, si produce efectos *ultra partes* o no, en virtud de lo previsto en el art. 221.1.2ª de la LEC.

---

[156] *Vid*. BALLUGERA GÓMEZ, C. (2018), "Nulidad parcial del contrato…", *op. cit.*, p. 5.

4.4. Algunos casos concretos de la Sala Primera del TS

4.4.1. La STS nº 792/2009, de 16 de diciembre, la STS nº 401/2010, de 1 de julio y la STS nº 375/2010, de 17 de junio

Antes de comentar la jurisprudencia más reciente, la Sala Primera del TS se había pronunciado —de forma parcial y algo imprecisa— sobre los efectos de las sentencias dictadas sobre acciones colectivas en materia de cláusulas abusivas respecto de las acciones individuales posteriores. Se trata de pronunciamientos de interés para la interpretación de la relación entre los artículos 222.3 (primer párrafo) y 221.1.2ª de la LEC y para comprender el cambio jurisprudencial producido.

La STS nº 792/2009, de 16 de diciembre, por la que se declararon nulas por abusivas una serie de cláusulas utilizadas por cuatro entidades financieras en su contratación habitual —hipotecaria en muchos casos— fue, ante todo, debidamente inscrita en el RCGC. Debe tenerse en cuenta que, por no haber sido objeto de recurso, la STS de 16 de diciembre de 2009 no modifica la previsión contenida en la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Madrid, Sección 13ª, de 11 de mayo de 2005, cuyo recurso de casación resolvió, conforme a la cual "esta resolución surtirá efectos respecto de cualesquiera entidad bancaria o financiera que oferte en sus contratos alguna de las cláusulas declaradas nulas". Al no pronunciarse el TS sobre este punto puede entenderse que se mantiene dicha previsión y que la STS nº 792/2009 también despliega los efectos señalados por la SAP de Madrid de 11 de mayo de 2005, de conformidad con lo dispuesto en el art. 221.1.2ª de la LEC.

La aparente claridad de la norma —y de los términos de la Sentencia de la Audiencia— no ha impedido que, a la hora de aplicar aquella, surgieran dudas en relación con el alcance objetivo y subjetivo de la misma. Así, si de acuerdo con la STS nº 792/2009 es nula la cláusula que prohíbe la venta de la finca hipotecada con pacto de subrogación por el comprador, a menos que dicha subrogación sea aprobada por el acreedor, ¿debe considerarse también nula la que configura dicha venta no como una prohibición sino como un supuesto de vencimiento anticipado del contrato? ¿Qué arrendamiento es admisible como causa de vencimiento anticipado, si el TS reconoce que no existe una regla fija para determinar la posible desproporción entre renta y valor de la finca? Y, por otro lado, ¿hasta dónde llegan —si es que las tiene— las facultades, por ejemplo, de un Notario para interpretar la posible nulidad de la cláusula?[157] Por lo que se refiere al ámbito subjetivo, ¿afecta la sentencia comentada a todas las entidades de crédito o sólo a las condenadas?

La STS nº 401/2010, de 1 de julio, que resuelve una acción colectiva de cesación entablada por la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU), sí que señala que su resolución que la misma "surtirá efectos procesales respecto de cualesquiera entidad aseguradora que oferte en sus contratos alguna cláusula idéntica a las declaradas nulas" aunque no ordena su inscripción en el RCGC[158]. El TS interpreta la regla 2ª del art. 221.1 de la LEC "como instrumento para alcanzar el objetivo señalado en el art. 7.1 de la Directiva 93/13/CEE de que cese el uso de las cláusulas abusivas", y, pese a reconocer que "algún autor" sostiene "la necesidad de una norma específica que permita proyectar la eficacia de la sentencia sobre quienes no han sido parte en el proceso", señala (FD nº 18, apartado nº 197) que:

[157] Puede incluso plantearse si, pese a los términos de la norma, existe en el ámbito notarial una posible matización de la obligación como la que para el ámbito registral proclama el art. 258.2 de la LH, que, redactado precisamente por la LCGC, dispone que "el registrador denegará la inscripción de aquellas cláusulas declaradas nulas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2º del art. 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios". En último término: si debe en todo caso rechazarse la autorización o intervención, o cabe la misma con las reservas y advertencias adecuadas. Simplificando el planteamiento de la cuestión, podríamos decir que en el análisis de la norma caben dos posibles interpretaciones. Conforme a una interpretación extensiva o estricta, el Notario no autorizará ninguna escritura, otorgada por cualquier entidad de crédito, en la que se contenga alguna de las cláusulas que la Sentencia declaró nulas o con la que guarde identidad de razón. En defensa de esta postura, se pueden añadir a la literalidad de la norma argumentos de orden teleológico, vinculados a la protección del adherente que se persigue con aquella. Una interpretación restrictiva o flexible partiría de que el precepto dirigido a Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles tiene un carácter instrumental, y su alcance debe limitarse al que las normas sustantivas en las que debe fundamentarse establezcan como efecto propio de la Sentencia, lo que obligaría a estudiar dichas normas para decidir si la autorización o intervención notarial es posible en determinados casos. En este sentido, *vid*. LONGO MARTÍNEZ, A. A. (2011), "La obligación notarial de abstención…", *op. cit.*, p. 109. Trataremos de dar respuesta a todas estas cuestiones en el apartado correspondiente al mandato a los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles. De momento, en este apartado, conviene seguir fijando nuestra atención en los efectos meramente procesales de los pronunciamientos del TS que estamos analizando.

[158] La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid que conoció del caso en primera instancia sí que ordenó la inscripción de la misma en el RCGC, una vez fuera firme. No obstante, la misma fue objeto de recurso de apelación y, finalmente, de casación.

> Tal exigencia debe interpretarse en el sentido de que no todas las sentencias recaídas en dicha materia tienen efectos expansivos, sino tan sólo aquellas cuya eficacia, más allá de la cosa juzgada, proceda conforme a la legislación de protección de consumidores.

Tras el extenso razonamiento acerca de la extensión de efectos de la declaración de nulidad en el procedimiento derivado de una acción colectiva (FD nº 18, apartados 194 a 199), esta sentencia sólo se pronuncia expresamente sobre si esos efectos deben limitarse a las entidades aseguradoras demandadas o si, como concluye, deben extenderse a cualquier entidad que utilice cláusulas como las declaradas nulas. De este modo, la STS nº 401/2010 no se pronuncia expresa y formalmente sobre si esos efectos también se extienden —en los términos de la regla de cosa juzgada del art. 222.3 de la LEC— a los «sujetos», no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el art. 11 de esta Ley. A pesar de esta falta de pronunciamiento expreso, la STS nº 401/2010 admite que los efectos de la declaración de nulidad no solo se extienden a cualquier entidad aseguradora que utilice cláusulas como las declaradas nulas, sino también a cualquier consumidor que se hubiera adherido a estas cláusulas, de manera que estos consumidores quedarían comprendidos en el ámbito subjetivo de los pronunciamientos y, por tanto, beneficiados directamente por ellos, del mismo modo que se produciría el efecto de excluir un procedimiento ulterior (individual o colectivo) en el que volviera a discutirse la nulidad de esas cláusulas[159].

En este sentido, la propia STS nº 401/2010 advirtió, para justificar la admisibilidad del recurso de casación por interés casacional, del efecto excluyente que tienen los pronunciamientos dictados en el proceso derivado de la acción colectiva, pues "podría[n] provocar que en el caso de declaración de nulidad de una cláusula deviniese inviable una sola segunda sentencia contradictoria" (FD 4º, apartado 64).

La cita que realizó STS nº 401/2010 de la anterior STS nº 792/2009 resulta pertinente. En esta sentencia, la Sala Primera confirmó y amplió, como ya se ha visto, "la declaración de abusividad y consiguiente nulidad, y demás efectos procesales» (Fallo, 2º) de la SAP de Madrid de 11 de mayo de 2005, en cuyo fallo dispuso que "[l]o declarado en esta sentencia surtirá efectos procesales respecto de cualesquiera entidad bancaria o financiera que oferte en sus contratos alguna de las cláusulas declarada nulas".

Ahora bien, concluye el TS, en la STS nº 401/2010:

> El casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de la información impide extender los efectos de la sentencia como pretende el motivo a «cláusulas similares», y obliga a ceñirlos a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que completen la información de tal forma que eliminen los aspectos declarados abusivos[160].

De este modo, de las STS nº 401/2010 y nº 792/2009 se desprende que el pronunciamiento expreso sobre la extensión de efectos de la sentencia que resuelve la acción colectiva es necesario para determinar si la nulidad debe afectar a «entidades» distintas de las demandadas (esto es, para el efecto previsto en el art. 221.1.2ª de la LEC); pero no para que esta sentencia produzca efecto de cosa juzgada previsto para el artículo 222.3 (primer párrafo) de la LEC, pues, en principio, este efecto deriva directamente de esta norma[161].

Sin embargo, no deja de sorprender el contenido de esta Sentencia, a la vista de todos los antecedentes comentados[162]. El hecho de que la Directiva 93/13/CEE marque un objetivo en la materia, objetivo al que el

---

[159] *Vid*. VENDRELL CERVANTES, C. (2017), "Los efectos de las sentencias dictadas sobre acciones colectivas, *op. cit.*, p. 73.

[160] Para el TS, a la hora de determinar si "las sentencias estimatorias del carácter abusivo de alguna condición general de la contratación, dictadas en procedimientos en los que se ejercitan por asociaciones de consumidores o usuarios al amparo del art. 11 acciones de cesación para el control abstracto de su licitud, deben superar o no en el caso concreto las fronteras subjetivas que fija como regla el art. 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil", debe tomarse en consideración que "la eficacia del control abstracto de las cláusulas abusivas exige la expulsión del sistema de las cláusulas declaradas nulas por sentencia firme sin necesidad de petición previa, como se evidencia de los términos imperativos de la norma: «la sentencia determinará si [...] la declaración... ». Esta conclusión no puede entenderse constitutiva de un supuesto de inconstitucionalidad [...], ya que la tutela efectiva puede verse afectada cuando dos sentencias son contradictorias pese a recaer sobre un objeto procesal coincidente y, como afirma la recurrente, «si un acto es ilegal, lo es con independencia de quien lo cometa". Finalmente, las reglas que rigen el proceso en general deben compatibilizarse con el objetivo perseguido por la Directiva y, como afirma la referida Sentencia del TJUE de 4 de junio de 2009 —caso Pannon—, «el juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva»".

[161] Así lo explica VENDRELL CERVANTES, C. (2017), "Los efectos de las sentencias dictadas sobre acciones colectivas, *op. cit.*, p. 73.

[162] Así lo dice VICENT CHULIÀ, F. (2000), "Las acciones colectivas de condiciones generales…", *op. cit.*, después de señalar que "la Exposición de Motivos de la LCGC, por otro lado, se expresa incorrectamente cuando se refiere a los «efectos *erga omnes* que la inscripción va a atribuir a la declaración judicial de nulidad», y transmite un craso error de interpretación de la LCGC", vaticinando "que, aunque proceda de los medios oficiales, no será seguida por nuestros tribunales".

TS alude en su resolución, obliga al legislador estatal a dictar la normativa adecuada para su consecución. Pero si, como es el caso, ni la propia Directiva ni la legislación nacional llegan a establecer tal norma, el objetivo en sí no habilita al juzgador a interpretar la existente de modo que —conforme a las opiniones expuestas[163]— se vulnere el principio constitucional de tutela judicial efectiva, más cuando fue precisamente este el motivo que obligó al legislador a modificar la redacción inicialmente propuesta.

Y la sorpresa se convierte en desconcierto al leer la Circular 2/2010, de 19 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado —unos meses posterior, por tanto, a la STS nº 401/2010—, en la cual, admitiendo que puedan surgir ciertas dudas al coordinar los arts. 221.1.2ª y 222.3 de la LEC —por lo que recomienda su modificación—, se dice tajantemente que la posibilidad de que el art. 221.1.2ª de la LEC pueda provocar efectos *ultra partes* de la Sentencia, resultando que otros empresarios no demandados tampoco puedan insertarla en sus contratos, es una interpretación que:

> (…) vulnera frontalmente el principio de audiencia y la interdicción de la indefensión, sin que tan grave efecto pueda evitarse garantizando a estos eventuales demandados la misma publicidad del proceso que establece la LEC en el art. 15 para los demandantes, supuesto que, por otra parte, no está previsto en la redacción actual de dicho precepto.

La situación, por tanto, parece propicia para que, como señala LONGO MARTÍNEZ[164], se planteara respecto de esta materia una cuestión de constitucionalidad que resolviera las dudas y contradicciones que sin duda subsisten. En todo caso, y hasta donde puedan considerarse disipadas las mismas, creemos que, aun asumiendo la interpretación del TS, hay que entender:

a) Por un lado, que los efectos *ultra partes* que se predican no pueden ser otros que los meramente procesales a que se refiere la norma del art. 221.1.2ª de la LEC. De ahí la referencia que hace la STS nº 401/2010 a "la superación en el caso concreto de las fronteras subjetivas que fija como regla el art. 222.3 de la LEC", relativo a los efectos de la cosa juzgada. Así, la legitimación que conforme a la doctrina dominante reconoce el art. 221.1.2ª de la LEC a los perjudicados, aunque no hubieren sido parte en el proceso, alcanzaría no ya a la reclamación a efectuar frente al predisponente demandado y condenado, sino frente a cualquier otro que hubiere utilizado la misma cláusula que la Sentencia declara nula. Y, en caso de una utilización futura de la misma, beneficiarse de los efectos de la cosa juzgada al interponer la correspondiente acción de cesación frente a dicho predisponente.

b) Por otro lado, la STS nº 401/2010 reconoce de modo expreso que, para que se produzcan tales efectos frente a otros predisponentes, tiene que tratarse de cláusulas «idénticas», no bastando que se trate de cláusulas «similares». Como dice CLAVERÍA GOSÁLVEZ[165], "el RCGC versa sobre cláusulas fácilmente modificables cambiando una palabra; cabe incluso cambiar una coma para que ya no nos hallemos ante una determinada cláusula declarada nula por ser abusiva, sino ante otra". Añádase a esto la necesidad, reconocida por el TS, de que la cláusula idéntica no se halle completada por otras, de tal forma que se eliminen los aspectos declarados abusivos.

Por lo demás, los efectos de la STS nº 401/2010 no resultan alterados en ningún sentido por el hecho de que la misma quede inscrita en el RCGC. Así lo reconoce la doctrina mayoritaria, para la que la utilidad del RCGC es poco más que de publicidad y consulta. En este sentido, el Dictamen del Consejo de Estado que reproduce la propia Exposición de Motivos del RRCGC dice que la finalidad primordial del RCGC es:

> (…) proteger al consumidor frente a las cláusulas abusivas y evitar que se incluyan tales cláusulas en los contratos celebrados con los consumidores, sobre todo como medio para hacer efectivo el ejercicio de acciones contra las condiciones generales no ajustadas a la ley.

Una nueva referencia, por tanto, a la naturaleza ligada al ámbito procesal, en este caso, de la misma institución del RCGC, que, sin embargo, no consigue otorgar la protección esperada debido a la regulación actual de la LEC.

---

[163] *Vid*, por todos, LONGO MARTÍNEZ, A. A. (2011), "La obligación notarial de abstención…", *op. cit.*, p. 115.
[164] *Vid*. LONGO MARTÍNEZ, A. A. (2011), "La obligación notarial de abstención…", *op. cit.*, p. 115.

[165] *Vid*. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H. (2008), *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas, op. cit.,* p. 71.

También es relevante la STS nº 375/2010, de 17 de junio. Aunque esta resolución mantiene una posición aislada o singular respecto de las sentencias nº 792/2009 y nº 401/2010, no altera la conclusión que resulta de ellas ni, por supuesto, altera lo dispuesto en el art. 222.3 de la LEC. En particular, de la doctrina de esta STS nº 375/2010 (FD 3º) se derivan dos conclusiones.

La primera es que, en atención a lo dispuesto en el art. 221.1.2ª de la LEC, la sentencia dictada en el procedimiento derivado de la acción colectiva de cesación de CGC deberá determinar si, conforme a la normativa de protección a los consumidores, los pronunciamientos declarativos de nulidad contractual que contenga deben surtir efectos no limitados a quienes no hayan sido partes en el proceso. De forma parecida a lo que resulta de las STS nº 792/2009 y nº 401/2010, esa conclusión se formula en relación con la regla del art. 221.1.2ª de la LEC, sin mencionar ni alterar la regla del art. 222.3 de la LEC que, como se ha visto, se refiere a un supuesto específico de extensión de la cosa juzgada, que se produciría directamente de esta norma, sin necesidad del previo pronunciamiento expreso de extensión de efectos de la sentencia que aprecia y declara la nulidad[166].

De forma coherente con lo anterior, sostiene la STS nº 375/2010 que, en caso de que la sentencia dictada en el procedimiento derivado de la acción colectiva de cesación de CGC no realice ese pronunciamiento expreso:

> (…) hay que entender que la LEC opta por considerar que su alcance subjetivo, desde el punto de vista procesal, no puede limitarse a la personalidad de la entidad que la ejercita ni a los perjudicados que hayan comparecido o que aquella haya incluido en la demanda. En suma, como opina un sector relevante de la doctrina, en este supuesto el requisito de la identidad subjetiva para determinar la concurrencia de litispendencia o cosa juzgada, por tratarse del ejercicio de acciones colectivas por parte de entidades que las ejercitan en beneficio de consumidores concretos, debe determinarse en función de los sujetos perjudicados en quienes se concrete el ejercicio de la acción.
>
> En el caso examinado ninguna de las sentencias dictadas en ambas instancias contiene pronunciamiento alguno en el sentido de que la declaración de nulidad ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente. Por esta razón debe entenderse que la sentencia dictada no produce efectos de cosa juzgada respecto de los usuarios no incluidos en la demanda.

4.4.2. La STS nº 241/2013, de 9 de mayo de 2013: el doble control de transparencia

La STS nº 241/2013, de 9 de mayo, resolvió una acción colectiva de cesación, interpuesta por una asociación de consumidores contra distintas entidades financieras, por la inclusión en sus contratos de préstamo hipotecario de la mencionada cláusula de límite mínimo a la variación del tipo de interés o cláusula suelo.

Esta sentencia dejó claro que, para las cláusulas que tengan que ver con elementos esenciales de un contrato celebrado por consumidores, el control de abusividad se basa en el doble control o filtro de transparencia: en primer lugar, debe realizarse un primer control de incorporación, que consiste en determinar si la cláusula es gramaticalmente clara, sencilla, concreta y comprensible, establecido por los requisitos de transparencia propios de la LCGC; en segundo lugar, si la cláusula supera este primer control —formal—, debe realizarse un segundo control de transparencia propio de los contratos de consumo y derivado del TRLGDCU, para las cláusulas no negociadas individualmente, basado en la comprensibilidad real —material— acerca de su importancia en el desarrollo razonable del contrato. De no superarse este segundo control, la cláusula puede ser declarada abusiva. El TS conectó, finalmente, la falta de transparencia —material— de estas cláusulas con la consecuencia jurídica de la nulidad de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores[167] según lo dispuesto en los arts. 82 y 83 del TRLGDCU.

La cuestión que nos interesa ahora es la siguiente: la STS nº 241/2013 deja claro que en el caso enjuiciado "no procede la publicación de las cláusulas cuya utilización se prohíbe, dada su licitud intrínseca", es decir,

---

[166] *Vid*. VENDRELL CERVANTES, C. (2017), "Los efectos de las sentencias dictadas sobre acciones colectivas, *op. cit.*, p. 73.

[167] Por su parte, las SSTS de 3 de junio de 2016, 18, 20 y 30 de enero de 2017, han confirmado que el prestatario no consumidor no puede invocar el carácter abusivo de las cláusulas suelo por falta de transparencia, pues el control de transparencia material es una modalidad del control de contenido reservado a los consumidores, por el hecho de ser la parte débil en un contrato que contiene CGC.

que la sentencia acuerda no expedir mandamiento dirigido al RCGC y no publicarla, pues el cese de la cláusula suelo se basa en:

> a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.
>
> b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
>
> c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.
>
> d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA.
>
> e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.
>
> f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

Además, la STS nº 241/2013 niega los efectos *ultra partes* o *erga omnes* de su fallo por los siguientes motivos:

> 299. A tal fin, con precedentes en el ámbito del proceso contencioso-administrativo cuando el objeto del proceso es una disposición general, es preciso superar las fronteras subjetivas que fija el artículo 222.3 LEC —"[l]a cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley"— y proyectar sus efectos *ultra partes*, como instrumento para alcanzar el objetivo señalado en el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE de que cese el uso de las cláusulas abusivas, y a tal efecto la regla 2ª del art. 221.1 dispone que "[s]i como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinara si conforme a la legislación de protección de consumidores y usuarios la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente".
>
> 300. Sin embargo, tal proyección *erga omnes* exige tener en cuenta que la EM de la LEC, al tratar de la tutela de intereses jurídicos colectivos llevados al proceso, afirma que "[e]n cuanto a la eficacia subjetiva de las sentencias, la diversidad de casos de protección impone evitar una errónea norma generalizadora", y en el caso enjuiciado, la demandante, pese a que interesó la declaración de nulidad indiscriminada de las cláusulas suelo de los préstamos a interés variable celebrados con consumidores, no interesó su eficacia *ultra partes*, lo que, unido al casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de la información, nos obliga a ceñirlos a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos.

Por tanto, y lamentablemente, esta sentencia no produce los efectos *ultra partes* o *erga omnes* deseados por cuanto el juicio de valor sobre el doble control de transparencia obliga a no generalizar y a no considerar nulas *per se* todas las cláusulas suelo.

Es decir, la STS nº 241/2013 obliga a la persona consumidora a acudir a un pleito —es decir, a entablar una acción individual— si quiere conseguir la declaración de nulidad por falta de transparencia de la cláusula suelo inserta en su préstamo hipotecario.

En el incidente de nulidad de actuaciones promovido en el procedimiento resuelto por la STS nº 241/2013, las entidades que lo promovieron denunciaron la indefensión que a su juicio les habría ocasionado esta sentencia; en particular y entre otras razones, por cuanto el hecho de que la falta de transparencia sustantiva o material determinante de la nulidad de las cláusulas suelo enjuiciadas se habría apreciado en el procedimiento derivado de una acción colectiva, de manera que, en atención precisamente a los efectos de cosa juzgada que producen este tipo de sentencias (tanto respecto de otras acciones colectivas como de acciones individuales), causaría indefensión a esas entidades que, a diferencia de las otras entidades que no fueron demandadas en ese procedimiento, no podrían defenderse en otros litigios individuales o colectivos.

El Auto de la Sala Primera del TS de 6 de noviembre de 2013 desestimó el motivo bajo el siguiente razonamiento (FD 6º):

> 2.- Las demandadas han gozado de todas las garantías propias del proceso contradictorio, en igualdad de armas procesales y sin indefensión. La sentencia dictada efectúa un control abstracto y general de la validez de las condiciones

> generales que produce los efectos propios de una sentencia de esta naturaleza (art. 221 de la LEC), en los términos precisados en la propia sentencia. Las demás entidades bancarias, si son demandadas en acciones individuales o colectivas por la utilización de cláusulas abusivas, habrán de gozar de los mismos derechos de defensa de los que han gozado las demandadas en el presente litigio.
>
> 3.- Ninguna indefensión se deriva de la existencia de acciones colectivas y de los efectos que las leyes procesales atribuyen a las sentencias que sobre ellas se dictan.

Nótese que el Auto, para descartar la infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, asume que la posibilidad de ser demandado en acciones individuales o colectivas respecto de la utilización de cláusulas abusivas se refiere, en efecto, a "[l]as demás entidades bancarias"; no a las entidades demandadas en el procedimiento resuelto en la STS nº 241/2013. Y, respecto de estas, la Sala excluye la indefensión por dos razones: (i) las demandadas dispusieron en ese procedimiento "de todas las garantías propias del proceso contradictorio, en igualdad de armas procesales y sin indefensión" y (ii) no puede derivarse indefensión de la propia regulación procesal de las "acciones colectivas y de los efectos que las leyes procesales atribuyen a las sentencias que sobre ellas se dictan".

De ello se desprende que, si la STS nº 241/2013 no produjera efectos de cosa juzgada respecto de los procedimientos individuales o colectivos iniciados con posterioridad, la Sala Primera habría contestado que las entidades demandadas en el procedimiento resuelto por esta sentencia —como las que no fueron demandadas— también dispondrían de las garantías procesales en esos nuevos procedimientos, y no se habría limitado a señalar que ya dispusieron de esas garantías en el procedimiento anterior[168].

Lo anterior es coherente con lo que sostuvo el Auto de 3 de junio de 2013 de aclaración de la STS nº 241/2013, donde el TS dejó claro que los efectos de esta última sentencia "hacia el pasado" no podían ser otros que la "condena a eliminar de los contratos en vigor las cláusulas declaradas nulas" (FD 2º, apartado 13); pero no es coherente, como se verá a continuación, con lo que con posterioridad ha sostenido la propia Sala Primera (*cfr.* las sentencias nº 367/2017 y nº 643/2017, cuya reseña se expone más adelante).

4.4.3. La STS nº 705/2015, de 23 de diciembre

En esta resolución (STS nº 705/2015, de 23 de diciembre), el Pleno de la Sala Primera del TS aprecia de oficio la cosa juzgada que produce la STS nº 241/2013, de 9 de mayo, respecto de la acción colectiva ejercitada contra una de las entidades que fue demandada en el procedimiento resuelto por esa sentencia y que tenía por objeto una cláusula suelo como la que fue declarada nula en esta STS nº 241/2013, de 9 de mayo [FD nº 5º b)].

Dejando de lado la extraña referencia a la sentencia nº 222/2015, de 29 de abril, pues, al tratarse de un procedimiento derivado de una acción individual, sólo puede producir efectos de cosa juzgada respecto de las mismas partes del proceso (art. 222.3 (primer párrafo), primer inciso, de la LEC), el razonamiento y conclusión de la Sala fue, de nuevo, plenamente conforme al artículo 222.3 (primer párrafo) de la LEC, y coherente con la jurisprudencia anterior.

En efecto, según la STS nº 705/2015, la STS nº 241/2013, de 9 de mayo, produce efectos de cosa juzgada (i) en el plano objetivo, respecto de la "cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos"; y (ii) en el plano subjetivo, respecto de las "las entidades que fueron demandadas en aquel procedimiento"; sin precisar si, en ese plano, también se producen efectos respecto de los consumidores individuales que promuevan acciones posteriores referidas a esas cláusulas suelo idénticas a las declaradas nulas. Con todo, la apreciación de la cosa juzgada en esta sentencia nº 705/2015 no se hizo depender de la circunstancia de que el procedimiento posterior tuviera origen en una acción colectiva.

En el FD nº 5.5, la Sentencia establece:

> Como recordamos en la citada sentencia nº 139/2015, de 25 de marzo, la sentencia de 9 de mayo de 2013 condenó a BBVA a eliminar las antedichas cláusulas de los contratos. Y en el parágrafo 300 de esta última resolución dijimos expresamente que los efectos de cosa juzgada se ceñían a cláusulas idénticas a las declaradas nulas. Es decir, los efectos de la sentencia

[168] *Vid.* VENDRELL CERVANTES, C. (2017), "Los efectos de las sentencias dictadas sobre acciones colectivas, *op. cit.*, pp. 73-74.

> 241/2013 se extienden, subjetivamente, a las cláusulas utilizadas por las entidades que fueron demandadas en aquel procedimiento, y, objetivamente, a las "cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos".
>
> Y, según hemos visto, la afectada por el fallo de la sentencia ahora recurrida es igual a la del apartado "b" antes transcrito, salvo que el tipo inferior límite (suelo) era del 2,25% y no del 2,50%. Pero a su vez, esta cifra del 2,25%, al igual que el resto de la estipulación, es la misma que figura en la cláusula tratada por la sentencia 222/2015. La identidad objetiva se individualiza a través del *petitum* ("lo que se pide") y de la causa de pedir ("con qué título o fundamento se pide"). Y en este caso, en las diversas sentencias citadas, coinciden esos dos elementos.
>
> De donde cabe concluir que existe identidad entre las cláusulas ya declaradas nulas en las sentencias de 9 de mayo de 2013 y 29 de abril de 2015 y la ahora enjuiciada, por lo que la nulidad de esta última es ya cosa juzgada, conforme al art. 222, apartados 1, 2 y 3, LEC.

El fallo de esta sentencia no ordena la inscripción de la misma en el RCGC, aunque sí lo hacía la sentencia de primera instancia (Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid, sentencia de 8 de septiembre de 2011), sin modificación por parte de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de julio de 2013 ni por la STS nº 705/2015, por lo que entendemos que se mantuvo dicha inscripción.

Recordemos, también, que esta STS nº 705/2015, de 23 de diciembre, es la primera que estableció la nulidad de la cláusula (habitualmente la quinta) de los préstamos hipotecarios, que repercute todos los gastos de formalización del préstamo hipotecario al consumidor. Ya en la STS nº 550/2000, de 1 de junio, se estableció que la repercusión al comprador/consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. Y si bien en este caso la CGC discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, el TS considera que la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso.

Aquí empezó la discusión sobre la repercusión de los tributos que gravan el préstamo hipotecario (especialmente el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, ITP-AJD) que ha sido resuelto con gran polémica y repercusión en los medios de comunicación de masas por la STS (Sala Primera) nº 148/2018, de 15 de marzo, y las STS (Sala Tercera) nº 1505/2018, de 10 de octubre, la STS (Sala Tercera) nº 1523/2018, de 22 de octubre, la STS (Sala Tercera) nº 1531/2018, de 23 de octubre y, finalmente, tras la deliberación del Pleno de la Sala Tercera, el 6 de noviembre de 2018, por la STS (Pleno de la Sala Tercera) nº 1670/2018, de 27 de noviembre, que finalmente viene a determinar que dicho impuesto debe ser sufragado por el consumidor y no por la entidad financiera, cuando en las sentencias anteriores había dictado todo lo contrario, es decir, que tenía que ser el banco quien asumiera dichos costes, sin aclarar los posibles efectos retroactivos del cambio de doctrina. En el último instante, y tras el mencionado pleno de 6 de noviembre de 2018, el TS dio marcha atrás para evitar un daño multimillonario a las entidades financieras o a las arcas públicas (en el supuesto de que dicho impuesto tuviera que ser devuelto por la Agencia Tributaria a todos los consumidores que lo hubiesen abonado), y determinó que las cosas se quedaran como estaban, es decir, que fuera el consumidor el sujeto pasivo de dicho impuesto.

Ante esta doctrina, se aprobó del Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre[169], por el cual el prestatario es el obligado, a partir de su entrada en vigor, al pago del ITP-AJD en cuestión, pues el ejecutivo ha considerado que se había generado una situación de inseguridad jurídica que afectaba muy seriamente al mercado hipotecario en su conjunto y que debía defender los intereses de los consumidores, aunque evitando, eso sí, los temidos efectos retroactivos para la banca o para el Estado (Agencia Tributaria), según se hubiera dispuesto.

[169] Publicado en BOE nº 271, de 9 de noviembre de 2018, con vigencia desde el 10 de noviembre de 2018. La ley dispone, en su art. 1 (modificando el art. 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre) que, a partir de la entrada en vigor de esta norma, es la entidad financiera el sujeto pasivo del ITP-AJD en los casos de escrituras con garantía hipotecaria: "Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. Cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista". Además, modifica la Ley 27/2014, del Impuesto de Sociedades, con efectos para los periodos impositivos que se inicien a partir de la entrada en vigor de esta norma. Así, añade una nueva letra m) en su artículo 15, relativo a los gastos que no son fiscalmente deducibles. Esto supone que la deuda tributaria del ITP-AJD, modalidad AJD, documentos notariales, en los supuestos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, no será deducible en el Impuesto sobre Sociedades, por parte de las entidades prestamistas.

4.4.4. La STS nº 139/2015, de 25 de marzo

En esta sentencia (STS nº 139/2015, de 25 de marzo), la cuestión debatida en el recurso extraordinario por infracción procesal —interpuesto también por una de las entidades demandadas en la STS nº 241/2013, de 9 de mayo y desestimado por el Pleno de la Sala Primera del TS— se refrió a si esta STS nº 241/2013, "por ser esta fruto del ejercicio de una acción colectiva […] produce efecto de cosa juzgada en un posterior proceso en el que se ejercita una acción individual referida a la misma condición general de la contratación".

Al margen de la síntesis de la posición de la doctrina de los autores que reseña la sentencia nº 139/2015, esta resolución parte lógicamente de la determinación de efectos contenida en la propia STS nº 241/2013, de 9 de mayo (FD 4.º). Sentada esta premisa, la sentencia concluye, como la sentencia de la Audiencia Provincial, que la cláusula enjuiciada es idéntica a las declaradas nulas por esta sentencia y reseña las razones que llevaron a la Audiencia Provincial a concluir, en consecuencia, que la STS nº 241/2013, de 9 de mayo "alcanza a los actores en sus efectos de declaración de nulidad de las cláusulas" (FD 4.º, apdo. 7), aunque excluye de estos efectos el pronunciamiento declarativo de la limitación de los efectos o consecuencias restitutorios.

El Pleno de la Sala Primera, a renglón seguido, desestima el recurso por infracción procesal y, por tanto, confirma en este extremo la sentencia recurrida (que, como queda dicho, admitió que el pronunciamiento declarativo de nulidad de la STS nº 241/2013 producía efectos excluyentes respecto de las acciones individuales rectoras del procedimiento, pero sólo respecto del pronunciamiento que declara la nulidad, excluyendo la limitación de los efectos restitutorios). Así lo expone en su FD 5.º

Por tanto, la STS nº 139/2015 —al confirmar la sentencia recurrida en este punto— admitió (o, si se prefiere, no corrigió) que el pronunciamiento declarativo de la nulidad de la STS nº 241/2013 producía efectos procesales excluyentes respecto de una acción individual de nulidad relativa a una cláusula suelo como la que fue declarada nula en la STS nº 241/2013 (si bien, como queda dicho, esos efectos no alcanzarían la cuestión de las consecuencias o efectos restitutorios de la declaración de nulidad). De otro modo, cabe pensar que el TS, al mismo tiempo que desestimaba el recurso por infracción procesal, no hubiese admitido, o hubiese corregido, la premisa o conclusión de la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, esto es y como queda dicho, que el pronunciamiento declarativo de la nulidad de las cláusulas suelo idénticas contenido en la STS nº 241/2013 sí producía efectos excluyentes.

En todo caso, la afirmación en la sentencia nº 139/2015 de que la cosa juzgada del pronunciamiento declarativo de la nulidad de la STS nº 241/2013 no se extiende al pronunciamiento que determinó los efectos o consecuencias restitutorias de esta nulidad no constituyó, al parecer, doctrina jurisprudencial, al no integrarse en su fallo[170], como lo demuestra, por lo demás, que la propia Sala Primera no siguiera posteriormente el criterio sostenido en esa sentencia en la nueva doctrina jurisprudencial, como se verá.

Esta sentencia no hace mención alguna al RCGC, ni tampoco las precedentes de primera instancia o de la Audiencia Provincial que son objeto del recurso de casación.

4.4.5. La STS nº 123/2017, de 24 de febrero

Antes de comentar la STS nº 132/2017, de 24 de febrero, conviene tener en cuenta el contexto en el que se dictó. La jurisprudencia del TS en esta materia tuvo que modificarse necesariamente tras el pronunciamiento del TJUE sobre la limitación de los efectos restitutorios de las cantidades cobradas en exceso en aplicación de

[170] *Vid*. VENDRELL CERVANTES, C. (2017), "Los efectos de las sentencias dictadas sobre acciones colectivas, *op. cit.*, p. 75, con cita, a su vez, al trabajo de DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (2017), "Cláusulas suelo y cosa juzgada", *op. cit.* La STS nº 139/2015 resolvía una acción individual, en la cual se solicitaba una "reclamación de cantidad que no constituyó una de las pretensiones de la acción de cesación acumuladas a esta", en referencia a la STS nº 241/2013, es decir, que en esta última sentencia, que resolvía una acción de cesación colectiva, "no se le acumularon pretensiones de condena y concretas reclamaciones de restitución", mientras que en la acción individual que resuelve la STS nº 139/2015 "sí se formulan", por lo que "no cabe estimar que en la presente litis tenga fuerza de cosa juzgada el pronunciamiento de a sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre la cuestión relativa a la restitución o no de los intereses pagados en aplicación de la cláusula declarada nula".

una cláusula suelo con anterioridad a 9 de mayo de 2013. En este sentido, la STJUE de 21 de diciembre de 2016[171] consideró que dicha limitación de la retroactividad a la STS nº 241/2013, de 9 de mayo, era contraria al derecho de la UE. Como es sabido, el TS negó el efecto de cosa juzgada de dicha STS nº 241/2013, por lo que los consumidores, tras la STJUE de 21 de diciembre de 2016, pudieron reclamar las cantidades cobradas en exceso en aplicación de una cláusula suelo desde el inicio de sus préstamos hipotecarios.

Por tanto, la solución del TS de excluir, en el caso de las cláusulas suelo, el efecto de cosa juzgada, parece más comprensible bajo la perspectiva de la justicia material (para los consumidores afectados[172]) y de la repercusión mediática: si la sentencia del TJUE fue difundida ampliamente en los medios y en términos que significan un éxito de los consumidores y la necesidad de restituir todas las cantidades cobradas en aplicación de las cláusulas suelo, excluir esa consecuencia respecto de un grupo importante de consumidores sobre la base de una institución —tan difícil de explicar a la sociedad (como reconoce DÍEZ-PICAZO[173])— como la de la cosa juzgada no era una decisión sencilla de adoptar. Y la falta de claridad normativa en este ámbito también permitió una resolución singular para el caso concreto, aunque ello haya llevado con posterioridad al TS a tener que matizar, en parte, la doctrina que podía resultar de ese pronunciamiento singular y admitir que, en determinados casos y como también se verá, la sentencia que estima una acción colectiva sí puede producir efectos vinculantes respecto de las acciones individuales posteriores[174].

En la STS nº 123/2017, de 24 de febrero —confirmada, entre otras, por la STS nº 334/2017, de 25 de mayo[175]— el Pleno de la Sala Primera descartó, como queda dicho, que la STS nº 241/2013, de 9 de mayo, relativa a las cláusulas suelo, produjera efecto de cosa juzgada respecto de una acción individual declarativa de nulidad y de restitución de prestaciones ejercitada por un consumidor contra una de las entidades que fue parte del procedimiento de esa STS nº 241/2013.

Aunque no fue expresada con suficiente claridad ni convicción[176], la doctrina jurisprudencial fundamental que apoya esta conclusión fue la siguiente: no había efecto de cosa juzgada porque no hay identidad objetiva entre acción colectiva y acción individual (FD 3.º, apartados 2 y 3)[177] y porque este efecto tan sólo se produciría

---

[171] Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15 (EU:C:2016:980).

[172] Aunque aquellos consumidores que acudieron a procedimientos individuales antes de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 y obtuvieron una sentencia de un tribunal español con limitación de la retroactividad a 9 de mayo de 2013 sí que se toparon con el efecto de la cosa juzgada material y no pudieron reclamar la diferencia cobrada en exceso por parte de la entidad financiera por la aplicación de la cláusula suelo entre el inicio de su préstamo hipotecario y el 9 de mayo de 2013.

[173] *Vid*. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (2017), "Cláusulas suelo y cosa juzgada", *op. cit.*

[174] De hecho, VENDRELL CERVANTES, C. (2017), "Los efectos de las sentencias dictadas sobre acciones colectivas, *op. cit.*, p. 77, se encarga de recordarnos que el ordenamiento procesal civil, la jurisprudencia del TS anterior al asunto de las cláusulas suelo y "acaso el sentido común" permitían entender que las sentencias dictadas en procedimientos derivados de acciones colectivas producían efectos de cosa juzgada respecto de las acciones individuales ejercitadas posteriormente, y cita casos fuera de la litigación contra entidades financieras, p. ej. en la STS nº 118/2012, de 13 de marzo (en la cual el TS aprecia la abusividad de una CGC relativa al alquiler del terminal de una plataforma de televisión digital, aplicando los arts. 1307 y 1308 del CC y limita el efecto restitutorio, por razón de que el precio pagado por los consumidores debía compensarse por el valor de uso que los consumidores deberían restituir a la entidad demandada) se determinan las consecuencias o efectos restitutorios de la nulidad de una cláusula abusiva, proyectando su pronunciamiento de forma natural y necesariamente respecto de los consumidores que contrataron con esa entidad, se adhirieron a la cláusula abusiva y pagaron el precio que resultaba de ella. Nadie hubiese dicho (al menos hasta el nuevo escenario jurisprudencial generado por el caso de las cláusulas suelo) que, no obstante este pronunciamiento de la STS nº 118/2012, esos consumidores podrían, con posterioridad a la firmeza de esta resolución, ejercitar una acción individual y discutir nuevamente ante los tribunales de la instancia si es procedente que la entidad predisponente de esa cláusula abusiva debe restituir el precio cobrado en aplicación de la cláusula; y nadie lo hubiese dicho no sólo porque la extensión del efecto de cosa juzgada parecía clara, sino también porque la admisión de acciones individuales en este tipo de casos podría producir el tipo de caos e inseguridad que la institución de la cosa juzgada trata de evitar en este ámbito.

[175] Esta STS nº 334/2017, de 25 de mayo ha servido para que el TS, en sintonía con el TJUE, clarifique asimismo el sentido de la «buena fe». Como señala su FD nº 4.4, "el juicio sobre la incompatibilidad con las exigencias de la buena fe no se centra en que la entidad financiera que introdujo la cláusula suelo tuviera o no previsiones muy certeras acerca de la evolución a la baja de los tipos de interés, sino en si «podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual»», que es el criterio con que certeramente describe el concepto de buena fe por primera vez la STJUE de 14 de marzo de 2013 (Aziz, § 69) y recuerda recientemente la STJUE de 26 de enero de 2017 (Banco Primus, § 60). Concluye el TS que, al consumidor, obviamente, no le hubiera resultado indiferente la inclusión de esa cláusula suelo si hubiese existido negociación, por lo que deviene ineficaz el alegato de la buena fe usado en un sentido y con una finalidad distinta (no determinar si una cláusula es abusiva, sino limitar en el tiempo los efectos de una sentencia europea) por otras sentencias del TJUE.

[176] *Vid*. VENDRELL CERVANTES, C. (2017), "Los efectos de las sentencias dictadas sobre acciones colectivas, *op. cit.*, p. 77.

[177] Dando así un paso más respecto a lo ya resuelto en las SSTS nº 139/2015, de 25 de marzo y nº 705/2015, de 23 de diciembre (en las que se decía que sólo habría cosa juzgada si se trataba de cláusulas idénticas a las enjuiciadas en la STS nº 241/2013 y en relación a los predisponentes demandados en esos procedimientos). La STS nº 123/2017 apuntala su conclusión también en la STC nº 148/2016, de 19 de septiembre (reiterada por tres sentencias del TC (206/2016, 207/2016 y 208/2016) de 12 de diciembre de 2016), la cual plasma igualmente sus dudas sobre la identidad de objeto en procesos derivados de acciones colectivas y de acciones individuales y concluye que extender la eficacia de las sentencias dictadas en respuesta a las primeras también a las segundas puede atentar contra la autonomía de la voluntad del

respecto de los consumidores personados en el procedimiento o determinados individualmente en la propia sentencia (en este último caso, cuando se trate de un proceso para la defensa de intereses colectivos, es decir, de un grupo de consumidores cuyos componentes están determinados o sean fácilmente determinables).

El FD 3º, apartado 4, de la STS nº 123/2017, establece:

> De nuestra propia jurisprudencia […] así como de la del TJUE y el TC, cabe deducir, en relación con los consumidores que no se personaron en el procedimiento en que se ejercitó la acción colectiva, que el llamamiento que se les hace conforme al art. 15 LEC no es suficiente para justificar la extensión frente a ellos de la eficacia de cosa juzgada que establece el art. 222.3 de la misma Ley. Una interpretación conjunta de los arts. 15, 222.3 y 221 LEC lleva a la conclusión de que la cosa juzgada de la sentencia estimatoria de la acción colectiva afectará únicamente a los consumidores no personados que estén determinados individualmente en la propia sentencia, conforme dispone el art. 221.1-1.ª LEC.
>
> A su vez, en el caso de las acciones para la tutela de derechos de consumidores indeterminados o no fácilmente determinables, la eficacia de cosa juzgada tampoco se producirá frente a los no personados, sin perjuicio de que puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los arts. 221 y 519 LEC o, en su caso, ejercer las acciones individuales. Con la particularidad de que, en los casos en que, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declare ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, «la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente» (art. 221.1-2º LEC).

Además, en el FD 5º (apartado 3), la sentencia acata los nuevos criterios sentados por la STJUE de 21 de diciembre de 2016) en los siguientes términos:

> En consecuencia, procede modificar la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo, toda vez que la citada STJUE de 21 de diciembre de 2016 ha considerado que:
>
> a) la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, se opone al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y equivale a privar con carácter general, a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo, del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria en virtud de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.
>
> b) dicha jurisprudencia nacional sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo; y tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7.1 de la directiva 93/13/CEE.

Como en el procedimiento de las cláusulas suelo resuelto por la STS nº 241/2013, de 9 de mayo —como ha sido habitual en los procedimientos derivado de una acción colectiva— no se personó ningún consumidor, ni, como es lógico, la sentencia determinó individualmente los consumidores beneficiarios de la condena —aunque quizá podría haberse entendido que la determinación fue parametrizada, tal como permite el artículo 221.1.1.ª (segundo párrafo)[178] de la LEC—, no se produciría el efecto de cosa juzgado alegado por las entidades. Nótese que en la STS nº 123/2017 no hubo referencias al hecho de si el pronunciamiento era favorable o desfavorable (*i. e.*, a la regla —dudosa de *lege lata*— del *secundum eventum litis*) y la consecuencia que ello tendría; acaso porque introducir esa cuestión en la *ratio decidendi* de esa sentencia hubiese exigido al TS referirse a cuestiones difíciles relativas (i) a que la STS nº 241/2013, de 9 de mayo fue estimatoria y que su pronunciamiento de determinación de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo fue parte indisociable del pronunciamiento declarativo de la nulidad (también, como es lógico, estimatorio); y (ii) que, a diferencia de los casos que motivaron la jurisprudencia del TJUE en el asunto Sales Sinués y del TC, el hecho de que el

consumidor o cercenar las posibilidades de su impugnación individual. *Vid.* CÁMARA LAPUENTE, S. (2017), "Las (seis) SS.T.S. posteriores a la S.T.J.U.E. 21 diciembre 2016. El control de transparencia sigue en construcción, muta y mutará aún más: hacia la transparencia subjetiva. (Comentario a las SS.T.S. de 24 de febrero de 2017, 9 marzo 2017, 20 abril 2017 y 25 mayo 2017)", *Boletín del Colegio de Registradores de España*, nº 42, pp. 1726-1746, en este punto, p. 1775.

[178] El art. 221.1.ª, segundo párrafo, de la LEC establece: "Cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante".

consumidor no interviniera en el procedimiento de la STS nº 241/2013 no le perjudicó respecto del pronunciamiento de nulidad y de limitación de los efectos: si hubiese litigado su caso individualmente, la solución hubiese sido la misma[179].

En cualquier caso, poder afirmar que dicha sentencia no tuvo efectos de cosa juzgada permitió a otros consumidores individuales que entablaron demandas posteriores conseguir la restitución de todas las cantidades cobradas en aplicación de las cláusulas suelo, desde el comienzo del préstamo hipotecario y no limitados hasta el 9 de mayo de 2013 (fecha de la STS nº 241/2013), por lo que en este aspecto sí salieron beneficiados[180].

4.4.6. La STS nº 357/2017, de 6 de junio, la STS nº 367/2017, de 8 de junio y la STS nº 643/2017, de 24 de noviembre

El TS ha corregido esta doctrina en la STS nº 357/2017, de 6 de junio, y en las sentencias plenarias nº 367/2017, de 8 de junio y nº 643/2017, de 24 de noviembre. Se dice ahora que la doctrina fijada en la citada STS nº 123/2017 (y las otras que la siguieron) se refería a un caso singular, por tratarse de pronunciamientos desfavorables, de manera que:

> (…) tales pronunciamientos desfavorables carecen de la eficacia de cosa juzgada respecto de esos procesos posteriores donde el consumidor ejercita una acción individual, pues no puede perjudicarle un pronunciamiento desfavorable acordado en un proceso en el que no ha podido intervenir.

En concreto, la STS nº 357/2017, de 6 de junio (que es firme y, sin embargo, no se ha inscrito en el RCGC, como tampoco se ha inscrito la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao, nº 29/2014, de 10 de febrero, ni la SAP de Bizkaia nº 651/2014, de 20 de noviembre) viene a decir lo siguiente (FD nº 2):

> 2.- Como ya hemos declarado en las sentencias 127/2017, de 24 de febrero, y 334/2017, de 25 de mayo, la sentencia del TJUE de 14 de abril de 2016 (asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14) abordó la litispendencia y la prejudicialidad civil entre acciones colectivas en defensa de los consumidores y acciones individuales. Se trata de instituciones claramente relacionadas con la cosa juzgada, en cuanto que la primera es tutelar de la cosa juzgada (sentencia de esta sala 150/2011, de 11 de marzo) y la segunda implica una litispendencia impropia (sentencia 628/10 de 13 de octubre).
>
> En su sentencia, el TJUE declaró que las acciones individuales y colectivas tienen objetos y efectos jurídicos diferentes, de modo que la relación de índole procesal entre la tramitación de las unas y de las otras únicamente puede atender a exigencias de carácter procesal asociadas, en particular, a la recta administración de la justicia y que respondan a la necesidad de evitar resoluciones judiciales contradictorias, sin que la articulación de esas diferentes acciones deba conducir a una merma de la protección de los consumidores, tal como está prevista en la Directiva 93/13/CEE.
>
> 3.- La sentencia del Tribunal Constitucional 148/2016, de 19 de septiembre (cuya doctrina se reitera por las sentencias posteriores 206/2016, 207/2016 y 208/2016, todas de 12 de diciembre), se pronuncia expresamente sobre la cosa juzgada. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional declaró que, sin perjuicio de que el juzgado, al dictar sentencia sobre el fondo, deba de tener en cuenta los pronunciamientos del Tribunal Supremo en torno a la validez o nulidad de este tipo de cláusula, extender de manera automática un efecto de cosa juzgada derivado de la estimación de la acción de cesación a todas las cláusulas iguales insertas en la universalidad de contratos en vigor, además de no preverse en las normas que regulan dicha acción colectiva, puede llegar a atentar contra la autonomía de la voluntad del consumidor que no desee tal nulidad en su contrato o cercenar las posibilidades de su impugnación individual si la demanda de cesación se desestima a causa de una línea de defensa jurídica de la entidad demandante, distinta de la que hubiera sostenido el reclamante individual con base en las circunstancias concurrentes solo por él conocidas.

---

[179] *Vid*. VENDRELL CERVANTES, C. (2017), "Los efectos de las sentencias dictadas sobre acciones colectivas, *op. cit.*, p. 78.

[180] Cuestión distinta es que los consumidores individuales que obtuvieron sentencias firmes de nulidad de su cláusula suelo (en procesos particulares) con efectos limitados hasta el 9 de mayo de 2013, en su caso no pudieron reclamar la diferencia desde 9 de mayo de 2013 en adelante, porque su sentencia sí que ganó efectos de cosa juzgada. Las soluciones teóricas a este problema son variadas y poco claras. Se pueden analizar en la obra de SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2017), *La cosa juzgada en el ámbito de los consumidores y los efectos retroactivos de la cláusula suelo declarada abusiva*, Barcelona: vLex, pp. 146-154. Entre las posibles soluciones a este problema, el autor propone presentar demanda de responsabilidad patrimonial contra el Estado por violación del Derecho de la Unión, o bien interponer un nuevo proceso declarativo respecto de las cantidades que en su día no se reclamaron, al haberse violado una norma de la UE y constituir esto un hecho nuevo que evita la aplicación del art. 400.2 de la LEC (el cual establece: "De conformidad con lo dispuesto en al apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste"). También propone la vía del incidente de nulidad de actuaciones (art. 228.1 de la LEC), ante el mismo Juzgado que dictó la sentencia firme, pero el plazo establecido es de veinte días desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución.

> 4.- De lo expuesto cabe deducir, en relación con los consumidores que no se personaron en el procedimiento en que se ejercitó la acción colectiva, que el llamamiento que se les hace conforme al art. 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es suficiente para justificar la extensión frente a ellos de la eficacia de cosa juzgada que establece el art. 222.3 de la misma Ley. Una interpretación conjunta de los arts. 15, 222.3 y 221 de la Ley de Enjuiciamiento Civil lleva a la conclusión de que la cosa juzgada de la sentencia estimatoria de la acción colectiva afectará únicamente a los consumidores no personados que estén determinados individualmente en la propia sentencia, conforme dispone el art. 221.1-1.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
>
> Como consecuencia de lo expuesto, no cabe considerar que en este caso produzca efecto de cosa juzgada la sentencia 241/2013, de 9 de mayo y no procede, por tanto, el sobreseimiento del proceso.
>
> 5.- Por último, tampoco podrían reconocerse efectos prejudiciales al pronunciamiento de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, que limitó los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de determinadas cláusulas suelo predispuestas, entre otros bancos, por la propia Abanca, en el sentido de que los tribunales deban partir de lo acordado en tal pronunciamiento cuando resuelvan los procesos posteriores entablados contra Abanca en los que se solicite la declaración de nulidad de tal cláusula.
>
> Una vez que el TJUE ha declarado que tal pronunciamiento se opone al art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, si los tribunales españoles otorgaran eficacia prejudicial a la sentencia 241/2013 cuando resuelvan litigios en los que se ejercite la acción individual de nulidad respecto de cláusulas como las que fueron objeto del anterior proceso en que se ejercitó la acción colectiva contra, entre otros, Abanca, vulnerarían el principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea.
>
> Como se declaró en la sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2009, asunto C-2/08 (caso Olimpiclub), el principio de efectividad impide que se salvaguarde la seguridad jurídica en un grado tan elevado que impida o dificulte gravemente la eficacia del Derecho de la Unión, por ejemplo, porque permita proyectar hacia el futuro los efectos de la cosa juzgada y extenderlos a situaciones sobre las que no haya recaído resolución judicial definitiva con posterioridad a la sentencia del TJUE que contradiga lo afirmado en la sentencia del tribunal nacional.
>
> 6.- Todas estas razones determinan que no pueda otorgarse eficacia de cosa juzgada, negativa o positiva, a la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, para sobreseer el proceso ni para limitar la eficacia restitutoria plena a la declaración de nulidad de la cláusula suelo del préstamo hipotecario concertado por Abanca con los demandantes.

Recuérdese, no obstante, que (i), como se ha visto, en la STS nº 123/2017 nada se dijo acerca de que su doctrina respondiera al hecho de que el pronunciamiento en cuestión fuera desfavorable; y (ii) este pronunciamiento de la STS nº 241/2013 —aunque materialmente perjudicara a los consumidores individuales— fue el resultado de una sentencia estimatoria de la acción colectiva y, en particular y del modo en que fue formulado por la propia STS nº 241/2013, como la mera determinación legal de los efectos restitutorios de la nulidad apreciada.

Asimismo, el TS establece una nueva doctrina (para los pronunciamientos favorables para el consumidor incluidos en el procedimiento derivado de una acción colectiva sobre cláusulas suelo): la estimación de la acción colectiva no sólo debe determinar que la entidad demandada cese en la utilización de la cláusula, sino también, como regla general, que el juez que conozca de una acción individual respecto de esa cláusula deberá apreciar el carácter abusivo de la cláusula por las razones expresadas en aquella sentencia. Eso sí, con carácter excepcional se deja abierta la posibilidad de analizar las circunstancias especiales de cada caso y llegar a una conclusión distinta (inexistencia de abusividad derivada de la falta de transparencia) de la alcanzada en la sentencia dictada en el proceso colectivo (abusividad derivada de la falta de transparencia).

En resumen: no hay efecto de cosa juzgada (sino una vinculación —no se sabe por medio de qué regla procesal— cuyos efectos son solo latentes o claudicantes) porque deberá o podrá analizarse la existencia de las circunstancias particulares de cada caso. Es cierto que las sentencias nº 367/2017 y nº 643/2017 se esfuerzan en dejar claro que esas circunstancias serán excepcionales (p. ej., que el prestatario fuera una persona con "conocimiento experto" sobre este tipo de contratos o que se le hubiera suministrado una información precontractual adecuada). Pero no lo es menos que nada excluye la consideración de otras circunstancias menos excepcionales como las que utiliza la STS nº 171/2017, de 9 de marzo (p. ej., el hecho de que la cláusula apareciese resaltada "en negrilla" o el papel del notario), que también es sentencia del Pleno y en la que se dejó claro que se realizaba el juicio de transparencia propio de una acción individual.

Esta última doctrina indicada por la jurisprudencia del TS contiene una regla razonable en términos generales, coincidente con la adoptada desde el ordenamiento alemán. En efecto, en este ordenamiento, se ha concluido que las sentencias que estiman una acción colectiva no surten efectos, de manera excepcional,

respecto de los consumidores individuales cuando la estimación de la acción colectiva resulta del juicio de transparencia sustantiva o del juicio de sorpresividad y se ha acreditado que las circunstancias particulares (información precontractual, publicidad, etc.) son relevantes para confirmar o excluir, en cada caso concreto, esa falta de transparencia abstracta[181].

Así, en el particular caso de la falta de transparencia (o carácter sorpresivo) de la cláusula, se aplica una excepción a la regla general de extensión de efectos del art. 11 de la Ley sobre las acciones de cesación en materia de consumo (Unterlassungsklagengesetz [UKlaG]).

Sucede, no obstante, que la regla apuntada en la jurisprudencia española presenta importantes matices, entre ellos, los que se desprenden de su falta de apoyo normativo expreso, de su relación con lo dispuesto en el artículo 222.3 de la LEC y de su falta de correspondencia con lo expresado en pronunciamientos anteriores, como el Auto de 3 de junio de 2013[182] de aclaración de la STS nº 241/2013, de 9 de mayo, seguidos, luego, por otras sentencias, como la STS nº 171/2107, de 9 de marzo, que analizaremos en el siguiente apartado.

Además, como se resaltará a continuación, la doctrina jurisprudencial del TS —al menos, en los términos en que se ha formulado por ahora— podría tener como consecuencia, al margen de la solución al caso de las cláusulas suelo, que las acciones colectivas tengan, a partir de ahora, un alcance muy limitado.

Por ahora, puede decirse que de la jurisprudencia del TC y del TS reseñada se desprende una nueva doctrina sobre los efectos de las sentencias dictadas sobre acciones colectivas en materia de cláusulas abusivas, altamente condicionada por el caso de las cláusulas suelo y cuyo alcance para otros grupos de casos es, por ahora, incierto.

De esta doctrina resultan, en particular, tres reglas o consecuencias fundamentales (a modo de conclusiones preliminares):

Primera: los pronunciamientos (estimatorios o desestimatorios) contenidos en una sentencia firme dictada en un proceso derivado de la acción colectiva no producen efectos de cosa juzgada respecto de los consumidores no personados en el procedimiento o —cuando se trate de un proceso para la defensa de intereses colectivos— que no fueron determinados individualmente en la propia sentencia. Esta regla, según la jurisprudencia del TS, se debe a que no habría identidad objetiva entre acción colectiva y acción individual y a la necesidad de seguir la posición del TJUE y del TC. No obstante, la jurisprudencia del TJUE (Sales Sinués) y del TC descrita no exige negar tal efecto de cosa juzgada (tan solo permitir al tribunal flexibilizar la aplicación de las reglas de la prejudicialidad civil y litispendencia en situaciones similares a los casos resueltos por la jurisprudencia europea y constitucional) ni, por ello, obliga a dejar sin efecto el contenido del artículo 222.3 (primer párrafo) de la LEC, que prevé tal efecto de cosa juzgada.

Segunda: la ausencia de cosa juzgada no impide, según la jurisprudencia del TS, que la sentencia estimatoria de una acción colectiva produzca efectos vinculantes respecto del proceso derivado de una acción individual que tiene por objeto la nulidad de la cláusula enjuiciada en el proceso colectivo. Al menos para el caso de la nulidad de las cláusulas suelo, el juez deberá, como regla general, apreciar la abusividad de la cláusula por las razones expuestas en la sentencia sobre la acción colectiva, de manera que, con carácter excepcional y por medio del enjuiciamiento de las circunstancias particulares del caso, podrá declararse la

---

[181] *Ibídem*, *op. cit.*, p. 79, con cita a los siguientes trabajos: LINDACHER, W. (2009), "§ 11 UKlaG" en WOLF, M., LINDACHER, W., PFEIFFER, T. (coords.), *AGB-Recht Kommentar*, Múnich: C.H. Beck, pp. 2223-2228, en este punto, p. 2228; y WITT, A. (2011), "§ 11 UKlaG" en ULMER, P., BRANDNER, H. E., HENSEN, H. D. (coords.), *AGB-Recht Kommentar*, Colonia: Dr. Otto Schmidt, 11.ª ed., pp. 1899-1903, en este punto, p. 1901 (párrafo 8).

[182] La STS nº 241/2013, de 9 de mayo (§ 225 y apartado séptimo del fallo) identificó seis motivos distintos cuya conjunción determinó la falta de transparencia de esas cláusulas (falta de información suficiente sobre ser un elemento definitorio del objeto principal, inserción de cláusulas techo como aparente contraprestación, falta de simulaciones de escenarios, enmascaradas en una abrumadora cantidad de datos, apariencia de préstamo a interés variable, etc.); el Auto de 3 de junio de 2013 explicó que ni se trataba de una relación exhaustiva de circunstancias que excluyese otras ni "tampoco determina que la presencia aislada de alguna o algunas sea suficiente" para considerar una cláusula no transparente (la transparencia o su falta puede quedar acreditada fuera de los seis parámetros inicialmente fijados). Al dotar el TS de nuevo valor a determinadas pruebas de corte subjetivo sobre el consentimiento emitido por el consumidor es donde, por medio de este Auto (y también por medio de la STS nº 171/2017 que se comentará más adelante) obra la mutación de la transparencia objetiva a la transparencia subjetiva, como a continuación se explica. *Vid*. CÁMARA LAPUENTE, S. (2017), "Las (seis) SS.T.S. posteriores a la S.T.J.U.E. 21 diciembre 2016…", *op. cit.*, pp. 1780-1781.

validez de la cláusula. Sin embargo, si de lo que se trataba era de establecer una excepción al efecto de cosa juzgada cuando la nulidad por abusividad apreciada en el proceso colectivo tiene origen en el juicio (abstracto) de transparencia sustantiva, no era necesario, de nuevo, negar con carácter general la cosa juzgada, sino establecer expresamente sus límites objetivos, fundar en ellos esa excepción y mantener la regla general de cosa juzgada. La utilidad de esta regla general en casos distintos al de transparencia es poco discutible y puede además resultar necesaria para cumplir con el mandato disuasorio de la Directiva 93/13/CEE, según lo establecido en la sentencia del TJUE de 26 de abril de 2012 (asunto C-472/10, caso Invitel).

Tercera: la apreciación de estas circunstancias particulares que permitan apreciar la validez de la cláusula (a diferencia de lo apreciado en el proceso colectivo) deberá realizarse, en principio y según la jurisprudencia actual del TS expuesta, en un proceso individual. Según se desprende de esta jurisprudencia, la acción de cesación podría mantener en estos casos su efecto propio (cesación y eliminación). Pero es muy dudoso que —salvo que deba entenderse limitada a los casos de falta de transparencia, como en el ordenamiento alemán— pueda satisfacerse realmente el efecto disuasorio propio de las sanciones legalmente previstas para las cláusulas abusivas en el marco del procedimiento derivado de una acción colectiva (véase, de nuevo, la jurisprudencia Invitel).

En efecto, la condena a «eliminar» del art. 12.2 de LCGC[183] se refiere a que las CGC ilícitas no podrán ser incluidas en los futuros contratos que se celebren; mientras que la condena a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo se refiere a que estas CGC no puedan ser alegadas para fundamentar ninguna pretensión en ninguna fase de ejecución del contrato[184]. En el caso de las cláusulas suelo y según lo que resulta de la jurisprudencia actual (sin tener en cuenta lo que se dijo en el Auto de 3 de junio de 2013, de aclaración de la STS nº 241/2013), los pronunciamientos de condena a eliminar y a cesar se limitarán necesariamente a aquellos términos o contextos que, según el pronunciamiento que ha llevado a declarar esas cláusulas no transparentes y abusivas (y nulas a los efectos de esos pronunciamientos de la acción colectiva de cesación), determinan la falta de transparencia. Si esta falta de transparencia se salva (o puede salvarse) por medio de particularidades informativas adicionales, el alcance de la condena a eliminar y a cesar será, en estos casos, muy limitada y no sólo no evitará la litigación individual de cada caso, sino que la incentivará. Si esta regla jurisprudencial se extiende con carácter general (y no queda limitada a la abusividad que tiene origen en la falta de transparencia), la eficacia de las acciones colectivas de cesación será aún más limitada. Todo ello lleva a concluir que la jurisprudencia reciente del TC y, sobre todo, la del TS, no es enteramente definitiva ni que, por ello, resuelve la cuestión general de los efectos de las sentencias dictadas sobre acciones colectivas en materia de cláusulas abusivas. No puede descartarse, en suma, que esta jurisprudencia se explique y agote su validez en relación con el caso de las cláusulas suelo[185].

4.4.7. La STS nº 171/2017, de 9 de marzo: de la transparencia objetiva a la transparencia subjetiva

Como señala CÁMARA LAPUENTE[186], el fundamento del control de transparencia en la STS nº 241/2013, de 9 de mayo, quedó cristalizado de la siguiente manera: se consideró desde el inicio (FD nº 210) como un "parámetro «abstracto» de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del CC del «error propio» o «error vicio»". La STS (Pleno) nº 464/2014, de 8 de septiembre (que versaba sobre varias acciones individuales acumuladas) recalcó (FD nº 2.7) que el hecho de que el control de transparencia esté fuera del paradigma del contrato por negociación y del expediente de los vicios del consentimiento es la causa de que:

> (…) no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes (...), sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta.

[183] El art. 12.2 de la LCGC establece lo siguiente: "La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz".

[184] *Vid*. PORTELLANO, P. (2002), "Art. 12", en MENÉNDEZ, A., DÍEZ-PICAZO, L. (coords.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid: Civitas, pp. 567-620, en este punto, pp. 593-594.

[185] *Vid*. VENDRELL CERVANTES, C. (2017), "Los efectos de las sentencias dictadas sobre acciones colectivas, *op. cit.*, p. 80.

[186] *Vid*. CÁMARA LAPUENTE, S. (2017), "Las (seis) SS.T.S. posteriores a la S.T.J.U.E. 21 diciembre 2016…", *op. cit.*, pp. 1784-1786.

Este fundamento —el incumplimiento de deberes de información precontractual por el predisponente y la referencia a tratarse de un "parámetro «abstracto» de validez" — se ha repetido y mantenido incesantemente hasta la STS nº 171/2017, incluso en las sentencias que comenzaron a aplicar la doctrina de la STS nº 241/2013 (pues podría objetarse a ese parámetro «abstracto» que la configuración proviene de una acción colectiva de cesación) al resolver acciones individuales. Así, la STS (Pleno) nº 139/2015, de 25 marzo (ya sobre acción individual) añadió (FD 10º) que las cláusulas suelo, "en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información, en los términos indicados en el párrafo 225 de la sentencia nº 241/2013". Incluso en un proceso derivado de una acción colectiva —añade CÁMARA LAPUENTE[187]—, al identificarse cláusula no transparente con cláusula abusiva ha de resultar posible examinar, además de la naturaleza del objeto contractual y las demás cláusulas del contrato, "todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración", como exige el art. 82.3 del TRLGDCU[188] (equivalente al art. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE[189]), sin que ello suponga descender a comprobar el grado de consentimiento o comprensión de cada consumidor involucrado, sino el grado de cumplimiento de los deberes informativos para que cualquier consumidor normal —el «consumidor medio», añadimos nosotros— hubiese advertido la importancia y alcance de la cláusula.

En resumen, según la jurisprudencia previa del TS, el control de transparencia —en realidad, el doble control de transparencia, formal y material— es un parámetro abstracto de validez, se funda en los especiales deberes de información precontractual que corresponden al predisponente y es distinto de la evaluación del consentimiento propia de la acción de anulabilidad por error-vicio. Esta concepción estaba en línea con la evolución del control de transparencia en la mayoría de los ordenamientos, en que se fue pasando de un límite o control ligado al proceso de contratación a un requisito o deber de información positivo y eficaz, de manera que un control inicialmente negativo (que permite eliminar cláusulas que no sean claras y comprensibles) se convierte en una regla que exige deberes (positivos) de información activa[190].

Por eso, en la delimitación de esta transparencia «objetiva», el TS había apelado a la comprensión no de un concreto consumidor, sino de un «consumidor medio» a la luz de las circunstancias (principalmente documentales, pero no únicamente; en función, asimismo, de las testificales aportadas sobre el proceso de formación y conclusión del contrato) que rodearon los contratos litigiosos. Así lo hacía la STS nº 241/2013, de 9 de mayo, la cual, tras recordar que el art. 3 de la Directiva 93/13/CEE "delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula" y que tampoco la norma española concreta mejor qué es el desequilibrio contrario a la buena fe, por lo que "no es posible limitarla a la esfera subjetiva", concluye (FD nº 253): "antes bien, es necesario proyectarla sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre", y la STS nº 138/2015, de 24 de marzo (aunque también resolviendo una acción colectiva) reincide en que el control abstracto de validez debe tomar el punto de vista del consumidor medio y rechaza el alegato de que el control de transparencia sólo pueda ser apreciado caso por caso, porque eso impediría el control abstracto propio de los procesos colectivos[191].

---

[187] *Ibídem, op. cit.*, p. 1784.

[188] El art. 82.3 del TRLGDCU establece: "El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa".

[189] El art. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE establece: "Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa".

[190] *Vid.* CÁMARA LAPUENTE, S. (2015), "Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas (un resumen crítico)", *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, nº 61, pp. 142-147.

[191] Así lo expresa en el FD nº 5.7: "de acuerdo con la tesis mantenida en el recurso, nunca podría realizarse un control abstracto de la validez de las condiciones generales (...) porque sería incompatible con tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, y lo que para un consumidor pudiera considerarse abusivo por causar un desequilibrio perjudicial para sus derechos en contra de las exigencias de la buena fe, para otro consumidor con una superior formación o posición económica no lo sería" (desestima el argumento apuntando que, de seguirlo, no podría haber acciones colectivas en materia de publicidad engañosa, confusión marcaria o competencia desleal e impondría obligar a cada consumidor a litigiar para conseguir la nulidad, obstáculo no acorde con la protección de los consumidores). Como se puede ver, al menos en sede de procesos derivados de acciones colectivas, el TS ha rechazado el argumento de la capacidad de negociación o formación del consumidor (*vid.* VELA TORRES, P. J (2017), "Condiciones generales de la contratación. Comentario a la S.T.S. Civil 171/2017, de 9 de marzo", *Diario La Ley*, nº 8969, 27 de abril de 2017) que, tal vez a partir de la STS nº 171/2017, de 9 marzo, pueda comenzar a considerarse en acciones individuales, contra el parecer expresado por CÁMARA LAPUENTE, S. (2017), "Las (seis) SS.T.S. posteriores a la S.T.J.U.E. 21 diciembre 2016…", *op. cit.*, p. 1785.

Si ahora, por efecto de la STS nº 171/2017, de 9 de marzo, se difuminan por un lado los parámetros objetivos de verificación de que se suministró la información pertinente, se da valor destacado a nuevas pruebas acerca de la comprensión del consumidor concreto del caso y se busca primordialmente constatar la existencia de un consentimiento pleno del adherente, en lugar de hacer un examen más neutro acerca de si cualquier consumidor medio, a la luz de las circunstancias de ese caso hubiese comprendido la cláusula (más o menos compleja en función de la complejidad del propio contrato y su objeto)[192], por haber adoptado el predisponente los cauces informativos necesarios para ello[193] se habrá producido un tránsito desde una «transparencia objetiva» a una «transparencia subjetiva». Y de ahí el siguiente paso sería poner en cuestión lo que hasta la fecha ha sido un paradigma incontrovertido (tanto en nuestra jurisprudencia como en la del TJUE), cual es, en materia de cláusulas abusivas, que el concepto de consumidor sí tiene tintes objetivos, pues mientras actúe fuera del ámbito de su actividad profesional, es irrelevante su formación, conocimientos, capacidad de negociación o experiencia en la materia.

Como muy bien señala la STS nº 222/2015, de 29 de abril, "que el consumidor tenga una mayor o menor formación tampoco excluye el carácter impuesto de una condición general (…) sin que la mayor formación del consumidor incida en la posibilidad de negociarlas"[194]. Y como sentó la STJUE de 3 de septiembre de 2015 (asunto Costea)[195], en el caso de un abogado en ejercicio especializado en derecho mercantil que concertó un contrato de crédito hipotecario sin especificar el destino que daría al dinero recibido e impugnó por abusiva una comisión de riesgo, el concepto legal de consumidor "tiene un carácter objetivo y es independiente de los conocimientos concretos que pueda tener la persona de que se trata, o de la información de que dicha persona disponga" (fundamentos 20 y 21). El concepto legal de consumidor que firma un contrato de adhesión con cláusulas abusivas no distingue acerca de su carácter de experto o su mayor o menor formación sobre la materia.

La clave, por tanto, radica en comprobar si el consumidor negoció o no, y si no lo hizo, en si la cláusula en cuestión era "clara y comprensible" (ese es el tenor de los arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE[196]), no si el concreto adherente la comprendió a plenitud o no.

El último hito jurisprudencial aporta alguna enseñanza más relacionada con la transparencia subjetiva[197].

---

[192] Como recuerda la STS nº 267/2017, de 4 de mayo.

[193] Para una defensa de este carácter objetivo y no subjetivo de la transparencia, también en procesos derivados de acciones individuales, *vid*. CÁMARA LAPUENTE, S. (2016), "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014 (3903/2014). El control de transparencia de las cláusulas suelo como causa única y directa de su carácter abusivo (crítica y reconducción hacia el control de incorporación)", en YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil). Volumen 6º (2013-2014)*, Madrid: Dykinson/BOE, pp. 201-221; CÁMARA LAPUENTE, S. (2016), "El control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación: un necesario replanteamiento", en número monográfico sobre «Ejecución civil: especial referencia a la ejecución hipotecaria» de *Cuadernos Digitales de Formación (C.G.P.J.)*, nº 33, pp. 1-50 (en este punto, pp. 25-28).

[194] En esta sentencia se explica que "si el consumidor tuviera una cierta formación, un empleo estable, un sueldo mínimo y hubiera contratado unos productos bancarios y de ahorro básico, ya no concurriría el requisito de la imposición. Tampoco esta tesis es correcta (…). La protección que el ordenamiento jurídico da a los consumidores y usuarios no está condicionada a que concurra en ellos una situación de desvalimiento o ignorancia". En esta línea, *vid.* también la SAP de Girona (sec. 1.ª) nº 261/2014, de 2 octubre. *Cfr*., en cambio, los fallos de la SAP de Valladolid (sec. 3.ª) nº 58/2015, de 16 marzo y la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona de 3 de febrero 2015 y su examen en la segunda obra de la nota anterior.

[195] STJUE de 3 de septiembre de 2015, *Horatiu Ovidiu Costea c. SC Volksbank Romania, S.A.*, asunto C-110/14.

[196] El art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE establece: "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". El art. 5 de la misma Directiva establece: "En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Esta norma de interpretación no será aplicable en el marco de los procedimientos que establece el apartado 2 del artículo 7 de la presente Directiva".

[197] Conviene atajar un posible malentendido terminológico, tal y como lo hace CÁMARA LAPUENTE, S. (2017), "Las (seis) SS.T.S. posteriores a la S.T.J.U.E. 21 diciembre 2016…", *op. cit.*, p. 1786, nota 48: "Cuando esta STS nº 334/2017, de 25 de mayo se refiere, como se transcribe en el texto y recuerda en otro párrafo que parafrasea la STS nº 22/2015, de 29 de abril, que el desequilibrio sustancial "no puede referirse al equilibrio objetivo entre precio y prestación, que escapa al control judicial", sino que ha de venir referido al equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación", el razonamiento es preciso: no debe haber control judicial de precios porque ese sería un control del equilibrio económico del contrato, no contemplado en nuestra Constitución (y porque, de normal, no habrá parámetros legales de comparación), sino que el equilibrio que se evalúa es jurídico; en este sentido, no hay criterios objetivadores de la relación calidad/precio, sino que se busca garantizar la decisión bien formada del contratante por adhesión mediante la potenciación de los deberes informativos del predisponente. En este sentido ese «equilibrio subjetivo» (no objetivo) no debería estar reñido con mantener una «transparencia objetiva» (no subjetiva), en el sentido ya apuntado de que cualquier consumidor medio en las circunstancias concretas de ese caso no hubiese comprendido la transcendencia de la cláusula. O, como se acaba de afirmar, si el consumidor no negoció la cláusula, lo que debe comprobarse es si ésta era «clara y comprensible» no si el adherente del

La STS nº 334/2017, de 25 de mayo supone un perfecto ejemplo de lo inoportuno e innecesario de transitar hacia el subjetivismo (por más que esta STS nº 334/2017, importa resaltar, no retoma los argumentos de la STS nº 171/2017, de 9 de marzo, sobre la evaluación del consentimiento mediante «otros medios» no documentales). En esta sentencia (sobre dos acciones individuales acumuladas, mismo ponente que la STS nº 171/2017, de 9 de marzo), tras apuntar que el desequilibrio proviene de haber impedido al consumidor representarse el impacto económico para el préstamo que produce la cláusula suelo, recordar que la buena fe tiene que ver con lo que sería aceptable en una negociación leal y apostillar que no se valora "el equilibrio objetivo sino el subjetivo entre precio y prestación, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación", concluye (FD nº 4.4): "Es difícil que, a la vista del contenido de la cláusula suelo, que comporta para el consumidor que no pueda beneficiarse de la bajada de los tipos una vez alcanzado el suelo, le hubiera resultado indiferente su inclusión en el contrato si hubiera existido una negociación individual"; es decir, la sentencia no concluye que los cuatro concretos consumidores involucrados en las dos acciones individuales admitiesen en juicio que su consentimiento estaba «viciado» y que de haber sido conscientes y haber negociado no hubiesen aceptado la cláusula suelo, sino que para cualquier consumidor en esas circunstancias la cláusula suelo no transparente (la enmascarada, oculta, incomprensible, etc.) resulta perjudicial y supone un desequilibrio de derechos y obligaciones de las partes contractuales.

La distinción entre los conceptos «conocimiento», «comprensión», «negociación» y «consentimiento» que pueden verse tan próximos en relación con las cláusulas que definen el precio y la contraprestación, resulta capital para delimitar la noción de transparencia (objetiva/subjetiva, según sean acciones individuales o colectivas). Las especiales circunstancias probatorias del caso que desembocó en la STS nº 171/2017, de 9 de marzo, en el que todas las instancias consideran la cláusula suelo transparente y válida, hacen que haya podido culminar una doble mutación: en el entendimiento de fondo de esta sentencia, la comprensión prácticamente equivaldría a la negociación y, dado que lo que ha de evaluarse es el consentimiento del adherente, el control de transparencia estaría aproximándose mucho, casi identificándose, con la evaluación de los vicios del consentimiento (error-vicio)[198].

En la base de esas conclusiones está, en primer lugar, el planteamiento del litigio por las partes y la valoración de diversas pruebas que atestiguan que existió negociación (correos, rebaja de la cláusula suelo), más que indicios de comprensión efectiva (que normalmente cabrá presuponer si se negoció la cláusula, aunque podría haber casos en que la respuesta no fuese unívoca, con una negociación basada en un entendimiento erróneo que aprovecha el predisponente); en este caso ya no nos encontraríamos en el régimen de protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas, pues al haber negociación no puede haber cláusula abusiva. Acaso con un exceso de respeto al planteamiento del pleito por los recurrentes, el TS es plenamente consciente de esto y lo alerta, en un *dictum* obvio pero muy importante; podría haber resuelto el caso por la vía de la existencia de la negociación y no de la transparencia, pero respetar el planteamiento de los litigantes (pues "ninguna de las partes ha cuestionado que la cláusula suelo hubiera sido predispuesta por el banco y, por lo tanto, no negociada") le permite hacer todas las novedosas afirmaciones que contiene la STS nº 171/2017, de 9 de marzo; ésta es la forma en que se cierra su texto (FD nº 2.8), con "una aclaración complementaria, para evitar equívocos":

> La audiencia, para remarcar el conocimiento que el cliente tenía de la cláusula suelo antes de la firma del contrato, llega a afirmar que «existe(n) en el procedimiento elementos probatorios que revelan que el establecimiento de dicha cláusula fue negociado individualmente entre los actores y la entidad demandada, hasta el punto de que la misma aplicó un «suelo», inferior al tipo usual aplicado por dicha entidad (...)». Si no fuera por el respeto debido a lo que ha sido objeto de debate entre las partes, este hecho declarado probado por la audiencia hubiera permitido que nos cuestionáramos en qué medida en este contrato la cláusula suelo no había sido predispuesta por el banco, al haber sido negociada, y si por ello no resultaba de aplicación la normativa y la jurisprudencia sobre cláusulas abusivas, al quedar en entredicho la propia cualidad de condición general de la contratación de la cláusula litigiosa.

caso concreto la comprendió a plenitud o no (para lo cual ya está el expediente del error-vicio, que si recae sobre un auténtico elemento esencial del contrato ocasionará la anulabilidad del entero contrato)".

[198] *Vid*. CÁMARA LAPUENTE, S. (2017), "Las (seis) SS.T.S. posteriores a la S.T.J.U.E. 21 diciembre 2016…", *op. cit.*, pp. 1786-1787.

En síntesis, para el TS:

- El control de transparencia es distinto de la evaluación del consentimiento viciado por error (entre otras, la STS nº 241/2013, de 9 de mayo, y la STS nº 464/2014, de 8 de septiembre).
- El control de incorporación de las CGC (arts. 5 y 7 de la LCGC, ahora llamado por el TS control de transparencia formal) también es distinto del juicio sobre el error-vicio en el consentimiento: así, la STS nº 688/2015, de 15 de diciembre y la STS nº 267/2017, de 4 de mayo[199].
- Es posible durante el examen de un contrato de *swap* desde la óptica solicitada del error-vicio, proceder al control de oficio de una cláusula como abusiva, en cualquier instancia procesal (STS nº 267/2017, de 4 de mayo)[200].
- No cabe la nulidad parcial de contrato por error-vicio (esto es, la nulidad de una concreta cláusula como sí ocurre con la transparencia), sino la nulidad de todo el contrato (STS nº 104/2017, de 17 de febrero y STS nº 414/2018, de 3 de julio[201]).
- Cuando una cláusula supera el control de incorporación, si no resulta probada la existencia de un déficit de información ni se demuestra la existencia de un vicio del consentimiento, no procede anular una cláusula por tal vicio (STS nº 41/2017, de 20 de enero, en un contrato en que el adherente era empresario y pretendía la ineficacia de una cláusula suelo).
- Y, en cuanto al papel del incumplimiento de los deberes de información de la entidad financiera en relación con la aplicación del error-vicio a productos financieros complejos (*swaps*, preferentes, subordinadas, etc.), la consolidada doctrina del TS (desde la STS [Pleno] nº 840/2013, de 20 de enero de 2014) puede resumirse así: "la falta de acreditación del cumplimiento de los deberes de información permite presumir en el cliente la falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados y, consiguientemente, la existencia de un error excusable" (STS nº 292/2017, de 12 de mayo); en definitiva, procede "la nulidad del contrato por concurrencia de error en el consentimiento cuando el mismo ha sido causado por el incumplimiento por la empresa de servicios de inversión del deber de información al cliente que le impone la normativa sectorial" (STS nº 282/2017, de 10 de mayo).

Es decir, el conocimiento de una cláusula es un requisito previo para un válido consentimiento[202], aunque ninguna de las dos actividades garantiza por sí sola la comprensión de la estipulación. El control de incorporación (arts. 5 y 7 de la LCGC) sin duda garantiza ese conocimiento (primer filtro de transparencia, formal) y, según el TS, el genuino control de transparencia (material) es la garantía de la comprensión de la cláusula que afecta a la definición del objeto principal del contrato (*ex* art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE; por más que el control de incorporación tiene una elasticidad suficiente como para garantizar lo mismo sin necesidad de concluir el carácter abusivo de la cláusula, como demuestra que el propio art. 5 de la LCGC se refiere a que la redacción deberá ajustarse a los criterios de "transparencia, claridad, concreción y sencillez" y el art. 80.1 del TRLGDCU apela a que la cláusula debe tener "posibilidad de comprensión directa")[203].

---

[199] En ambas se enjuicia la posible aplicación del control de incorporación a una cláusula sobre el coste de cancelación de contratos de *swap*, y en ambas se sienta que "*hemos de recordar que estamos bajo el ámbito del control de incorporación y no juzgamos el eventual error-vicio en el consentimiento*"; se advierte, asimismo, que "la exigencia de claridad y comprensibilidad de una condición general, a los efectos de realizar el control de incorporación, no es uniforme, sino que depende de la propia complejidad de la materia sobre la que versa el contrato, y, más en concreto, de la cláusula controvertida", además de que conforme al art. 7 de la LCGC, "para que puedan considerarse incorporadas al contrato, las condiciones generales han de ser claras, concretas, sencillas y comprensibles directamente en atención al producto que se comercializa".

[200] En este caso, no se practicó prueba alguna porque desde la instancia se consideró que era una cuestión meramente jurídica, por lo que el examen fue solo de la cláusula, que superó el control de incorporación y el de contenido.

[201] La STS nº 414/2018, de 3 de julio, en su F.D. nº 3, punto 4, establece: "También resulta improcedente la acción de nulidad por error vicio del consentimiento. La acción ejercitada tenía por objeto la nulidad de una cláusula aislada (la cláusula suelo), no de la totalidad del contrato. Lo que permite anular una concreta cláusula de un contrato predispuesto es la acción de nulidad por abusividad propia de la normativa sobre condiciones generales de la contratación, pero no una acción de anulabilidad por error vicio del consentimiento, que sólo podía determinar la anulación del contrato en su totalidad (sentencias 380/2016, de 3 de junio; 450/2016, de 1 de julio; 66/2017, de 2 de febrero; y 104/2017, de 17 de febrero; entre otras muchas)".

[202] Así lo reflejó la STS nº 241/2013, de 9 de mayo (§§ 143 y 144): el conocimiento de una cláusula "no excluye su naturaleza de condición general y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentidas e incorporadas al contrato", pues "el conocimiento de una cláusula (sea o no condición general o condición particular) es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias (singularmente para el imponente) no obligaría a ninguna de las partes".

[203] *Vid*. Cámara Lapuente, S. (2017), "Las (seis) SS.T.S. posteriores a la S.T.J.U.E. 21 diciembre 2016…", *op. cit.*, pp. 1788-1789.

Aquí es donde se inserta un constructo doctrinal, siempre debatido, en relación con el consentimiento en los contratos en masa: en tanto que, en términos generales, en relación con las CGC (o con las cláusulas de adhesión no negociadas) el consumidor no emite un auténtico consentimiento en el sentido genuino del CC (un consentimiento basado en la negociación), sino que simplemente se adhiere al contenido contractual, en cambio respecto a los elementos esenciales de ese mismo contrato de adhesión (precio/contraprestación) sí habría un auténtico consentimiento, pues no sólo son la base imprescindible del contrato en sí (art. 1261 CC), sino que podría entenderse (en la citada concepción) que han sido realmente negociados[204]. De ahí el fundamento de evaluar el consentimiento (vía transparencia) en relación con los elementos esenciales del contrato.

Ahora bien, la negociación en este ámbito se cifra no en un intercambio de ofertas y contraofertas en el proceso de formación del contrato entre esas concretas partes (como ocurre en el ámbito del CC), sino más bien en la posibilidad de «negociar» en el mercado, es decir, buscar y aceptar una oferta distinta (otro precio sobre el mismo o similar objeto) de un oferente/predisponente distinto. Este presupuesto sobre en qué estriba «negociar» llevó hace unos años a que se planteara una y otra vez ante los tribunales si las CGC sobre elementos esenciales eran realmente «condiciones generales» por haber sido «negociadas»[205]; superado ese escollo en sentido afirmativo (son tan CGC como el resto, pues están igualmente predispuestas e impuestas), queda el examen *ad casum* acerca de si esas cláusulas sobre el objeto principal del contrato fueron o no negociadas en el sentido genuino del CC, pues cuando el consumidor "no haya podido influir sobre su contenido" (art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE) no habrá existido negociación y cuando sí hubo esa oportunidad, culminara o no el cambio de esa cláusula o de otras, se entenderá que existió negociación y, en consecuencia, no será aplicable el régimen de protección de los consumidores sobre cláusulas abusivas (ni, por ende, el control de transparencia), sino, en su caso, el régimen nacional sobre los vicios del consentimiento. La cuestión de cuándo ha existido negociación en estos contratos de adhesión ha sido abordada una y otra vez por los tribunales como *prius* para entrar a evaluar la aplicación de esta normativa de consumo; diversos supuestos limítrofes parecen estar ahora ya bien delimitados: por todas, una de las sentencias más certeras en sintetizar esos logros jurisprudenciales es la STS (Pleno) nº 265/2015, de 22 de abril, a donde cabe remitirse ahora.

En este punto, la novedad que representa la STS nº 171/2017, de 9 de marzo es que se dio por plenamente probado que existió auténtica negociación de la cláusula suelo entre las partes contratantes (hasta el punto de rebajar su porcentaje), pero en lugar de, por las razones ya expuestas, declarar simplemente que en tal caso, salvo prueba de error-vicio en el consentimiento, la cláusula era válida, su validez se predicó de la transparencia, porque el consumidor la conocía, la comprendió y la consintió. Y en esa simbiosis o fusión entre transparencia y negociación (inexacta, pues no siempre se habrá negociado lo que el consumidor comprendió a la perfección) es donde radica el nuevo maridaje entre transparencia y error como vicio del consentimiento, un control subjetivo que no parece compadecerse del todo bien con el tinte objetivo que el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE da al control de transparencia: no se producirá la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato "siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible" (cláusulas comprensibles en una contratación estandarizada, no consumidor más avezado e informado que comprendió lo que otros en circunstancias similares no).

Y una última reflexión en torno a la STS nº 171/2017, de 9 de marzo, consiste en contestar a la pregunta: ¿debe ser distinto el control de transparencia en procedimientos individuales y en procedimientos colectivos? La respuesta de la STS nº 171/2017 parece ser afirmativa, pues al enjuiciar una acción individual es posible tener constancia de esas "circunstancias propias" de cada caso que permitan acreditar que el consentimiento sobre los elementos esenciales del contrato se emitió correctamente por cumplirse todos los deberes informativos previos. La mutación de la transparencia objetiva a la transparencia subjetiva, del consumidor medio al consumidor individual en cada caso concreto, diferencian aún más el objeto (ya de por sí considerado distinto, por la STJUE de 14 de abril de 2016, Sales Sinués, entre acciones colectivas y acciones individuales), lo que dificulta todavía más que, en los supuestos en los que la abusividad de una cláusula dependa del juicio de transparencia material, pueda tener efectos *ultra partes* una sentencia dictada en un proceso colectivo

[204] *Ibídem, op. cit.*, p. 1789.

[205] Entre las últimas que aún hubieron de abordar la cuestión (tantas veces resuelta con la distinción entre la libertad de contratar y la libertad de fijar el contenido contractual), puede verse la omnipresente STS nº 241/2013.

respecto de otros consumidores individuales, y, por ende, que sirva de algo la inscripción de dichas sentencias en el RCGC (lo que, debido a esta nueva doctrina jurisprudencial, ha dejado de realizarse, por innecesario).

La STS nº 171/2017 dice, en su FD nº 2.5:

> En una acción individual como la presente, el juicio sobre la transparencia de la cláusula no tiene por qué atender exclusivamente al documento en el cual está inserta o a los documentos relacionados, como la previa oferta vinculante, sino que pueden tenerse en consideración otros medios a través de los cuales se pudo cumplir con la exigencia de que la cláusula en cuestión no pasara inadvertida para el consumidor y que este estuviera en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba.

Por lo tanto, a diferencia de lo que acontecía en la STS nº 241/2013, que enjuiciaba el resultado de una acción de cesación colectiva, a juicio de la STS nº 171/2017, el examen del cumplimiento de los requisitos de transparencia no ha de quedarse en un examen neutro, abstracto, de los documentos obrantes en autos, sino que es posible valorar "otros medios" más apegados a las circunstancias que rodearon el caso concreto del adherente ahora parte procesal, entre los que menciona la declaración notarial en juicio.

En definitiva, parece querer decirse, el juzgador tiene una superior capacidad valorativa de las circunstancias en un proceso individual que las que tiene en un proceso colectivo. Pero esta línea argumental puede acabar llevando a otra que, a juicio de CÁMARA LAPUENTE[206], entraña nuevos peligros para la seguridad jurídica: existirían requisitos distintos para el control de transparencia en procesos individuales y en procesos colectivos, lo que puede abocar en subtipos nuevos de transparencia material, que dependerían sólo del cauce procesal empleado para impugnar la misma cláusula suelo[207] (o la cláusula predispuesta sobre elementos esenciales de que se trate en cualquier otro contrato). La STS nº 171/2017, de 9 de marzo, evita adentrarse en posibles distinciones sobre pretensiones, objetos, trámites procesales y efectos dispares derivados de acciones individuales y colectivas; sólo realiza sus afirmaciones respecto a la acción individual que está examinando y lo mismo hace, siguiendo a ésta, la STS nº 334/2017, de 25 de mayo (que enjuicia dos acciones individuales acumuladas). La STS nº 123/2017, de 24 de febrero, en cambio, como se ha examinado, sí recurre a la distinción entre ambos tipos de acciones (con cita de la STJUE de 14 de abril 2016, Sales Sinués y la STC nº 148/2016, de 19 de septiembre), si bien a los solos efectos procesales de la cosa juzgada.

Ahora bien, en el panorama de la jurisprudencia anterior destacan muy especialmente las afirmaciones de la STS (Pleno) nº 139/2015, de 25 de marzo, cuando consumó el trasvase a procesos individuales de la jurisprudencia del TS sobre el carácter irretroactivo de la nulidad de las cláusulas suelo no transparentes creado en un proceso colectivo. Recuérdese el contexto: la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia y Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz de 2 de julio 2013 y la SAP de Álava (sec. 1.ª) de 21 de noviembre 2013, al resolver una acción individual de nulidad de cláusula suelo por falta de transparencia, concluyeron que, debido a la diferente naturaleza de las acciones ejercitadas en la STS nº 241/2013 (de cesación) y ante dichos órganos (individual de nulidad por abusiva), debía acogerse la pretensión de devolución íntegra (retroactiva) de todas las cantidades percibidas indebidamente. La STS nº 139/2015, de 25 de marzo (DF nº 7) lo expresa en estos términos:

> Sin embargo, tal distinción entiende la Sala que no se contempla en la Sentencia del Tribunal Supremo (…). Además, añadimos que no resulta trascendente, al efecto aquí debatido, que se trate de una acción colectiva o de una individual, puesto que el conflicto jurídico es el mismo y estamos en presencia de una doctrina sentada por la repetida sentencia para todos aquellos supuestos en que resulte, tras su examen, el carácter abusivo de una cláusula suelo inserta en un préstamo de interés variable cuando se den las circunstancias concretas y singulares que el Tribunal Supremo entendió que la tiñen de abusiva, debiendo ser, por ende, expulsada del contrato.

---

[206] *Vid*. CÁMARA LAPUENTE, S. (2017), "Las (seis) SS.T.S. posteriores a la S.T.J.U.E. 21 diciembre 2016…", *op. cit.*, pp. 1781.

[207] Esto es abiertamente criticado por GOMÁ LANZÓN, I. (2017), "Continúa el culebrón: las cláusulas suelo son válidas o réquiem por la transparencia material", *Hay Derecho (Blog)*, 4 de abril de 2017, disponible en línea: https://hayderecho.expansion.com/2017/04/04/continua-el-culebron-las-clausulas-suelo-son-validas-o-requiem-por-la-transparencia-material/ (fecha de consulta: 28 de diciembre de 2018); y GOMÁ LANZÓN, I. (2017), "El alcance de la intervención notarial en la contratación bancaria (I)", *El Notario del siglo XXI*, nº 72, marzo-abril de 2017, p. 62, donde este autor afirma: "es obvio que una cláusula esencialmente coincidente en ambas resoluciones no podría, por una cuestión de lógica elemental, producir la nulidad en la acción abstracta de cesación y la validez en la individual, porque si la cláusula no es en general transparente, circunstancias concretas no podrán nunca mejorar la situación, de mismo modo que una venta por incapacitado es nula y el examen del contrato concreto no la va a hacer válida".

Ha de traerse también a la memoria el conocido voto particular del magistrado F. J. Orduña Moreno a esta sentencia, en el cual defendía la eficacia plenamente retroactiva de la nulidad y, entre otros argumentos, apuntaba (FD nº 2 y 3) la distinción entre los procedimientos y la improcedencia de aplicar "en bloque" la fundamentación técnica de la STS nº 241/2013 a casos derivados de acciones individuales[208].

4.4.8. Algunas reflexiones adicionales: el doble control de transparencia no es aplicable a los contratos con profesionales

Hay aquí diversas cuestiones interesantes que merecen ser comentadas con cierto detenimiento. En nuestra modesta opinión, el TS se ha metido en camisa de once varas por culpa de sus propios razonamientos, creando una espiral de la que ya no puede salir, salvo que el legislador solucionara el asunto. Veámoslo paso a paso:

a) Hay que partir de la base de que las cláusulas abusivas tienen su ámbito propio dentro de las relaciones con consumidores. La LCGC no incluye el control de contenido —abusividad— de las CGC para el supuesto de un contrato celebrado entre empresarios, de acuerdo con el art. 8 de la LCGC[209]. En este sentido, lo que debería haber sido el núcleo de la LCGC, es decir, una norma general para efectuar un control específico de contenido distinto del que generalmente es aplicable a todos los contratos resulta que no lo tiene[210].

b) Esto significa que, en realidad, y como ya se ha dicho, existen dos controles: por un lado, un control de incorporación o inclusión, que deberán superar las CGC con independencia de que los contratantes sean consumidores o empresarios. Se denomina también control de consentimiento[211], y supone el cumplimiento, por parte del predisponente, de una serie de requisitos formales para que las CGC queden incorporadas al contrato. Para ello, hay que acudir a los arts. 5 y 7 de la LCGC[212]. El art. 5 se refiere a los requisitos de incorporación, y el art. 7 establece cuándo las CGC no quedan incorporadas al contrato, de manera que primero se regula la condición positiva para la incorporación y luego la

---

[208] Y concluye, CÁMARA LAPUENTE, S. (2017), "Las (seis) SS.T.S. posteriores a la S.T.J.U.E. 21 diciembre 2016…", *op. cit.*, pp. 1782, con la siguiente reflexión: "Queda por ver si la dinámica judicial ya consolidada sobre el error-vicio en determinados productos financieros (también procedente de acciones individuales, pero con fundamento en el CC y en el paradigma de la negociación) no acaba fagocitando (para bien o para mal) los caracteres con que nació la «transparencia material»; y, más aún, si ese futuro desarrollo de nuestra jurisprudencia nacional acaba siendo o no acorde con la jurisprudencia del TJUE que, con clara extralimitación, ha asumido la competencia para perfilar las consecuencias de la falta de transparencia del art. 4.2 de la directiva, pero que, desde luego, sí es competente para delimitar los requisitos de esa transparencia, como viene haciendo en diversas sentencias, especialmente desde 2014.

[209] El art. 8 de la LCGC dispone: "1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios". Este artículo es el único precepto aplicable a la nulidad de las condiciones generales entre empresarios, pero en realidad deja libre de control de contenido específico a las mismas, de modo que en la LCGC no existe un específico control de contenido aplicable a todas las condiciones generales con independencia de quien sea el adherente.

[210] *Vid*. ALFARO AGUILA-REAL, J. (1991), *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid: Civitas, p. 81: "Hablar de régimen jurídico de las condiciones generales es hablar de control de contenido". A lo que CAÑIZARES LASO, A. (2015), "Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo". *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, Estudios, p. 71, nota 7, añade: "Una ley de condiciones generales que eluda este control es un cascarón vacío".

[211] *Cfr*. CÁMARA LAPUENTE, S. (2006), *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, Pamplona: Aranzadi, Cizur Menor, pp. 123 y ss.

[212] El art. 5 de la LCGC dispone: "1. Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas. No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas. 2. Los adherentes podrán exigir que el Notario autorizante no transcriba las condiciones generales de la contratación en las escrituras que otorgue y que se deje constancia de ellas en la matriz, incorporándolas como anexo. En este caso el Notario comprobará que los adherentes tienen conocimiento íntegro de su contenido y que las aceptan. 3. Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración. 4. (Derogado) 5. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Por su parte, el art. 7 de la LCGC dispone: "No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato."

condición negativa para la no incorporación. Por otro lado, CAÑIZARES LASO[213] defiende que también en este punto hay que acudir al art. 80 del TRLGDCU[214], que establece asimismo los requisitos que deben reunir las CGC. Por otro lado, un control de contenido que únicamente deberán superar aquellas CGC incluidas en los contratos en los que uno de los contratantes sea un consumidor; por ello sólo merecen el calificativo de abusivas aquellas CGC que no traspasen o superen el control de contenido que se establece en este caso. Este es un control de legalidad que comprueba la validez de las CGC incluidas en el contrato por contraste con unas normas específicas más exigentes que las que de manera general controlan la validez de los contenidos contractuales negociados. Debe acudirse a los arts. 80, 82 y ss. del TRLGDCU[215]. De hecho, en los arts. 85 y ss. encontramos la relación de la lista gris de cláusulas abusivas.

c) Además, y para el caso en particular de las cláusulas suelo, como señala CAÑIZARES LASO[216], pronto se vio la necesidad de distinguir entre esos requisitos formales de inclusión y ese requisito, "de alguna manera independiente y distinto", de transparencia, cuando se predique de una cláusula que afecta a un elemento esencial del contrato, "aunque se denominen requisitos de incorporación en general". Recordemos que el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE deja claro que "la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible". Sin embargo, esto entra en juego en el caso de las cláusulas suelo, pues forman parte del elemento esencial «precio» de los préstamos hipotecarios y, aunque dicho art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE no fue transpuesto al ordenamiento jurídico español, la STJUE de 3 de junio de 2010 (Asunto C-484/08, Caja Madrid) resolvió que los Estados miembros no están obligados a realizar dicha transposición, y que, en todo caso, se les aplica, pues el ordenamiento jurídico europeo forma parte del ordenamiento jurídico de los Estados miembros. No obstante, añadió que, según el art. 8 de la Directiva 93/13/CEE, los Estados miembros pueden autorizar un control judicial completo del carácter abusivo de estas cláusulas esenciales, pues lo contemplado por la Directiva 93/13/CEE es de mínimos, y nada impide adoptar o mantener disposiciones más estrictas, a fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.

d) Dicho esto, la STS nº 241/2013, de 9 de mayo, tuvo que buscar una argumentación jurídica que le permitiese entrar en la valoración del carácter abusivo de un elemento esencial de un contrato como es la cláusula suelo, dado el contenido del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE y que las cláusulas suelo están redactadas de una manera "clara y comprensible" (según su interpretación, pues podría haber dicho que la redacción gramaticalmente clara no tiene por qué ser comprensible en toda su extensión para el consumidor medio), por lo que tuvo que declarar la nulidad de la cláusula por una cuestión de falta de transparencia, creando la doctrina del doble control de transparencia (formal y material). A juicio de CAÑIZARES LASO[217], "probablemente la transparencia se encuentra en ese control de incorporación o inclusión del contrato con condiciones generales, no tratándose, en definitiva, de un control meramente formal", sino que supone también "un control del consentimiento material". La

[213] *Vid*. CAÑIZARES LASO, A. (2015), "Control de incorporación…", *op. cit.*, p. 74, aunque en el mismo texto parece señalar también el art. 82.1 del TRLGDCU, específicamente para el control de contenido. En concreto, en la p. 73, dice: "Se tratará de una cláusula abusiva si la condición general no traspasa ese control. Para que se pueda hablar de cláusula abusiva debe tratarse, en primer lugar, de una condición general, esto es, de una cláusula predispuesta no consentida expresamente; de una condición general inserta en un contrato celebrado entre consumidor y empresario; y de una condición general que no traspase el especial control de contenido establecido por el artículo 82.1 [del] TRLGDCU."

[214] El art. 80 del TRLGDCU dispone: "1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura; c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas. 2. Cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor."

[215] En especial, al art. 82.1 del TRLGDCU, que dispone: "1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato."

[216] *Vid*. CAÑIZARES LASO, A. (2015), "Control de incorporación…", *op. cit.*, p. 74.

[217] *Vid*. CAÑIZARES LASO, A. (2015), "Control de incorporación…", *op. cit.*, pp. 81-82.

cuestión es que "los elementos esenciales no están sometidos a un control de contenido, pero sí a un control de inclusión y transparencia". Se trata de distinguir "la consecuencia de la falta de transparencia cuando esa falta afecta a un elemento esencial", es decir, qué consecuencias tiene en el contrato "el que una cláusula que afecta un elemento esencial no traspase el control de transparencia". De hecho, la STS nº 241/2013, de 9 mayo adopta una importante y novedosa solución para el Derecho español vigente, que cambia el *statu quo* descrito y se inclina por el carácter genuino del control de transparencia de los elementos esenciales, cuyas características ya se han analizado.

e) En principio, el TS declara de entrada que las cláusulas suelo son lícitas, lo que significa que no siempre y en todo caso la inclusión de esta cláusula en un contrato puede conducir a su nulidad. Lo más importante de la STS nº 241/2013, de 9 de mayo, es el planteamiento de un control de transparencia separado e independiente. El TS señala que el control de transparencia es un control propio, separado y diferente del control de inclusión. Superado el control de inclusión, es preciso examinar si además superan el control de transparencia cuando están incorporadas a contratos con consumidores[218]. Dicho de otra forma: no puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato —precio incluido—, salvo por falta de transparencia material.

f) Por supuesto, huelga decir que, para llegar a esta conclusión, el TS debió considerar que la cláusula suelo formaba parte del objeto principal del contrato, es decir, del elemento esencial «precio», lo que ya de por sí puede ser puesto en duda[219].

g) Dicho esto, ¿cómo es posible que un control de transparencia basado en un primer control formal y luego otro material, que implica necesariamente un enjuiciamiento individualizado de cada caso concreto, como reconoce el propio TS, se resolviera en la STS nº 241/2013, de 9 de mayo, tras una acción colectiva de cesación? ¿Qué tipo de análisis individualizado de la comprensibilidad real de la cláusula suelo se llevó a cabo? Se trataría, más bien, de un control abstracto de la comprensión de un consumidor medio. Sin embargo, ya se ha visto que la evolución posterior del TS ha sido la de mutar la transparencia objetiva en transparencia subjetiva, es decir, en analizar los casos individuales para determinar si hubo comprensión de la cláusula para cada consumidor en concreto y no para un consumidor medio o abstracto. No obstante, si el doble control de transparencia, únicamente aplicable a los consumidores, implica que, debido a la falta de información recibida por parte de la entidad financiera, este consumidor particular no pudo entender el contenido real de la cláusula suelo impuesta, ¿cómo pudo generalizarse dicha conclusión, en la STS nº 241/2013, de 9 de mayo? El TS tenía la opción de decir: como la cláusula suelo es lícita, pero abusiva si no cumple el doble control de transparencia, no puede ser valorada la cuestión en una acción colectiva, sino únicamente en acciones individuales. En cambio, resolvió que la cláusula suelo era abusiva por no superar el doble control de transparencia, pero seguidamente limitó los efectos de la sentencia, no publicándola en el RCGC y negando sus efectos *ultra partes*, alegando que "la diversidad de casos de protección impone evitar una errónea norma generalizadora" con la excusa de que "la demandante, pese a que interesó la declaración de nulidad indiscriminada de las cláusulas suelo de los préstamos a interés variable celebrados con consumidores, no interesó su eficacia *ultra partes*, lo que, unido al casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de la información, nos obliga a ceñirlos a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos". Una excusa que parece bastante pobre o incluso cobarde por parte del TS.

---

[218] *Vid*. CAÑIZARES LASO, A. (2015), "Control de incorporación…", *op. cit.*, pp. 88-89.

[219] Como señala CÁMARA LAPUENTE, S. (2017), "Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016: su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no sólo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo". *InDret*, *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, p. 24, varias consideraciones permiten poner en duda lo abonado de esa tesis: (i) no cualquier cláusula que afecta al precio, guarda relación con él o se refiere a él constituye necesariamente el objeto principal del contrato; (ii) en esta línea, el TJUE ha mantenido que esa categoría merece una interpretación restrictiva por la excepción que el art. 4.2 supone en el contexto de la Directiva 93/13 (STJUE de 30 de abril de 2014, asunto *Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282*, fundamento 42); (iii) además, el TJUE, al dar pautas sobre qué cláusulas hayan de incluirse o excluirse en la "definición del objeto principal del contrato" *ex* art. 4.2 se ha decantado por ser sólo las cláusulas "que regulan las prestaciones esenciales del contrato y que como tales lo caracteriza", mientras que no forman parte de ese concepto "las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación"[219]; (iv) no en vano, debe pensarse que si la cláusula suelo fuese tan imprescindible en la definición del objeto del contrato y fuese de veras un elemento esencial del contrato, eliminada la cláusula, éste no podría subsistir, cosa que no ocurre al quedar operativo el interés variable.

h) Es más, el doble control de transparencia creado por el TS a partir de la STS nº 241/2013, de 9 de mayo, sólo es aplicable a consumidores y usuarios, y no a la contratación entre empresarios (STS nº 367/2016, de 3 junio 2016, STS nº 30/2017, de 18 de enero, STS nº 41/2017, de 20 de enero, y STS nº 57/2017, de 30 enero)[220]. Para los empresarios adherentes, que sufren las consecuencias de CGC que sean lesivas para sus intereses, el TS les invita a que recurran a los artículos 1258 del CC y 57 del CCom. Han de reputarse abusivas o contrarias a la buena fe, aquellas cláusulas que comporten una regulación contraria a la legítima expectativa que el adherente pudo tener de conformidad con los términos del contrato, como consecuencia de un abuso de la posición dominante del predisponente, ya sea por falta de información suficiente o porque las cláusulas sean calificadas de sorprendentes. El control de incorporación por este motivo protegería al empresario. En todos los sistemas contractuales modernos el control de incorporación o de transparencia formal de las CGC es un paso previo al control de «abusividad». Es, además, un control que abarca a cualquier cláusula, incluso cuando regula el objeto principal del contrato, siendo indiferente quién sea el adherente. La buena fe como parámetro de interpretación de la cláusula suelo es un envite a los empresarios para que por esta senda postulen la nulidad de la cláusula suelo. La nulidad no traería causa de la «abusividad» de la cláusula, sino de la lesión que por falta de información sobre la cláusula cause al adherente. La buena fe aquí no es la objetiva, sino la subjetiva, es decir, la buena fe del predisponente en cada caso en el momento de la información al adherente.

i) Es evidente, por tanto, que el doble control de transparencia y la invocación de los art. 1258 del CC y 57 del CCom se tocan, son muy parecidos en argumentación jurídica. Tanto es así que prácticamente la única diferencia apreciable es la de la carga de la prueba: mientras en el caso de los consumidores, la carga de probar que fueron debidamente informados recae sobre el predisponente, en el caso de los empresarios que invoquen los arts. 1258 del CC y 57 del CCom tienen la carga de la prueba respecto a esta misma cuestión[221]. Pero también hay que tener en cuenta el hecho de que no cabe, como se ha visto, la nulidad parcial de contrato por error-vicio (esto es, la nulidad de una concreta cláusula como sí ocurre con la falta de transparencia), sino la nulidad de todo el contrato (STS nº 104/2017, de 17 de febrero y STS nº 414/2018, de 3 de julio), lo que en este caso sería perjudicial para el adherente.

j) La STS nº 241/2013 acuerda que la mencionada cláusula suelo no es válida por los siguientes motivos: a) falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; b) se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas; c) no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; d) no hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad —caso de existir— o advertencia de que al concreto perfil de cliente no

[220] *Vid*., en este sentido, mi trabajo anterior: CUADRADO SOLER, J. (2018), "Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016, 18, 20 y 30 de enero de 2017: el segundo control de transparencia únicamente es aplicable a los contratos con consumidores", *Top Jurídico Consumidores y Usuarios, Editorial Jurídica Sepin*, abril de 2018.

[221] La transparencia, tanto formal como material, no tiene por objeto el conocimiento efectivo de las cláusulas por el adherente individual, sino que su objeto es poner a disposición del adherente medio la posibilidad de conocer de modo efectivo, según un criterio material, la verdadera carga jurídica y económica del contrato, por medio del cumplimiento de las obligaciones de información previa del profesional. No hay ningún deber de conocer del adherente, sólo obligación de información previa al contrato del predisponente y el correlativo derecho de la persona consumidora —o adherente medio— a disponer de las informaciones que su contraparte tiene que comunicarle (aunque, en contra, *vid*. PRATS ALBENTOSA, L. (2014), "La información precontractual como deber del oferente y derecho del consumidor, según la Directiva de Derechos de los consumidores 2011/83", *El Notario del Siglo XXI*, nº 56, pp. 1-4, quien sí que afirma que hay un deber de conocer de la persona consumidora). Sin olvidar que, en el contrato por adhesión, abordar los vicios del consentimiento cuando analizamos el contenido contractual es un contrasentido. Cuando analizamos las CGC la persona consumidora, por ejemplo, ya ha recibido y se ha gastado el dinero del préstamo, o acaba de aparcar en un área de servicio o está devolviendo el coche alquilado que ya ha disfrutado, etc. ¿Cómo pensar entonces que el contrato no se ha celebrado? Es un contrasentido pretender que, en esas condiciones, no haya contrato y que las consecuencias de ello sean la nulidad total, con la devolución por la persona consumidora deudora del dinero desde luego y en su totalidad, dejando de lado el plazo, en el caso del préstamo. No es que en el contrato por adhesión no podamos discutir las cuestiones relativas a la existencia del contrato, sino que el modo propio de considerar estos contratos, por medio de los llamados procedimientos de control, nos aleja de los problemas del consentimiento en su vertiente subjetiva y nos orienta hacia los controles de interpretación, transparencia y contenido donde se aplican las normas propias de los mismos. Por eso decimos que al hacer control de transparencia suponemos que el contrato se ha celebrado y no que vamos a revisar y analizar si el contrato se ha celebrado, si ha habido una decisión con conocimiento de causa sobre la celebración del contrato. Mientras el análisis del contrato desde el punto de vista de su existencia y de la concurrencia de los elementos esenciales se refiere al contrato como un todo, el control de transparencia y el de contenido se refieren a una parte del contrato, se refieren al análisis de esta o aquella condición general de la contratación, a esta o aquella cláusula no negociada individualmente. *Vid*. BALLUGERA GÓMEZ, C. (2018), "Crítica de la doctrina del control de transparencia del Tribunal Supremo. De la STS 9 de mayo de 2013 a la de 14 diciembre de 2017", *Revista de Derecho vLex*, núm. 165, febrero de 2018, pp. 5 y 6; BALLUGERA GÓMEZ, C. (2006), *El contrato no-contrato, op. cit.,* pp. 51 y ss.

se le ofertan las mismas; e) en el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

k) Sin embargo, existe un sector de la doctrina que defiende que cada uno de los supuestos antes expuestos no resiste el control de los artículos 5 y 7 LCGC, siendo claros ejemplos de falta de transparencia que impiden la incorporación de estas cláusulas en los préstamos bancarios. Tal vez, lo procedente hubiera sido declarar no incorporadas las cláusulas suelo en los respectivos contratos bancarias enjuiciados por la sencilla razón de que no cumplen con los requisitos de transparencia *stricto sensu* (para todo adherente, sea o no consumidor). Pero procesalmente el TS tenía que atender las peticiones de las acciones colectivas de cesación de cláusulas por su «abusividad», en las que no tiene cabida el control de incorporación, por lo que dio el paso —trascendental— de asumir de oficio el control de transparencia material cuando, en realidad, las cláusulas no cumplían los requisitos de incorporación. La consecuencia es que el TS ha causado un verdadero terremoto en el mundo de la contratación adhesiva, con el beneplácito de una parte de la doctrina.

l) En este sentido, estamos en la línea defendida por el Voto Particular a la STS nº 367/2016, de 3 junio 2016, redactado por el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno, quien abre una senda muy distinta y rompe con el debate habido hasta ahora, al elevar la transparencia material a un principio jurídico de la contratación adhesiva, es decir, aplicable a todo adherente, no sólo a los consumidores y usuarios. El Magistrado propone una segunda tesis doctrinal, distinta de la propuesta por el TS, según la cual debería ser posible la aplicación del control de transparencia a la contratación entre empresarios. El fundamento de dicho deber de transparencia, del que la abusividad formal es una manifestación, es la asimetría informativa existente entre quien redacta las condiciones en abstracto para una pluralidad de contratos y quien se limita a adherirse a ellas sin haber intervenido en su redacción. Esta inferioridad informativa debería entenderse predicable tanto de adherentes consumidores como de adherentes empresarios. Es decir, se trata de un problema derivado de la predisposición en sí misma, no de la condición de consumidor. Lo que se propone no es la aplicación analógica del doble control de transparencia a los adherentes no consumidores, sino la no escisión en dos controles de transparencia distintos o separados. La falta de transparencia no conduce necesariamente a la abusividad de la cláusula, sino que los requisitos de comprensibilidad y claridad del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE deben reconducirse al control de inclusión de los arts. 5 y 7.b) de la LCGC y no a la nulidad por abusividad de la cláusula. Sólo esta interpretación, a juicio del Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno, permite incluir la protección de todos los adherentes, con independencia de que sean consumidores o empresarios, y corregir la posible injusticia que, en su opinión y según los defensores de esta tesis, se produce en los casos de pequeños empresarios, autónomos, profesionales y/o pymes que siguen estando en una posición de inferioridad con respecto a una entidad financiera y que, por tanto, siguen siendo la parte débil en el momento de contratar. En resumidas cuentas, se trata de entender el denominado control de transparencia como integrado dentro del control de inclusión, entonces todo contrato con CGC debería superarlo con independencia de que los contratantes sean consumidores o empresarios, es decir, simplemente por su condición de adherentes. En tal caso, si se tratase de un control de incorporación, la consecuencia de la falta de transparencia sería la de tener por no puesta la cláusula en cuestión para todos los casos[222].

Así, esta doctrina, por un lado, vacía la fuerza de los requisitos de inclusión y, por otro, aumenta la intensidad de la falta de transparencia necesaria para calificar como no transparente una cláusula definitoria del objeto principal del contrato. En suma, presenta una doctrina que favorece al banco y perjudica al consumidor.

El TS, al hacer prevalecer el control de transparencia sobre el control del contenido subordina la prohibición de cláusulas abusivas a la transparencia no sólo en cuanto a las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato, sino también respecto de las accesorias, y extiende la excepción del control del

[222] Mientras que, si se entiende —como así lo ha hecho el TS— que la falta de transparencia del art. 5.5 de la LCGC lleva a un control de contenido posterior —el doble control de transparencia—, con la finalidad de juzgar si la cláusula es abusiva o no, entonces se deja al margen la posibilidad de valorar la eficacia de este tipo de cláusulas cuando ambas partes en el contrato sean empresarios, que es lo que ha sucedido en la práctica y en la realidad jurisprudencial.

contenido a cualquier cláusula que haga referencia, se relacione o influya, no que defina, el objeto principal del contrato.

Con toda esta doctrina jurisprudencial, y la negativa a inscribir la sentencia en el RCGC y a que se produzca el efecto *ultra partes* (alegando la licitud intrínseca de la cláusula suelo) se limita y dificulta excesivamente para el consumidor individual el hecho de poderse beneficiar de una sentencia dictada en un proceso colectivo, abocando a un pleito individual a la persona consumidora que quiera librarse del abuso y recuperar los perjuicios ocasionados. Este hecho, como acertadamente señala BALLUGERA GÓMEZ[223], no es inocuo, al contrario, pues ha provocado el colapso de juzgados, por no hablar de que, como siempre, el coste de la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios recae sobre su propio bolsillo, pues deben contratar a un abogado y a un procurador obligatoriamente para interponer una demanda de juicio ordinario que busque la declaración de nulidad de su cláusula suelo, sin la garantía absoluta de obtener una sentencia condenatoria en costas (muchas sentencias no la contemplaban dada la complejidad jurídica de los casos enjuiciados), y, además, porque supone una violación del principio de efectividad y de los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE. Además, como ya se ha dicho, en aquellos supuestos en los cuales el importe a obtener en concepto de restitución por la aplicación de una cláusula suelo sea de poca cuantía, hacen inviable o antieconómica su reclamación judicial.

Sin embargo, como se ha dicho, el control de transparencia debería ser realmente un control de incorporación y debería extenderse a todas las cláusulas del contrato, accesorias o principales, si bien la falta de transparencia respecto de estas últimas es un requisito para excluir el control del contenido de las cláusulas que definan el objeto principal del contrato, exclusión que debe ser interpretada restrictivamente en beneficio de la persona consumidora (apartado 42 de la STJUE de 30 abril de 2014[224]).

Encuadrado dentro del control de incorporación, el control de transparencia se debe interpretar de manera extensiva y como concreción del mecanismo previsto en la cláusula y su relación con las consecuencias económicas del mismo para la persona consumidora, lo que comprende no sólo la transparencia formal o gramatical sino también la material (apartados 70 a 72 de la STJUE de 30 abril de 2014, apartado 45 de la STJUE de 20 setiembre de 2017, asunto C-186/16 y apartado 63 de las Conclusiones (Abogado General) de 27 abril de 2017, asunto C-186/16). Que el control de transparencia es control de incorporación queda especialmente de manifiesto en cuanto la transparencia material exige una concreción detallada del juego del mecanismo de la cláusula y como tal, la interpretación extensiva de la misma es compatible con la interpretación restrictiva de la exclusión del control del contenido en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, tal como puede verse incluso en el apartado nº 215 de la STS nº 241/2013, de 9 mayo.

Asumida la interpretación estricta de la exclusión del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, ni la cláusula suelo ni la cláusula multidivisa ni la cláusula de referencia al IRPH forman parte ni son definición del objeto principal del contrato ni tienen que ver con la relación calidad/precio[225].

Muchas de las CGC se relacionan, se refieren o influyen en la relación cuantitativa calidad/precio sin que por eso formen parte ni constituyan la definición del objeto principal del contrato. La nulidad de la cláusula que define el objeto principal del contrato no produce, según el TS, la nulidad del contrato como un todo sino de la cláusula en cuestión. Pero si la cláusula suelo o la cláusula IRPH fuesen definitorias del objeto principal del contrato, conforme al art. 1289.II CC, su nulidad debería producir la nulidad del contrato como un todo.

---

[223] *Vid*. BALLUGERA GÓMEZ, C. (2018), "Crítica de la doctrina del control de transparencia del Tribunal Supremo", *op. cit.*, pp. 1-20.

[224] Además, la identificación de control de transparencia y de incorporación resulta con claridad de los apartados 67 a 69 de la STJUE de 30 de abril de 2014. Estos apartados disponen lo siguiente: "67. Se ha de constatar que esa misma exigencia figura en el artículo 5 de la Directiva 93/13, que prevé que las cláusulas contractuales escritas deben estar redactadas «siempre» de forma clara y comprensible. El vigésimo considerando de la Directiva 93/13 puntualiza en ese sentido que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas del contrato. 68. De ello se sigue que esa exigencia de redacción clara y comprensible se aplica, en cualquier caso, incluso cuando una cláusula está comprendida en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 y excluida por tanto de la apreciación de su carácter abusivo prevista en el artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva. 69. De ello resulta también que esta exigencia, tal como se enuncia en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, tiene el mismo alcance que la formulada en el artículo 5 de esta Directiva". *Vid*. CÁMARA LAPUENTE, S. (2015), "Transparencias, desequilibrios e ineficacias (…)", *op. cit.*, pp. 142-147.

[225] *Ibídem*, pp. 560 y 625.

Por tanto, afirmar que la cláusula suelo define el objeto principal del contrato y predicar la nulidad sólo del límite de variabilidad en lugar de la nulidad del contrato del que define su objeto principal, es una inconsecuencia de esta doctrina.

No deja de ser sorprendente, o irónico, que una de las sentencias más importantes de las últimas décadas, por su impacto económico y transcendencia social, como ha sido la STS nº 241/2013, de 9 de mayo (y todas las posteriores), sobre las cláusulas suelo, haya desaprovechado la ocasión de sentar las bases de una abusividad basada en la predisposición en sí misma, aplicable a todos los adherentes[226], o, cuando menos, aplicable al consumidor medio, sentando las bases para una abusividad sólo predicable de consumidores y usuarios, pero con efecto *ultra partes* y *erga omnes* y con la debida eficacia del RCGC.

Esto hace pensar que el problema, tal vez, no es tanto del RCGC como del nulo aprovechamiento de este registro y de las posibilidades de los efectos *ultra partes* y *erga omnes* en un tema tan importante como es la protección de los consumidores y usuarios en el ámbito financiero. Evidentemente, este es un tema que podría haberse resuelto por medio de una legislación eficaz, clara y definitiva sobre protección de consumidores, por lo que la única solución pasa por la aprobación de cambios legislativos que permitan esta correcta protección, lo que ahora es más difícil que hace unos años, pues la jurisprudencia del TS ha sido numerosa, amplia, y en el fondo, ha regulado cuestiones casi como si fuera un legislador, penetrando en las fuentes del Derecho de una forma poco habitual e incluso incorrecta desde el punto de vista jurídico.

4.4.9. La STS nº 669/2017, de 14 de diciembre: más allá de las cláusulas suelo, el asunto del IRPH

La doctrina se ha preguntado[227] también qué efectos *ultra partes* podía producir la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Vitoria-Gasteiz de 11 de marzo de 2016, que no fue inscrita en el RCGC, y que fue confirmada por la SAP de Vitoria-Gasteiz nº 329/2016, de 19 de octubre, que es firme conforme al ATS de 10 de mayo de 2016. La sentencia de instancia anula la cláusula del IRPH porque la considera contraria a los arts. 1256 del CC, 6.2 de la Orden de 5 de mayo de 1994, y arts. 82.1 y 4.a), 85.3 y 10 del TRLGDCU; la razón de la nulidad está en la posibilidad que tienen los bancos de influir unilateralmente en la cuantía del índice legal. Por falta de transparencia formal y material (es decir, siguiendo la doctrina del doble control de transparencia fijada por la emblemática STS nº 241/2013, de 9 de mayo) se determina la nulidad por abusividad de la cláusula del IRPH y condena a la entidad financiera a:

> Devolver a los demandantes las cantidades cobradas en concepto de interés remuneratorio calculado sobre la base del índice de referencia IRPH Entidades o índice IRPH Cajas si se hubiera aplicado, durante el segundo periodo previsto en el contrato, es decir, a partir del año de vigencia.

Todo ello en base a la argumentación siguiente:

> La cláusula no puede pasar el filtro de la transparencia, se incorporó al contrato sin que la entidad bancaria se asegurase que el cliente comprendía su contenido, sin explicarle la forma de determinar este índice por el Banco de España ni las diferencias entre el IRPH y el resto de los índices, y su comportamiento en los últimos años), no pudiendo desconocerse que el IRPH Entidades y el IRPH Cajas se han encontrado en valores superiores al Euribor, y entendemos que la falta de transparencia apreciada es suficiente para declarar la nulidad, por abusivas en el sentido expuesto, de las cláusulas.

Por lo que en esta sentencia el préstamo hipotecario queda sin tipo de interés, pues no se acuerda un interés sustitutivo. Por otro lado, y aunque ambas sentencias, tanto la de primera instancia como la de la Audiencia Provincial son firmes, no fueron inscritas en el RCGC y no despliegan efectos *ultra partes*, pues las sentencias no lo determinan, de modo que sólo queda como un criterio jurisprudencial más, que puede ser seguido o no por los jueces en ulteriores sentencias, precisamente por lo que se ha venido explicando hasta ahora: cuando se declara la nulidad de una cláusula por abusiva por el hecho de ir en contra del doble control de transparencia (formal y material), debe estarse al caso concreto, de modo que no es posible su aplicación

[226] La consideración de la transparencia como conocimiento efectivo del adherente de circunstancias concretas de la cláusula, en lugar de una mera posibilidad de conocimiento efectivo del adherente medio, ha dado lugar a un subjetivismo que obliga a las personas consumidoras a ir a pleito de forma individual para reparar el daño causado por la cláusula abusiva. *Vid*. BALLUGERA GÓMEZ, C. (2018), "Crítica de la doctrina del control de transparencia del Tribunal Supremo", *op. cit.*, p. 5.

[227] *Vid*. BALLUGERA GÓMEZ, C. (2017), "Urge reforzar…", *op. cit.*, p. 14.

ultra partes ni que cualquier otro consumidor pueda verse beneficiado de dicha declaración de nulidad por la vía del art. 519 de la LEC.

Teóricamente, como apuntaba inicialmente BALLUGERA GÓMEZ[228]:

> En el caso citado, la cosa juzgada material produciría su efecto negativo. Si se tratase de una cláusula de otro acreedor, el tribunal debería tener en cuenta esa sentencia, cuyo efecto vinculante se basa en el efecto de la cosa juzgada material en su aspecto positivo y obliga igualmente a declarar la nulidad de esa cláusula, que ya es abusiva por varias sentencias firmes.
>
> No sabemos si el TS tendrá en cuenta la cosa juzgada o si querrá sentar su criterio a través de una nueva doctrina. Sea como fuere, las personas consumidoras involucradas tienen desde luego el derecho a que les sea respetada su situación jurídica ya adquirida por virtud de la normativa protectora, que establece el efecto "ultra partes" de la nulidad ya ganada de una cláusula que es abusiva en Derecho español por sentencia firme.
>
> Sólo deseamos que el TS aproveche la oportunidad para afianzar y desarrollar los derechos arduamente reconquistados por los más débiles en sus luchas en medio de la crisis.

Efectivamente, todo hacía pensar que el art. 222.3 de la LEC tendría que producir sus efectos al margen de la mención o no en la sentencia de los consumidores que no hubieran sido parte en el proceso (art. 221.1.2ª de la LEC), y al margen de la publicación o no de la sentencia en el RCGC, sin embargo, ya hemos visto que ello no es así, y que no se produce dicho efecto de cosa juzgada que afecte a no litigantes en el proceso en particular en los juicios sobre transparencia material de las CGC que afecten a los elementos esenciales de un contrato *ex* art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE.

De hecho, el TS no ha cumplido el deseo de este autor, de "afianzar y desarrollar los derechos arduamente conquistados por los más débiles en sus luchas en medio de la crisis". Recientemente, se ha dictado la STS nº 669/2017, de 14 de diciembre, por la cual el Pleno de la Sala Primera del TS considera que la cláusula de interés de un préstamo hipotecario referenciada al Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (IRPH) no implica falta de transparencia ni abusividad. Es decir, que el TS no ha seguido el criterio de otras sentencias anteriores como la citada (SAP de Vitoria-Gasteiz nº 329/2016, de 19 de octubre).

Lo curioso de este caso es que el TS se ha desviado de la mutación hacia la transparencia subjetiva derivada de los casos de cláusulas suelo, pues en ella se hace mención de la figura del consumidor medio: el Pleno de la Sala Primera considera que, para un consumidor "normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz"[229], resultaba sencillo comprobar los diferentes índices de interés variable que se utilizan en la práctica bancaria (se trata de información pública, al fin y al cabo), por lo que la mera referencia de la entidad financiera a un tipo oficial como el IRPH Entidades era suficiente para colmar la obligación de transparencia exigible a la entidad financiera[230].

4.5. Efecto *erga omnes*

Señala GÓMEZ GÁLLIGO[231], que la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (LCU) en su art. 10.6, según la redacción dada al mismo por la disposición adicional primera de la LCGC, los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles no autorizarán ni inscribirán aquellos

---

[228] *Ibídem, op. cit.*, p. 14.

[229] La expresión, empleada por la Sentencia, deriva literalmente de la jurisprudencia comunitaria, tal y como puede constatarse, entre otras, en la STJUE de 13 de enero de 2000 (Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG Vs Lancaster Group GmbH).

[230] La STS nº 669/2017, de 14 de diciembre ha sido objeto, obviamente, de numerosos artículos doctrinales analizándola y criticándola, en línea con el Voto Particular de la misma, que pone el foco en la asimetría de información existente entre la entidad financiera y el consumidor y considera, a partir de dicha premisa, que debe exigírsele a Kutxabank un plus de información al consumidor acerca del alcance y funcionamiento concreto del IRPH respecto de las obligaciones financieras que iba a asumir, porque si bien el consumidor medio puede conocer que los índices de referencia pueden fluctuar, no necesariamente tiene que saber, a menos que el banco le informe adecuadamente, que no todos los índices fluctúan de igual forma, ni tampoco su previsible comportamiento futuro a partir de los escenarios que se hayan producido en el pasado. *Vid*., entre otros: POCH, A. (2018), "Desmontando el IRPH: una aproximación a las prácticas bancarias abusivas a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017", *Revista de Derecho vLex*, nº 173, octubre de 2018, pp. 1-27; BALLUGERA GÓMEZ, C. (2018), "Luces y sombras del IRPH: análisis de la STS de 14 de diciembre de 2017", *Revista de Derecho vLex*, nº 165, febrero de 2018, pp. 1-11; PÉREZ DAUDÍ, V. (2018), "El IRPH ¿otro conflicto entre el Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea? Reflexiones procesales a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 669/2017, de 14 de diciembre", *Revista de Derecho vLex*, nº 165, febrero de 2018, pp. 1-9.

[231] *Vid*. GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (2007), "Las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios", *op. cit.*, p. 265.

contratos o negocios jurídicos en los que se pretendan contener o se incluyan cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el RCGC.

Esta obligación se halla regulada, actualmente, en el art. 84 del TRLGDCU, conforme al cual:

> Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el RCGC.

Dicha obligación ya venía recogida en el art. 17.3 del RRCGC, y se había incorporado, asimismo, al Reglamento Notarial (RN) en el párrafo 4º del art. 147, en la reforma operada por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero; en este último caso, con un matiz no exento de importancia, por cuanto el RN no habla de cláusulas abusivas, sino, en términos más amplios, de cláusulas nulas[232].

A los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles se les impone, por tanto, una obligación; no se les atribuye una facultad. Deben denegar la autorización o la inscripción, respectivamente, cuando se pretendan incluir cláusulas judicialmente declaradas nulas e inscritas en el RCGC, lo que se analizará a continuación con más detalle.

4.6. La obligación notarial de abstención en caso de cláusulas declaradas nulas en sentencias inscritas en el RCGC

A la vista de todo lo estudiado, debemos partir de una posición de cierta cautela a la hora de analizar las obligaciones que imponen a Notarios y Registradores (de la Propiedad y Mercantiles) los arts. 84 del TRLGDCU[233], 17.2 del RRCGC[234] y 147 (párrafos 4º y 5º) del RN[235], porque, si bien no parece razonable que se pretenda derivar únicamente de estos preceptos una eficacia expansiva de las sentencias que declaran la nulidad de las cláusulas abusivas —que, en principio, no se reconoce en ninguna otra norma—, no podemos obviar la interpretación que hace el TS en las sentencias analizadas, pero tampoco la finalidad protectora del adherente que debe presidir la apreciación de la nulidad de la cláusula.

La obligación de abstención que se impone al Notario abarca, en los términos en que viene impuesta en el art. 147 del RN, las CGC declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el RCGC, es decir, provenga dicha nulidad de su carácter abusivo o del hecho de resultar contraria a una norma imperativa o prohibitiva. Esta norma amplía, por tanto, dicha obligación respecto de lo previsto en el TRLGDCU o en el RRCGC[236]. Por lo demás, en cualquier caso, para que la cláusula sea nula, debe ser una cláusula impuesta. Esta exigencia deriva del propio concepto de CGC que veíamos al principio y, en el caso de la cláusula abusiva, de la definición del

---

[232] Art. 17.3 del RRCGC: "Los notarios y los registradores de la propiedad y mercantiles no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretendan contener o se incluyan cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales"; art. 147.3 del RN: "Sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios".

[233] El art. 84 del TRLGDCU establece: "Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación". Este artículo se reproduce casi en idénticos términos en el art. 17.3 del RRCGC: "Los notarios y los registradores de la propiedad y mercantiles no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretendan contener o se incluyan cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales".

[234] El art. 17.2 del RRCGC establece: "Las sentencias firmes obtenidas en el ejercicio de acciones colectivas deberán inscribirse, conforme al artículo 22 de la Ley, en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, y vincularán a los jueces y tribunales en ulteriores procesos en los términos previstos en su artículo 20, siempre que en el proceso sea parte el mismo predisponente".

[235] El art. 147 del RN, párrafos 4º y 5º: "Asimismo, el notario intervendrá las pólizas presentadas por las entidades que se dedican habitualmente a la contratación en masa, siempre que su contenido no vulnere el ordenamiento jurídico y sean conformes a la voluntad de las partes. Sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios". Reforma operada por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944.

[236] *Vid*. LONGO MARTÍNEZ, A. A. (2011), "La obligación notarial de abstención…", *op. cit.*, pp. 110-111.

art. 82.1 del TRLGDCU, que excluye *per se* del concepto cláusula abusiva aquella que ha sido negociada individualmente. Así, la Circular 1/1998 del Consejo General del Notariado señala que:

> Se excluye la calificación de condición general si la cláusula en cuestión ha sido objeto de una negociación individual, incluso cuando habiendo sido prerredactada el resultado de la negociación es el mantenimiento de la redacción inicial, siempre que haya habido una auténtica negociación y realmente hubiese sido posible una modificación.

Y añade que:

> La redacción con arreglo a minuta es requisito necesario —aunque no suficiente— para que pueda entenderse que la escritura contiene condiciones generales.

Sin embargo, y como ya se ha analizado, muchas cláusulas se han declarado nulas no por el hecho de contravenir el control de incorporación, sino por contravenir el control de contenido, y, más especialmente, el control de transparencia material (doble control de transparencia), cuyo análisis corresponde únicamente los jueces.

Existen cláusulas que deben ser consideradas objetivamente abusivas, porque así resulta claramente de una norma que lo expresa. Y realmente esto mismo es lo que dice la Circular 1/98, en la que el CGN, cuando, después de decir que "los notarios no pueden valorar si una determinada cláusula es o no abusiva salvo que previamente exista una sentencia firme al respecto", añade:

> No ocurrirá así con determinadas cláusulas que, directamente y sin necesidad de una valoración previa, resulten contrarias a una norma concreta —algunas de las recogidas en la «lista» tienen ese carácter—; en estos casos, el Notario debe rechazar su incorporación por aplicación del art. 145 del Reglamento Notarial.

De acuerdo con todo ello, y teniendo en cuenta que el supuesto al que nos referimos ahora es únicamente el de la cláusula calificada como nula en sentencia inscrita en el RCGC, y con efectos *erga omnes*, debe entenderse que podrían sustentarse las siguientes conclusiones:

1. Como regla general, la obligación de no autorizar ni inscribir contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas en sentencia inscrita en el RCGC debe entenderse aplicable a aquellos que otorgue el o los predisponentes condenados en la sentencia, pero no a cualesquiera otros posibles predisponentes[237]. Y ello por cuanto, aun interpretando el art. 221.1.2.ª de la LEC como lo hace el TS, los efectos *ultra partes* de la sentencia deben considerarse limitados al ámbito procesal en los términos vistos, y no como una prohibición de utilización de las cláusulas analizadas, prohibición que sí recae sobre los condenados, como efecto propio de la estimación de la acción de cesación.

2. Dicha limitación al predisponente condenado no debe aplicarse, sin embargo, cuando la cláusula que se pretenda incluir haya sido declarada nula por resultar contraria a una norma imperativa o prohibitiva, puesto que en estos casos la obligación de abstención del Notario derivará directamente del control de legalidad encomendado en el art. 145 del RN.

3. Si, por el contrario, la declaración de nulidad se basara en el carácter abusivo de la cláusula —y a salvo siempre los efectos procesales *ultra partes* que se puedan haber previsto en la sentencia—, habrá que distinguir:

---

[237] Dicen PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. Y GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J. (2009), "Los contratos de adhesión", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., MORALEJO IMBERNÓN, N. I., QUICIOS MOLINA, M. S. (coords), *Tratado de contratos*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 1679: "Dado que, como venimos diciendo, la inscripción de las sentencias en el RCGC no les atribuye ningún efecto *erga omnes*, la prohibición de autorización o de inscripción debe entenderse referida únicamente a las condiciones generales contenidas en los contratos efectuados por el mismo empresario predisponente condenado, cuando se den las mismas circunstancias objetivas que motivaron la cesación o retractación de la condición general en abstracto". Por su parte, RAMON CHORNET, J. C. (2000), "Las condiciones generales de la contratación…", *op. cit.*, pp. 2678 y ss., señala que "el art. 10.6 [de la] LCU —hoy sería el art. 84 [del] TRLGDCU— no exige que la sentencia declarativa de la nulidad vincule a notarios y registradores tan sólo cuando se trate del mismo predisponente que fue condenado en el juicio, sino que, en relación con el tráfico jurídico extrajudicial, las sentencias de nulidad tienen efectos universales *erga omnes*. Este es el punto fundamental que hace dudar que el art. 10.6 se adapte a la legalidad constitucional". Por ello, en la interpretación de dicha norma, este autor considera que "para cumplir con el principio constitucional de tutela judicial efectiva, las sentencias inscritas solo pueden vincular la calificación registral cuando se trate del mismo predisponente condenado en el proceso que ahora se le opone".

— Si la abusividad ha sido apreciada conforme a la regla general del art. 82.1 del TRLGDCU, por ser la cláusula contraria a la buena fe y provocar un desequilibrio entre las contraprestaciones de las partes, no pueden extenderse sus efectos —en el estricto ámbito de la autorización notarial— a otros contratos que a aquellos objeto de la valoración judicial contenida en la sentencia; por tanto, no afectarían a los que pretendiere formalizar un predisponente no condenado.

— Del mismo modo, si la sentencia ha apreciado que se trata de una cláusula que debe entenderse incluida dentro de la denominada «lista gris».

—En cambio, si la abusividad deriva de ser la cláusula una de aquellas que la «lista negra» de los arts. 85 a 90 del TRLGDCU califica objetivamente como tales, el supuesto es similar al de la cláusula nula por contrariar una norma imperativa o prohibitiva, en cuyo caso el Notario o el Registrador no deben admitirla.

4. En todos aquellos casos en que haya sido necesaria una valoración judicial circunstanciada, solo cabe considerar nula la cláusula idéntica a la considerada en la sentencia, puesto que cualquier modificación respecto de esta haría que la misma ya no haya sido objeto de la imprescindible calificación judicial. Esto es destacado por el TS al declarar la eficacia procesal *ultra partes* de las sentencias, dado «el casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas».

5. En los contratos a otorgar por predisponerte distinto del o de los condenados en la sentencia, tratándose de supuestos en que, conforme a lo dicho, proceda la obligación de abstención, si el adherente, debidamente informado al respecto, confirma su voluntad expresa de formalizar el contrato, el mandato legal dirigido al Notario debe poder entenderse cumplido no ya únicamente denegando la autorización o intervención, sino también si se efectúa una u otra con las necesarias y adecuadas advertencias. Hay que insistir en que la finalidad de la Ley es la protección del adherente, la cual queda salvada si se hace constar en la escritura que determinada cláusula es nula, atendiendo a que, conforme al art. 83.3 del TRLGDCU, las cláusulas nulas por abusivas se tendrán por no puestas. Del mismo modo debe poderse actuar cuando —sin perjuicio o no obstante lo dicho en el punto anterior— el Notario tiene dudas sobre la identidad de la cláusula presentada con la declarada nula; en este caso, la advertencia debería referirse a la «posible nulidad» de la cláusula.

Lo deseable es que, por parte de las entidades financieras en su conjunto, se vaya acomodando el clausulado de sus CGC a la doctrina del TS, con independencia del mayor o menor alcance de ésta. Estamos, sin embargo, en un ámbito en el que, como el propio TS reconoce, la casuística es amplísima y la problemática puede reproducirse. La intención del legislador es clara, pero los medios para conseguir el objetivo parecen tener unos límites. Es obligación de todos los implicados intentar conciliar ese objetivo con el estricto respeto a la ley, con la voluntad de los contratantes y sin merma de la debida protección al más necesitado.

¿Es posible un control indirecto del contenido por parte de los Notarios? Hemos visto que los supuestos en que un Notario puede denegar la autorización de una escritura porque incorpora cláusulas abusivas son muy limitados, y siempre van a remolque de un previo pronunciamiento judicial. La apreciación del carácter abusivo de una cláusula es algo que escapa al control del Notario, no sólo porque cualquier norma con un supuesto de hecho indeterminado incorpora un mandato dirigido al Juez para su concreción (y esto se predica tanto de la cláusula general, como de muchas cláusulas de la lista que están necesitadas de una valoración singular), sino también porque la misma consideración de una cláusula como impuesta o no negociada, es algo que sólo el Juez se halla en condiciones de valorar. Por muy claro que pueda parecer lo contrario, el predisponente siempre ha de tener, al menos, la posibilidad de demostrar que dicha negociación ha existido; otra cosa es que sobre él recaiga la carga de la prueba, pero esa oportunidad se le ha de dar y de ella sólo puede disfrutar realmente en un juicio contradictorio. Una cláusula es abusiva, no sólo por su contenido, sino, sobre todo, porque el consumidor no ha podido influir sobre él[238]. Son cláusulas que se mueven en el espacio de

[238] *Vid*. CABANAS TREJO, R., NAVARRO VIÑUALES, J. M. (1998), "La intervención notarial en la nueva Ley sobre condiciones generales de la contratación…", *op. cit.*, p. 183.

maniobra que a los contratantes reconoce el Derecho dispositivo y, por ello, serán válidas en la contratación entre particulares, pero también frente a un profesional si ha existido negociación, y ésta no pasa necesariamente por haber cambiado las CGC en el caso concreto, pues también existe cuando el profesional le ha ofrecido seriamente al adherente la posibilidad de introducir modificaciones en el clausulado, pero éste se conforma con su contenido después de haber tomado cabal conocimiento del mismo. El profesional habrá de probar el hecho positivo de la negociación, no el consumidor el negativo de su ausencia, y aquí está la clave de su protección, lo cual le resultará nada fácil y en la mayoría de las ocasiones inviable, pero tal oportunidad se le ha de dar, ya que de ese dato meramente fáctico va a depender la calificación jurídica como abusiva. Sería tal vez conveniente empezar a recoger en los contratos, incluso cuando ya deban constar en escritura pública, amplios expositivos que den cuenta de la negociación habida.

Por otra parte, la negativa del Notario a autorizar una escritura sólo sobre la base de su personal criterio en torno al carácter abusivo de una cláusula (aunque figure en la lista) y según su propio juicio sobre la falta de negociación, conducirá las más de las veces a resultados contrarios a los deseados y previstos por el legislador. Piénsese que normalmente dicha negativa redundará en perjuicio del propio consumidor, que, por ejemplo, verá bloqueado su acceso a un préstamo hipotecario, o impedida la formalización pública de su compraventa, cuando a lo peor ya ha pagado buena parte del precio[239]. El consumidor supuestamente protegido se verá abocado a un lento y costoso procedimiento judicial para obtener un título público que dé seguridad a su posición contractual. No es esto lo querido por la Ley, que en todo momento se muestra celosa con la salvaguarda de la eficacia del contrato infectado por cláusulas abusivas, y deja que opere el mecanismo de la nulidad parcial para acudir después a la integración judicial del contrato lagunoso. El Notario, en cambio, no puede integrar el negocio, sino sólo negarse a autorizarlo; su intervención se presenta en términos de o todo o nada, y, por eso, en ocasiones, el remedio puede ser peor que la enfermedad. Sólo desde la más absoluta desinformación se puede pensar que el Notario está en condiciones de eliminar por su propia voluntad una cláusula de un contrato; si así lo hace, simplemente la parte proponente de tal cláusula no firmará la escritura, en cuyo caso habrá que ver en qué posición queda el consumidor al cual el Notario dice proteger.

No obstante, el Notario no puede quedarse mudo ante el empleo de cláusulas predispuestas (y no sólo de CGC). Como manifestación de sus deberes de información, habrá de comunicar al adherente (especialmente si es consumidor) cualquier duda que tenga sobre el carácter abusivo de alguna cláusula del contrato, momento a partir del cual lo que tenga que ocurrir, sucederá por la propia inercia de las cosas. Como nadie es mejor Juez de sus propios intereses que uno mismo, será el particular quien decida si le compensa no firmar la escritura ante el empecinamiento del predisponente en mantener la cláusula, o aceptar su incorporación para que la firma tenga lugar. En este segundo caso se redobla el deber de información del Notario mediante la advertencia al consumidor de que su aceptación no convalida la cláusula, y que a pesar de haber firmado tiene a su disposición la posibilidad de instar, por vía de acción o de excepción, la nulidad de ésta. Es la contrainformación a la que antes nos referíamos, que con seguridad no le sentará nada bien al predisponente, y de la que el Notario debería dejar una constancia escueta en la misma escritura, no sólo para salvar su propia responsabilidad, sino como recordatorio permanente para el consumidor. Por esta vía el Notario puede cumplir una importante función pedagógica y de asesoramiento jurídico que acabará por producir un claro efecto preventivo, sin necesidad de caer en el maximalismo de arrogarse funciones que no le corresponden y que, además, por pretender ejercitarlas en un momento muy delicado para el consumidor, pueden acabar teniendo un efecto contraproducente. Nos alineamos así con el mecanismo legalmente diseñado de la nulidad parcial del contrato y el recurso a la integración judicial; es decir, el predisponente es quien ha de quedar vinculado por el contrato, quien no ha de poder dar marcha atrás pese a haber perdido una cláusula que, para él, quizá, era de gran importancia, pero que ha resultado ser abusiva.

[239] *Vid*. CABANAS TREJO, R., NAVARRO VIÑUALES, J. M. (1998), "La intervención notarial en la nueva Ley sobre condiciones generales de la contratación…", *op. cit.*, pp. 184-185.

4.7. RCGC y Registradores de la Propiedad y Mercantiles

El acto central, aunque parezca una simplificación, que accede al Registro de la Propiedad es la hipoteca, la cual, modernamente, en su mayor parte, llega al mismo bajo la forma de contrato por adhesión[240], por lo que es evidente que las CGC y el Registro de la Propiedad se encuentran estrechamente ligados. Pese a la aplastante evidencia que aporta el peso cuantitativo de la hipoteca para la financiación de la vivienda entre la documentación que se presenta en el Registro de la Propiedad, la modificación que la LCGC hace de la LH se acogió con sorpresa por un amplio sector de la opinión partiendo del presupuesto que la legislación hipotecaria nada tiene que ver con las CGC[241]. Esto ha hecho que la adaptación de la legislación hipotecaria a las innovaciones de la LCGC haya sido realmente tímida, estando pendiente una adaptación consecuente. Ni siquiera existe en la legislación hipotecaria un precepto semejante al art. 147 del RN[242] que disponga "Sin mengua de su imparcialidad, el Notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas propuestas por la otra y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella". En materia registral no hay una formulación expresa al respecto, ni siquiera con rango reglamentario, como es el caso del RN.

El art. 23 de la LCGC impone tanto a Notarios como a Registradores de la Propiedad y Mercantiles la obligación de advertir "en el ámbito de sus respectivas competencias de la aplicabilidad de esta Ley, tanto en sus aspectos generales como en cada caso concreto sometido a su intervención". Sin embargo, la LCGC dejó pasar una buena ocasión para su proclamación, concretando de ese modo, la conexión entre Registro de la propiedad y contratos por adhesión. No obstante, pese a la falta de formulación genérica y expresa de tal deber de protección al adherente, son múltiples las obligaciones de asistencia a la parte más débil del contrato por adhesión que se imponen al Registrador de la Propiedad (y al Registrador Mercantil) cuando afronta la calificación o la publicidad de las CGC.

Por un lado, (1) el ya citado deber de advertencia del art. 23 de la LCGC, que le obliga a apreciar si las cláusulas son CGC conforme al art. 1.1 de la LCGC; además (2), el art. 10.6.II de la LGDCU de 1984, hoy art. 81.2 del TRLGDCU, obliga a informar a los consumidores en los asuntos propios de la especialidad y competencia de los registradores; (3) el art. 258.1 de la LH obliga al Registrador a informar a cualquier usuario del Registro sobre la inscripción de derechos sobre bienes inmuebles, los requisitos registrales, los recursos contra la calificación y la minuta de inscripción; (4) las obligaciones de asesoramiento y dictamen de los arts. 253.3 de la LH y 13 de la LCGC, desarrollados respectivamente por los arts. 332, 333.3, 334 y 355 del RH y 22 del RRCGC; (5) la obligación de detallar circunstanciadamente el despacho del documento al pie del título y la situación de cargas de las fincas conforme al art. 19 bis de la LH y su desarrollo reglamentario por el art. 333 del RH; finalmente, (6) la obligación de no admitir la inscripción de las cláusulas abusivas en perjuicio del adherente en los contratos por adhesión, obligación cuya trascendencia no se agota en el momento de ingreso del documento en el Registro sino que alcanza también a la prestación de la publicidad de los contratos inscritos que contengan cláusulas abusivas.

Una cuestión muy debatida ha sido la de determinar si los Registradores de la Propiedad y Mercantiles tienen competencia para calificar o no la abusividad de las CGC. En principio, y como cualquier otro funcionario, deben aplicar las leyes imperativas en el desempeño de sus funciones, consista su especialidad doctrinal en hallarse ubicadas en el control de inclusión o en el del contenido. Particularmente, en punto a la

---

[240] *Vid*. BALLUGERA GÓMEZ, C. (2005), "Condiciones generales de la Contratación y Registro de la Propiedad", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 7/2005, 1, parte doctrina, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, p. 1.

[241] *Cfr*. ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1997), "El Proyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado", *Revista de Derecho Bursátil y Bancario*, vol. 16, núm. 67, pp. 885-886; ABRIL CAMPOY, J. M. (1999), "Disposición adicional 2ª", en ARROYO MARTÍNEZ, J., MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (coords.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid: Tecnos, pp. 460-461; GONZÁLEZ LAGUNA, M. (2000), "Disposición adicional 2ª. Modificación de la legislación hipotecaria: Arts. 222, 253 y 258 LH", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid: Aranzadi, pp. 1342-1343, por citar algunos de los autores que se inclinan en ese sentido.

[242] Artículo 147: "El Notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción. Lo dispuesto en el párrafo anterior se aplicará incluso en los casos en que se pretenda un otorgamiento según minuta o la elevación a escritura pública de un documento privado. Sin mengua de su imparcialidad, el Notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas propuestas por la otra y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. En el texto del documento, el Notario consignará, en su caso, que aquél ha sido redactado conforme a minuta y, si le constare, la parte de quien procede ésta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación". (Precepto redactado conforme al art. 4 del Real Decreto 1209/1984, de 8 de junio).

calificación de cláusulas abusivas ello resulta así por virtud de los arts. 18 y 258.2 de la LH[243]. Sin embargo, la doctrina está dividida[244]. Un sector se muestra contrario a la calificación genérica por el Registrador de las cláusulas abusivas[245], por múltiples razones, entre las que destacamos algunas de ellas. Así la calificación de la abusividad de una condición general se halla vetada a los Registradores porque (1) el control del contenido es competencia exclusiva de los jueces; (2) la abusividad no se produce «*ipso iure*»; (3) la apreciación de esta exige una valoración vetada por la limitación de medios de la calificación; (4) la doctrina de la DGRN es contraria a ella; (5) los Registradores carecen de una atribución jurisdiccional; o bien (6) se señala que la calificación registral de cláusulas abusivas conculca la libertad contractual de mercado y la tutela judicial de los derechos.

Sin embargo, esa oposición a la calificación por los registradores de las cláusulas abusivas debe matizarse, ya que, pese a ella, se les reconoce en aquellos casos en que la abusividad sea patente o venga dispuesta con claridad en la ley y, también, se reconocen sin discusión, dichas facultades respecto de la calificación de hipotecas[246]. Ahora bien, reconocer esa capacidad en la hipoteca es reconocérsela en el grueso de los supuestos en los que la misma es concebible.

Otro numeroso sector doctrinal, se pronuncia a favor de la calificación registral de cláusulas abusivas, sobre la base ya apuntada, de que el Registrador no debe aplicar esta o aquella ley sino el ordenamiento jurídico en su conjunto conforme al art. 18 de la LH, del que el 81.2 del TRLGDCU es desarrollo y concreción[247]. Por su parte, las abusivas son cláusulas declaradas nulas no sólo por el juez sino por la propia ley[248].

4.8. Fracaso del RCGC

El RCGC se ha considerado, por la mayor parte de la doctrina, un fracaso. Por un lado, en cuanto al depósito de formularios, por cuanto su inscripción es voluntaria y, además, como se ha expuesto en este trabajo, porque los parámetros calificadores son distintos de los previstos para los Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Esto significa que no bastaría con modificar la ley a fin de obligar a todos los predisponentes a depositar sus formularios en el RCGC. Seguiría sucediendo que un contrato cuyo acceso al RP o RM se deniega, se inscribe en el RCGC al superar el filtro de calificación actualmente previsto para dicho depósito de CGC, o que una sentencia declarando nulas las cláusulas abusivas de un contrato se inscriba en el RCGC, sin que ello haya obstaculizado la inscripción anterior de tal contrato en el RP o RM[249].

Pero es que además existe otro problema, esta vez vinculado al limitado alcance del RCGC, debido a la efectividad *erga omnes* y *ultra partes* de las sentencias que declaran ciertas cláusulas como abusivas. Ya lo advertía RUIZ-RICO en su día[250], cuando indicaba que "la superación del caso concreto procedente del carácter

---

[243] Artículo 258.2 de la LH: "El Registrador denegará la inscripción de aquellas cláusulas declaradas nulas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios".

[244] Puede verse doctrina favorable a la calificación de la abusividad en GONZÁLEZ LAGUNA, M. (2000), "Disposición adicional 2ª. Modificación de la legislación hipotecaria (…)", *op. cit.*, pp. 1401-1405 y en BUSTO LAGO, J.M. (2001), "El control registral de las condiciones generales de los contratos", *op. cit.*, pp. 1972-1973. También, GARCÍA-ESCÁRZAGA GONZÁLEZ, F. (2002), "Cláusulas predispuestas y calificación registral", *Práctica jurídica*, núm. 6, pp. 16 y ss.

[245] *Vid*. PASQUAU LIAÑO, M. (1997), *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid: Civitas, p. 201; PASQUAU LIAÑO, M. (2000), "Disposición adicional primera. Tres: Art. 10 bis.2 LGDCU", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid: Aranzadi, p. 781; ALBIEZ DORHMANN, K. J. (2002), "La Ley 7/1998, de 13 de abril, ¿excluye el control registral de las cláusulas abusivas?", en *Revista de Derecho Patrimonial Aranzadi*, núm. 8, Cizur Menor, pp. 70, 71 y 74.

[246] Así, PASQUAU LIAÑO, M. (2000), "Disposición adicional primera. Tres: Art. 10 bis.2 LGDCU", *op. cit.*, pp. 779 y 782, que en apariencia se muestra contrario a la calificación por el Registrador de las cláusulas abusivas reconoce esas facultades en un grupo numerosísimo de casos, por entender que en los mismos no se precisa un juicio contradictorio. Mientras que a GARCÍA-VALDECASAS ÁLEX, F. J. (2003), "Registradores de la Propiedad y seguridad jurídica: de la calificación al dictamen de conciliación sobre condiciones generales", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, noviembre-diciembre, año nº 79, núm. 680, pp. 3189-3190, nota 44, la necesidad de apreciación por el Registrador de la abusividad en la hipoteca le resulta evidente.

[247] *Vid*. GONZÁLEZ LAGUNA, M. (2000), "Disposición adicional 2ª. Modificación de la legislación hipotecaria (…)", *op. cit.*, p. 1401.

[248] *Vid*. GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (2000), "El Registro de Condiciones Generales de Contratación", *op. cit.*, p. 377. En el mismo sentido, *vid*. GARCÍA GARCÍA, J. M. (2003), *Derecho inmobiliario, registral o hipotecario, tomo III. Calificación, tracto, especialidad y otros principios*, Madrid: Civitas, pp. 467-468.

[249] Así lo indicaba RUIZ-RICO RUIZ, C. (2003), *El control de las cláusulas abusivas a través del Registro de Condiciones Generales de la Contratación…*, *op. cit.*, p. 51.

[250] *Ibídem*, *op. cit.*, p. 69.

ultra partes tropieza con el art. 4 de la Directiva 93/13/CEE". Este precepto[251] señala que el carácter abusivo se apreciará según la naturaleza de los bienes y circunstancias en el momento de la celebración y demás cláusulas del contrato o de otro contrato del que dependa. Por lo que la Directiva 93/13/CEE pretende que se atienda a las particularidades negociales de los contratos en masa. Esto concuerda con la reciente jurisprudencia del TS analizada anteriormente, con respecto al control de transparencia, pues parece que una objetivación excesiva de lo que se considera abusivo podría ir en contra de esta disposición, cuando en realidad, en base a este precepto comunitario, parece que tanto las legislaciones como las decisiones judiciales nacionales deben someter la determinación del abuso a criterios que individualizan los contratos en serie (objeto, aspectos circunstanciales, condiciones particulares); elementos aparentemente inconciliables con un instrumento de control que amplíe sus efectos a un conjunto contractual.

Por otra parte, el efecto *erga omnes* y *ultra partes* tropieza con la actual LEC, en especial con la regla del art. 221.1.2ª de la LEC que ya ha sido explicada, de modo que este efecto depende de la decisión de los Jueces y Tribunales en cada sentencia que dicten, es decir, de su decisión, en cada caso concreto y particular, sea resultado de una acción colectiva o individual, de acordar o no el efecto *ultra partes* y/o *erga omnes* y su inscripción o no en el RCGC. En este sentido, vaticinaba RUIZ-RICO[252] que la jurisprudencia penetraría, subrepticiamente, en las fuentes del Derecho, con posible relegación de la normativa sobre consumo, que se perpetuaría mediante la vinculación excesiva a las decisiones de los órganos judiciales, cambiantes y flexibles, lo que les otorga una intangibilidad jurídica peligrosa. Así parece que ha ocurrido, especialmente en el ámbito del control de las cláusulas que afectan a los elementos esenciales de un contrato (cláusulas suelo, entre otras) y que deben someterse al doble control de transparencia (formal y material).

El riesgo de que la jurisprudencia penetrase en las fuentes del Derecho también existe en la integración judicial de los contratos al declararse la nulidad parcial, lo que puede incluso ir en contra del art. 1258 CC. Es decir, la desmesurada judicialización de la contratación en masa ha ido relegando paulatinamente la legislación sobre consumo, sin demasiada seguridad jurídica. Por lo que se hace necesario legislar, de nuevo, sobre esta materia, a fin de esclarecer todas estas dudas interpretativas y todas las doctrinas jurisprudenciales nuevas que han ido surgiendo en los últimos años, especialmente las derivadas de la contratación financiera y las relativas a la transparencia material o control de los elementos esenciales de un contrato.

Como se ha analizado, y convenientemente nos recuerda BALLUGERA GÓMEZ[253], se ha limitado severamente la eficacia *ultra partes* de las sentencias relativas a CGC, lo que ha conllevado que la misma no se admita en la nulidad derivada de acciones individuales, pero tampoco en las sentencias de nulidad de acciones colectivas, cuyo efecto *ultra partes* se somete por la jurisprudencia española a requisitos insuperables para la persona consumidora en particular, quien se ve abocada a interponer su propio pleito individual y declarativo si pretende librarse de cláusulas abusivas.

La STS nº 792/2009, de 16 de diciembre (F.D. nº 2) rechaza el automatismo del efecto *ultra partes*, lo que se confirma por la STC nº 148/2016, de 19 de septiembre. La STS nº 375/2010, de 17 de junio (sobre depósitos bancarios de alta rentabilidad) exige que la sentencia tenga un pronunciamiento expreso de extensión de efectos del fallo a no litigantes. Otras veces las sentencias aplican el efecto *ultra partes* a favor del profesional predisponente, como es el caso de la STS (Pleno) nº 334/2017, de 25 de mayo, lo que no es admisible, ya que la protección debería operar siempre en una sola dirección, a favor de la persona consumidora y nunca en su contra.

La STS nº 357/2017, de 6 de junio, dice que "la cosa juzgada de la sentencia estimatoria de la acción colectiva afectará únicamente a los consumidores no personados que estén determinados individualmente en la propia sentencia, conforme dispone el art. 221.1.1ª de la LEC", incluso pretende que no se extienda el efecto *ultra partes* de la sentencia favorable a la persona consumidora si no se le pregunta antes a ésta si quiere o no

[251] El art. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE dispone: "Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa".

[252] *Vid*. RUIZ-RICO RUIZ, C. (2003), *El control de las cláusulas abusivas a través del Registro de Condiciones Generales de la Contratación…, op. cit.*, p. 104.

[253] Vid. BALLUGERA GÓMEZ, C. (2018), "Es necesario un Registro Europeo de Condiciones Generales de la Contratación para que las cláusulas abusivas dejen de aplicarse", *Revista de Derecho vLex*, núm. 173, octubre 2018, pp. 1-4.

ese efecto, alegando la protección de la autonomía de la voluntad de esta persona consumidora, lo que parece una excusa basada en ideas que sólo son aplicables al contrato por negociación.

Estos obstáculos de la jurisprudencia española pueden ser contrarios a la STJUE de 26 de abril de 2012 (C-472/10, Invitel), que en su párrafo 38 admite sin condicionantes no sólo la extensión de efectos a las personas consumidoras no litigantes que tengan en sus contratos la misma cláusula, sino que en su fallo segundo dispone que ese efecto se aplique de oficio por el juez nacional.

Algunos autores, como el propio BALLUGERA GÓMEZ[254], proponen la creación de un RCGC a nivel europeo que, además, disponga de un régimen de inscripción obligatoria, tanto de los formularios que determinen los gobiernos nacionales (crédito inmobiliario, transporte aéreo, telecomunicaciones e internet, seguros, etc.), como de las sentencias de nulidad o no incorporación de CGC, con efecto *ultra parte*s, así como de las resoluciones definitivas y acuerdos a que se refiere el art. 9.1 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE[255], con publicidad a través de internet del contenido del RCGC, con efectos jurídicos.

Esta podría ser una solución, siempre y cuando fuera acompañada de un cambio legislativo en la propia LEC, que obligara a los jueces a señalar dicho efecto *ultra partes* y la inscripción de sus sentencias en el RCGC. No obstante, podría no ser suficiente o incluso podría no ser correcto a la luz del anteriormente comentado art. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE y a la reciente jurisprudencia sobre el control de transparencia de las cláusulas abusivas que tengan que ver con elementos esenciales de un contrato, cuya interpretación tiende hacia un análisis subjetivo del caso concreto y de las circunstancias que rodearon cada contratación, en lugar de tender hacia una objetivación y hacia una interpretación acorde con la doctrina del consumidor medio. En este punto se generan tensiones difíciles de resolver sencillamente con un cambio legislativo o con un RCGC obligatorio. Lo que parece evidente es que debería reforzarse el RCGC y su publicidad. Lo que no parece tan evidente ni tan claro es cómo resolver, ahora, la doctrina jurisprudencial recientemente creada en torno al carácter abusivo de las cláusulas que tienen relación con los elementos esenciales del contrato y que se someten al control de transparencia material, cada vez más individualizado y ceñido al caso concreto y particular.

[254] *Ibídem*, *op. cit.*, p. 3.

[255] El art. 9.1 de esta propuesta de directiva [(COM/2018/184 final - 2018/0089 (COD)] establece lo siguiente: "Los Estados miembros velarán por que el órgano jurisdiccional o la autoridad administrativa exija al comerciante que ha cometido la infracción que informe a los consumidores afectados de las resoluciones definitivas que contemplen las medidas mencionadas en los artículos 5 y 6, así como de los acuerdos aprobados mencionados en el artículo 8, a través de medios adecuados a las circunstancias del caso y dentro de los plazos especificados, incluso, si procede, mediante notificación a todos los consumidores afectados individualmente".

5. Conclusiones

Primera: El RCGC fue creado con la idea de proteger los intereses de los consumidores y usuarios, y con el objetivo de evitar una excesiva judicialización de su protección, con dos hechos inscribibles: por un lado, el depósito de formularios en uso (es decir, formularios que hayan sido incorporados al menos a un contrato) y, de otro lado, la inscripción de las sentencias firmes estimatorias de la nulidad o no incorporación relativas a CGC. Quedaron fuera, por tanto, los formularios no utilizados efectivamente en el tráfico por la empresa predisponente y las sentencias desestimatorias de la nulidad o no incorporación.

Segunda: Según lo dispuesto en el art. 22 de la LCGC, la inscripción de sentencias es obligatoria, mientras que la inscripción o depósito de las CGC es, en principio y como regla general, voluntaria para los predisponentes, según lo dispuesto en el art. 11.2 de la LCGC. Sin embargo, el RCGC, en este último aspecto (inscripción de formularios) se diferencia mucho de la legislación hipotecaria, por cuanto la LCGC y el RRCGC determinan más bien un sistema de depósito, si no de estricta transcripción, frente al sistema de inscripción típico del Registro de la Propiedad y del Registro Mercantil, y ello por la distorsión de la función calificadora, así como la dificultad existente para coordinar el RCGC con otros estamentos registrales. Ya sea dicho registro de CGC voluntario (como lo es ahora) o bien obligatorio (como propone parte de la doctrina), ello no implica que no puedan quedar inscritas determinadas CGC que sí sean abusivas. Es decir, que en el RCGC pueden acceder cláusulas abusivas. Y ello porque el Registrador únicamente verifica aspectos formales (art. 14 del RRCGC), de modo que el uso del término «calificación» es claramente desafortunado.

Tercera: El carácter eminentemente jurídico (y no administrativo) del RCGC deriva del propio Preámbulo de la LCGC y de la Exposición de Motivos del RRCGC y se resume en tres puntos: 1) los efectos *ultra partes* y *erga omnes* que la inscripción de una sentencia atribuye a la declaración judicial de nulidad; 2) los efectos prejudiciales que producen los asientos relativos a las sentencias; 3) el cómputo del plazo de prescripción de las acciones colectivas tras la inscripción de un formulario (que crean la presunción *iuris tantum* de su validez).

Cuarta: No obstante, cuando se analiza la cuestión relativa al control del contenido sobre la definición del objeto principal del contrato y la relación calidad/precio, el problema se ha caracterizado por la inestabilidad jurisprudencial y las múltiples vacilaciones en las resoluciones del TS, al menos hasta la controvertida STS nº 241/2013, de 9 de mayo, que pretendió dar una respuesta inequívoca a la cuestión. Esta sentencia entendió que, mediante el control de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, no se trata de enjuiciar si por mor de una cláusula concreta el precio es caro o barato, sino si a consecuencia de ésta se ha producido una alteración del precio, tal y como pudo legítimamente haber sido percibido por el consumidor, desde un punto de vista subjetivo. De hecho, la STS nº 241/2013, de 9 mayo, adopta una novedosa solución y se inclina por el carácter genuino del control de transparencia de los elementos esenciales. El TS considera que existe un doble control de transparencia en los contratos celebrados con consumidores: por una parte un primer control (formal) de incorporación establecido por los requisitos de transparencia propios de la LCGC —"que es insuficiente para eludir [*sic*] el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente"— y, por otra parte, un específico control de transparencia (material) propio de los contratos de consumo y derivado del TRLGDCU para las cláusulas no negociadas, que "incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato".

Quinta: La no transposición en España del art. 4.2 Directiva 93/13/CEE finalmente ha permitido aplicar el doble control de transparencia (formal y material), con la consiguiente exclusión del control de contenido, a casi todas las cláusulas del contrato no negociadas individualmente que tengan alguna incidencia en el coste, contraprestación o remuneración que las personas adherentes y consumidoras pagan al profesional por sus bienes o servicios, de una forma demasiado extensiva, en lugar de constituir la excepción. Sin perjuicio de las críticas que ha suscitado dicha doctrina, lo relevante a los efectos de este trabajo es el hecho de analizar cómo las sentencias que declaren determinadas cláusulas esenciales como abusivas pueden afectar a otros supuestos idénticos. En particular, se trata de analizar cómo una sentencia, normalmente dictada en el marco de una acción colectiva de nulidad o de no incorporación, puede desplegar sus efectos *ultra partes* y *erga omnes* una

vez ha devenido firme. En principio, lo lógico sería pensar que de forma obligatoria dicha sentencia debe ser inscrita en el RCGC, de acuerdo con el art. 11.4 y 22 de la LCGC. Todo hace pensar, por tanto, que las sentencias que declaran, por ejemplo, el carácter abusivo de una cláusula suelo, tras el doble control de transparencia (formal y material) deberían ser objeto de inscripción en dicho RCGC y desplegar los efectos *erga omnes* y *ultra partes* correspondientes.

Sexta: La realidad ha sido muy distinta de lo expuesto en el punto anterior, ya que, tras la aprobación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), en cuya disposición derogatoria única derogó el art. 20 de la LCGC, el único complemento al art. 12.2 de la LCGC es la norma que se contiene en el vigente art. 221 de la LEC, y en cuyo párrafo 1º se incluye la regla 2ª, la cual dice que la sentencia puede —y este es el *quid* de la cuestión, que no debe— determinar si su declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente. Es decir, que la sentencia puede determinar que su declaración de nulidad de una determinada cláusula no surta efectos procesales en ulteriores procesos. Y ahí es donde todo el sistema creado alrededor del RCGC empieza a desmoronarse, a pesar de las bondades iniciales del legislador en el momento de su creación. Por otro lado, también se discute la relación de la regla de cosa juzgada del artículo 222.3 (primer párrafo) de la LEC con lo previsto en el artículo 221.1.2ª de la LEC. Este último precepto trata de la extensión de efectos procesales —distintos al efecto de cosa juzgada del art. 222.3 de la LEC— como la extensión del efecto (declarativo o constitutivo) de la nulidad a entidades distintas de las demandadas, que, lógicamente, no fueron parte del proceso ni son los sujetos no litigantes del artículo 222.3 de la LEC y, por tanto, no les afectaría el efecto de cosa juzgada derivado de esta norma.

Séptima: Analizadas las más recientes sentencias del TS (Sala Primera) relativas a la regla del art. 221.1.2ª de la LEC, especialmente en los casos en los cuales se ha venido esgrimiendo la doctrina del doble control de transparencia (formal y material), cabe resumir que la mayoría de dichas sentencias (analizadas en el cuerpo del presente trabajo) concluyen que es necesario un pronunciamiento expreso en el fallo de las mismas, acerca de la extensión de sus efectos, tras la resolución de una acción colectiva, para determinar si la nulidad debe afectar a «entidades» distintas de las demandadas (esto es, para el efecto previsto en el art. 221.1.2ª de la LEC); pero no para que esta sentencia produzca efecto de cosa juzgada previsto para el artículo 222.3 (primer párrafo) de la LEC, pues, en principio, este efecto deriva directamente de esta norma (STS nº 401/2010, de 1 de julio y STS nº 792/2009, de 17 de diciembre). Por su parte, la Circular 2/2010, de 19 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, posterior, por tanto, a la STS nº 401/2010, de 1 de julio, admitió que podían surgir dudas de coordinación de los arts. 221.1.2ª y 222.3 de la LEC —recomendado su modificación—, pero, además, afirma de forma tajante que la posibilidad de que el art. 221.1.2ª de la LEC pueda provocar efectos *ultra partes* de la sentencia, resultando que otros empresarios no demandados tampoco puedan insertar la cláusula declarada nula en sus contratos, es una interpretación que "(…) vulnera frontalmente el principio de audiencia y la interdicción de la indefensión, sin que tan grave efecto pueda evitarse garantizando a estos eventuales demandados la misma publicidad del proceso que establece la LEC en el art. 15 para los demandantes, supuesto que, por otra parte, no está previsto en la redacción actual de dicho precepto". La situación, por tanto, parece propicia para que se plantee una cuestión de constitucionalidad respecto de esta materia que resuelva las dudas y contradicciones que sin duda subsisten.

Octava: La relevante STS nº 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo, fue determinante en el sentido de negar los efectos *ultra partes* de su fallo, pues afirma que, de acuerdo con la Exposición de Motivos de la LEC, al tratar la tutela de intereses jurídicos colectivos llevados al proceso, "[e]n cuanto a la eficacia subjetiva de las sentencias, la diversidad de casos de protección impone evitar una errónea norma generalizadora", además de que "en el caso enjuiciado, la demandante, pese a que interesó la declaración de nulidad indiscriminada de las cláusulas suelo de los préstamos a interés variable celebrados con consumidores, no interesó su eficacia *ultra partes*, lo que, unido al casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de la información, nos obliga a ceñirlos a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos". Por tanto, esta sentencia no produce los efectos *ultra partes* deseados por cuanto el juicio de valor sobre el doble control de transparencia obliga a no generalizar y a no considerar nulas *per se* todas las cláusulas suelo. Esta decisión obliga a la persona consumidora a acudir a un pleito —es decir, a entablar una acción individual— si quiere conseguir la declaración de nulidad por falta de transparencia de la cláusula suelo inserta en su préstamo hipotecario. Este no es un hecho inocuo: como siempre, el coste de la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios recaen sobre su

propio bolsillo, al tener que contratar a un abogado y a un procurador para interponer una demanda de juicio ordinario que pretenda la declaración de nulidad de una cláusula suelo, sin la garantía de obtener una condena en costas, y, además, porque supone una violación del principio de efectividad y de los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE. Además, en aquellos supuestos en los cuales el importe a obtener en concepto de restitución por la aplicación de una cláusula suelo sea de poca cuantía, hacen inviable o antieconómica su reclamación judicial, lo que produce un efecto disuasorio a la hora de reclamar.

Novena: Las sentencias posteriores a la STS nº 241/2013, de 9 de mayo, van en el mismo sentido, excepto la STS nº 705/2015, de 23 de diciembre, que no ordena la inscripción en el RCGC, pero mantiene la inscripción ordenada por el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid (Sentencia de 8 de septiembre de 2011), sin modificación por parte de la SAP de Madrid de 26 de julio de 2013 anteriores y que fueron objeto de casación, y la STS nº 139/2015, de 25 de marzo, que afirmó que la cosa juzgada del pronunciamiento declarativo de la nulidad de la STS nº 241/2013, de 9 de mayo, no se extendía al pronunciamiento sobre los efectos o consecuencias restitutorias, una sentencia que no constituyó doctrina jurisprudencial, al no integrarse esta decisión en su fallo ni seguirse en sentencias posteriores. Sin embargo, esta sentencia no hace mención alguna al RCGC. La STS nº 123/2017, de 24 de febrero, deja claro que lo dispuesto en el art. 221 y 519 de la LEC dependerá de si la sentencia ha determinado o no sus efectos procesales no limitados a quienes hayan sido parte en el proceso, de acuerdo con el art. 221.1.2ª de la LEC; además, afirma que una interpretación conjunta de los arts. 15, 222.3 y 221 de la LEC lleva a la conclusión de que la cosa juzgada de la sentencia estimatoria de la acción colectiva afectará únicamente a los consumidores no personados que estén determinados individualmente en la propia sentencia, conforme dispone el art. 221.1.1ª de la LEC, y que el llamamiento que se les hace conforme al art. 15 de la LEC no es suficiente para justificar la extensión frente a ellos de la eficacia de la cosa juzgada que establece el art. 222.3 de la LEC. Por su parte, la STS nº 357/2017, de 6 de junio, la STS nº 367/2017, de 8 de junio y la STS nº 643/2017, de 24 de noviembre, concluyen que las sentencias que estiman una acción colectiva no surten efectos, de manera excepcional, respecto de los consumidores individuales cuando la estimación de la acción colectiva resulta del juicio de transparencia material o del juicio de sorpresividad y se ha acreditado que las circunstancias particulares (información precontractual, publicidad, etc.) son relevantes para confirmar o excluir, en cada caso concreto, esa falta de transparencia abstracta.

Décima: Ello se une a lo resuelto por la STS nº 171/2017, de 9 de marzo, en la cual se difuminan los parámetros objetivos de verificación de que se suministró la información pertinente, se da valor destacado a nuevas pruebas acerca de la comprensión del consumidor concreto del caso y se busca primordialmente constatar la existencia de un consentimiento pleno del adherente, en lugar de hacer un examen más neutro acerca de si cualquier consumidor medio, a la luz de las circunstancias de ese caso hubiese comprendido la cláusula, por lo que se está produciendo un tránsito desde una «transparencia objetiva» a una «transparencia subjetiva» que no sólo pone en cuestión la eficacia de las acciones colectivas en estos supuestos (aplicación del doble control de transparencia para los elementos esenciales de un contrato) sino que también permite dejar fuera de juego los efectos *ultra partes* en este tipo de resoluciones y dejar al margen el RCGC, ya de por sí tan criticado por la doctrina por su escasa utilidad. No obstante, la STS nº 669/2017, de 14 de diciembre, que considera que la cláusula de interés de un préstamo hipotecario referenciada al Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (IRPH) no implica falta de transparencia ni abusividad, desviándose de la mutación hacia la transparencia subjetiva derivada de los casos de cláusulas suelo, pues en ella se hace mención de la figura del consumidor medio: el Pleno de la Sala Primera considera que, para un consumidor "normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz" resultaba sencillo comprobar los diferentes índices de interés variable que se utilizan en la práctica bancaria (se trata de información pública, al fin y al cabo), por lo que la mera referencia de la entidad financiera a un tipo oficial como el IRPH Entidades era suficiente para colmar la obligación de transparencia exigible a la entidad financiera.

Decimoprimera: Por último, una breve mención a las obligaciones de los Notarios y de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Como regla general, la obligación de no autorizar ni inscribir contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas en sentencia inscrita en el RCGC debe entenderse aplicable a aquellos que otorgue el predisponente condenado en la sentencia, pero no a cualesquiera otros posibles predisponentes. Y ello por cuanto, aun interpretando el art. 221.1.2.ª de la LEC como lo hace el TS, los efectos *ultra partes* de la sentencia deben considerarse limitados al ámbito procesal en los términos vistos, y no como una prohibición de utilización de las cláusulas analizadas, prohibición que sí recae sobre los condenados, como efecto propio de la estimación de la acción de cesación. Dicha limitación al

predisponente condenado no debe aplicarse, sin embargo, cuando la cláusula que se pretenda incluir haya sido declarada nula por resultar contraria a una norma imperativa o prohibitiva, puesto que en estos casos la obligación de abstención del Notario derivará directamente del control de legalidad encomendado en el art. 145 del RN. Por otro lado, la calificación de la abusividad de una CGC se halla vetada a los Registradores porque (1) el control del contenido es competencia exclusiva de los jueces; (2) la abusividad no se produce «*ipso iure*»; (3) la apreciación de esta exige una valoración vetada por la limitación de medios de la calificación; (4) la doctrina de la DGRN es contraria a ella; (5) los Registradores carecen de una atribución jurisdiccional; (6) la calificación registral de cláusulas abusivas conculca la libertad contractual de mercado y la tutela judicial de los derechos. Sin embargo, hay un sector doctrinal que defiende la posibilidad de que los Notarios adviertan y los Registradores puedan calificar cláusulas abusivas, sobre la base de que el Registrador no debe aplicar esta o aquella ley sino el ordenamiento jurídico en su conjunto conforme al art. 18 de la LH, del que el 81.2 del TRLGDCU es desarrollo y concreción. En nuestra opinión, ello no sería posible sin una ley concreta que obligue a Notarios y Registradores a analizar el carácter abusivo de ciertas cláusulas. En este sentido, el legislador debería dejar claro cuál es el ámbito en el que podrían moverse Notarios y Registradores, y preverlo, por ejemplo, para sectores concretos (por ejemplo, para el sector financiero y sus CGC).

Decimosegundo: En definitiva, el RCGC se ha considerado, por la mayor parte de la doctrina, un fracaso. Por un lado, en cuanto al depósito de formularios, por cuanto su inscripción es voluntaria y, además, como se ha expuesto en este trabajo, porque los parámetros calificadores son distintos de los previstos para los Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Esto significa que no bastaría con modificar la ley a fin de obligar a todos los predisponentes a depositar sus formularios en el RCGC. Seguiría sucediendo que un contrato cuyo acceso al RP o RM se deniega, se inscribe en el RCGC al superar el filtro de calificación actualmente previsto para dicho depósito de CGC, o que una sentencia declarando nulas las cláusulas abusivas de un contrato se inscriba en el RCGC, sin que ello haya obstaculizado la inscripción anterior de tal contrato en el RP o RM. Pero es que además existe otro problema, esta vez vinculado al limitado alcance del RCGC, debido a la efectividad *erga omnes* y *ultra partes* de las sentencias que declaran ciertas cláusulas como abusivas. Este efecto tropieza con la actual LEC, en especial con la regla del art. 221.1.2ª de la LEC que ya ha sido explicada, de modo que este efecto depende de la decisión de los Jueces y Tribunales en cada sentencia que dicten. Esto ha supuesto una injerencia de la jurisprudencia en las fuentes del Derecho inadmisible, que hace necesaria una reforma legal en profundidad. Sin embargo, parece que ya hemos perdido la oportunidad de objetivar el pronunciamiento sobre el carácter abusivo de los elementos esenciales del contrato, pues la interpretación del doble control de transparencia (formal y material) tiende hacia un análisis subjetivo del caso concreto y de las circunstancias que rodearon cada contratación, en lugar de tender hacia una objetivación y hacia una interpretación acorde con la doctrina del consumidor medio, lo que parece difícil de resolver con un simple cambio legislativo o con un RCGC obligatorio a nivel europeo. Aunque también cabe decir que toda la jurisprudencia sobre el doble control de transparencia (formal y material) de los elementos esenciales de un contrato, en cuanto a esta tendencia hacia el análisis subjetivo del caso en particular, parece iniciarse y agotarse con el caso de las cláusulas suelo. Si es así, quizá habrá que considerar esta doctrina jurisprudencial como una burbuja creada en torno a las cláusulas suelo —igual que la burbuja inmobiliaria que contribuyó a la aparición de estas cláusulas—, sin transcendencia o efectos en otro tipo de cláusulas.

6. Bibliografía

ABRIL CAMPOY, J. M. (1999), "Registro de Condiciones Generales", en Arroyo Martínez, J., Miquel Rodríguez, J. (coords.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid: Tecnos, pp. 460-461.

- (1999), "Disposición adicional 2ª", en ARROYO MARTÍNEZ, J., MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (coords.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid: Tecnos, pp. 460-461.

ALBIEZ DORHMANN, K. J. (2002), "La Ley 7/1998, de 13 de abril, ¿excluye el control registral de las cláusulas abusivas?", en *Revista de Derecho Patrimonial Aranzadi*, núm. 8, Cizur Menor, pp. 69-104.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1997), "El Proyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado", *Revista de Derecho Bursátil y Bancario*, nº 67, pp. 839-902.

- (1991), *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid: Civitas.
- (1987), "La interpretación de las condiciones generales de los contratos", *Revista de Derecho Mercantil*, nº 183-184, pp. 7-62.

ÁLVAREZ LATA, N. (2004), "Invalidez e Ineficacia en el Derecho Contractual de Consumo Español. Análisis de los Supuestos Típicos de Ineficacia en los Contratos con Consumidor", *Thomson-Aranzadi, Cizur Menor*, pp. 1-269.

ARROYO MARTÍNEZ, I., MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (2004), *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid: Tecnos.

ATAZ LÓPEZ, J. (2000), "Artículo 11. Registro de condiciones generales", en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, obra coordinada por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Madrid: Aranzadi.

BALLUGERA GÓMEZ, C. (2018), "Nulidad parcial del contrato, fracaso del Registro de la letra pequeña y colapso de los juzgados". *Revista de Derecho vLex*, núm. 169, junio 2018, pp. 1-9.

- (2018), "Es necesario un Registro Europeo de Condiciones Generales de la Contratación para que las cláusulas abusivas dejen de aplicarse", *Revista de Derecho vLex*, núm. 173, octubre 2018, pp. 1-4.
- (2018), "Crítica de la doctrina del control de transparencia del Tribunal Supremo. De la STS 9 mayo 2013 a la de 14 diciembre 2017." *Revista de Derecho vLex*, núm. 165, febrero 2018, pp. 1-20.
- (2018), "Luces y sombras del IRPH: análisis de la STS de 14 de diciembre de 2017", *Revista de Derecho vLex*, nº 165, febrero de 2018, pp. 1-11.
- (2017), "Urge reforzar el Registro de Condiciones Generales de la Contratación", Revista de Derecho vLex, núm. 160, septiembre de 2017, pp. 1-18.
- (2006), *El contrato no-contrato*. Madrid: Fundación Registral.
- (2005), "Condiciones generales de la Contratación y Registro de la Propiedad", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 7/2005, 1, parte Doctrina. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, pp. 1-13.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2002), "Registro de condiciones generales de la contratación", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 4/2002 parte Tribuna, pp. 1-2.

BLANCO PÉREZ-RUBIO, L. (2000), "El control de contenido en condiciones generales y en cláusulas contractuales predispuestas", *Revista jurídica del notariado*, nº 35, pp. 9 a 36.

BUSTO LAGO, J. M. (2001), "El control registral de las condiciones generales de los contratos", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 77, nº 667, pp. 1939-2004.

CABANAS TREJO, R., BONARDELL LENZANO, R. (2001), *El Registro de Condiciones Generales de Contratación (una aproximación crítica a su Reglamento)*, Madrid: Edersa.

CABANAS TREJO, R., NAVARRO VIÑUALES, J. M. (1998), "La intervención notarial en la nueva Ley sobre condiciones generales de la contratación: una propuesta de reflexión", *La Notaría*, nº 5, pp. 161-208. –> Está en vLex.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1994), *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*, Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto Nacional del Consumo.

CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L.M. (1998), *La Ley de Condiciones Generales de Contratación*, Madrid: Centro de Estudios Registrales.

- (1998), *La protección registral de los consumidores en Derecho privado*, Valencia: Contratación y consumo.

CACHON CADENAS, M., REYNAL QUEROL, N. (2015), "Concurrencia de acciones colectivas y acciones individuales para la protección de derechos e intereses de consumidores y usuarios", *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, pp. 425-446.

CÁMARA LAPUENTE, S. (2017), "Las (seis) SS.T.S. posteriores a la S.T.J.U.E. 21 diciembre 2016. El control de transparencia sigue en construcción, muta y mutará aún más: hacia la transparencia subjetiva. (Comentario a las SS.T.S. de 24 de febrero de 2017, 9 marzo 2017, 20 abril 2017 y 25 mayo 2017)", *Boletín del Colegio de Registradores de España*, nº 42, pp. 1707-1790.

- (2017), "Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016: su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no sólo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo". *InDret*, *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, pp. 1-32.
- (2016), "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014 (3903/2014). El control de transparencia de las cláusulas suelo como causa única y directa de su carácter abusivo (crítica y reconducción hacia el control de incorporación)", en Yzquierdo Tolsada, M. (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil). Volumen 6º (2013-2014)*, Madrid: Dykinson/BOE, pp. 201-221.
- (2016), "El control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación: un necesario replanteamiento", en número monográfico sobre «Ejecución civil: especial referencia a la ejecución hipotecaria» de *Cuadernos Digitales de Formación (C.G.P.J.)*, nº 33, pp. 1-50.
- (2015), "Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas (un resumen crítico)", *El Notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, nº 61, pp. 142-147.
- (2013), "¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas?". *Cuadernos de Derecho trasnacional*, Vol. 5, núm. 2, pp. 209-233.
- (2006), *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, Pamplona: Aranzadi, Cizur Menor.

CAÑIZARES LASO, A. (2015), "Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo". *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, Estudios, pp. 67-105.

CARBALLO FIDALGO, M. (2013). *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente.* Hospitalet de Llobregat (Barcelona): Editorial Bosch.

CARRASCO PEREA, Á. (2017), "El «*conundrum*» de la legitimación individual autónoma frente a las acciones restitutorias colectivas (en materia de cláusulas suelo)", *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, nº 22/2017, pp. 175-177.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H. (2014), "La progresiva degradación de nuestro ordenamiento en materia de cláusulas contractuales abusivas". *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2014, parte Estudio, pp. 1-9.

- (2008), *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*. Barcelona: Editorial Bosch, S.A.

- (1998), "Una nueva necesidad: la protección frente a los desatinos del legislador (Comentario atemorizado sobre la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación)". *Anuario de Derecho Civil*, tomo LI, julio-septiembre 1998, pp. 1301-1315.

COCA PAYERAS, M. (1999), "El Registro de Condiciones Generales de la Contratación y el Registro de la Propiedad", en ESPIAU ESPIAU, S. (1999), *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, Madrid: Marcial Pons.

CONSEJO DE ESTADO (1999), "Dictamen nº 215/1999 sobre Proyecto Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Registro de las Condiciones Generales de la Contratación", BOE, 17 de junio de 1999, pp. 6-7, disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-1999-215.

CORDON MORENO, F. (2016), "La sentencia ADICAE (3): otras cuestiones de naturaleza procesal", *Cesco*, mayo de 2016, pp. 1-6.

CUADRADO SOLER, J. (2018), "Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016, 18, 20 y 30 de enero de 2017: el segundo control de transparencia únicamente es aplicable a los contratos con consumidores", *Top Jurídico Consumidores y Usuarios, Editorial Jurídica Sepin*, abril de 2018.

DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1995), "Capítulo VI. De la nulidad de los contratos", en ALBADALEJO, M. Y DÍAZ ALABART, S. (directores), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, tomo XVII, volumen 2º, pp. 273 a 510.

DE PABLO CONTRERAS, P. (1999), "Comentario del art. 18 de la Ley Hipotecaria", en ALBADALEJO, M. Y DÍAZ ALABART, S. (directores), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. VII, v. 4º, Madrid: Edersa, pp. 1-56 y 842-948.

DE SALAS MURILLO, S. (1998), "Aproximación al nuevo Registro de Condiciones Generales de Contratación", *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 41, pp. 2471-2488.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (2017), "Cláusulas suelo y cosa juzgada", *El Confidencial*, enero de 2017, en línea: https://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2017-01-30/clausulas-suelo-y-cosa-juzgada-hipotecas-juzgado-notario-jefes-casa-vivienda_1323358/ (consulta: 20 de diciembre de 2018).

DÍEZ-PICAZO, L. Y PONCE DE LEÓN (1996), *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Madrid: Civitas.

EBERS, M. (2016), "Verbraucherrecht: Prozessuale Verbindung zwischen Individual- und Verbandsklage in AGB-Verfahren", *EuZW*, 13, pp. 505-508.

FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (2018). "Cláusulas abusivas y ejecución hipotecaria notarial". *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 103/2017 parte Sentencias, Resoluciones, Comentarios. Editorial Civitas, S.A., Pamplona, pp. 1-8.

GARCÍA DE ENTERRÍA, J. (1998), "La pretendida vinculación de los jueces a las sentencias del TS en materia de cláusulas abusivas. Sobre la inconstitucionalidad del artículo 20.4 LCGC", *La Ley*, 1 de octubre de 1998.

GARCÍA-ESCÁRZAGA GONZÁLEZ, F. (2002), "Cláusulas predispuestas y calificación registral", *Práctica jurídica*, núm. 6, pp. 16 y ss.

GARCÍA GARCÍA, J. M. (1992), "La función registral calificadora, la protección de los consumidores y la cláusula penal en los autos del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 610, mayo-junio de 1992, pp. 1313-1358.

- (2003), *Derecho inmobiliario, registral o hipotecario, tomo III. Calificación, tracto, especialidad y otros principios*, Madrid: Civitas.

GARCÍA-VALDECASAS ÁLEX, F. J. (2003), "Registradores de la Propiedad y seguridad jurídica: de la calificación al dictamen de conciliación sobre condiciones generales", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, noviembre-diciembre, año nº 79, núm. 680, pp. 3173-3237.

GASCÓN INCHUASTI, F. (2011), "Título V, Cap. I", en REBOLLO, M E IZQUIERDO, M. (dirs.), *La defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid: Iustel, pp. 891-967.

GOMÁ LANZÓN, I. (2017), "Continúa el culebrón: las cláusulas suelo son válidas o réquiem por la transparencia material", *Hay Derecho (Blog)*, 4 de abril de 2017, disponible en línea: https://hayderecho.expansion.com/2017/04/04/continua-el-culebron-las-clausulas-suelo-son-validas-o-requiem-por-la-transparencia-material/ (fecha de consulta: 28 de diciembre de 2018).

- (2017), "El alcance de la intervención notarial en la contratación bancaria (I)", *El Notario del siglo XXI*, nº 72, marzo-abril de 2017.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (2007), "Las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios. El Registro de condiciones generales de la contratación y la eficacia de la inscripción", en GADEA SOLER, E., SEQUEIRA MARTÍN, A. J. (coord.), *La contratación bancaria*, Madrid: Dykinson, pp. 242-276.

- (2000), "El Registro de Condiciones Generales de Contratación", en NIETO CAROL, U. (director), *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas abusivas*, Valladolid: Lex Nova.

GÓMEZ PERALS, M. (2006), "La nulidad de las condiciones generales de contratación en la calificación registral", *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, nº 1 (ejemplar dedicado a: Coloquios), pp. 1-7.

GONZÁLEZ LAGUNA, M. (2000), "Disposición adicional 2ª. Modificación de la legislación hipotecaria: Arts. 222, 253 y 258 LH", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid: Aranzadi, pp. 1342-1343.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2009), "Comentario al art. 80.2 de la TRLGDCU", en "Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)", septiembre de 2009, Grandes Tratados, Aranzadi Thompson Reuters, Cizur Menor, pp. 1-7.

- (2009), "Comentario al art. 83 de la TRLGDCU", en "Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, (Real Decreto Legislativo 1/2007)" septiembre de 2009, Grandes Tratados, Aranzadi Thompson Reuters, Cizur Menor, pp. 981-985.

GÓMEZ PERALS, M. (2006), "La nulidad de las condiciones generales de contratación en la calificación registral", *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, nº 1 (ejemplar dedicado a: Coloquios), pp. 1-7.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2017), *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. 9ª Edición. Madrid: Dykinson.

LLAMAS POMPO, E. (2008), "Acciones colectivas contra daños", *Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, nº 60, pp. 5-36.

LLODRÀ GRIMALT, F. (2002), *El contrato celebrado bajo condiciones generales. Un estudio sobre sus controles de incorporación y contenido*. Valencia: Tirant lo Blanch.

LONGO MARTÍNEZ, A. A. (2011), "La obligación notarial de abstención en caso de cláusulas declaradas nulas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación", *La Notaria*, nº 4/2011-1/2012, pp. 108-119.

LINDACHER, W. (2009), "§ 11 UKlaG" en WOLF, M., LINDACHER, W., PFEIFFER, T. (coords.), *AGB-Recht Kommentar*, Múnich: C.H. Beck, pp. 2223-2228.

MARCO MOLINA, J. (1999), "La modificación por la nueva LCGC del sistema de publicidad formal en el Registro de la Propiedad", en ESPIAU ESPIAU, S. (coord.), *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, Madrid: Marcial Pons.

MARÍN LÓPEZ, M. J. (2014), "Los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos de los usuarios de servicios financieros y su aptitud para la defensa de sus intereses colectivos". *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 136/2014, parte Art. Doctrinal. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, pp. 1-33.

MONTESINOS GARCÍA, A. (2015), "Aspectos procesales de las acciones colectivas en defensa de los consumidores de servicios bancarios". *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 139/2015, parte Crónica. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, pp. 1-19.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (2011), "Comentario al art. 82 TR-LGDCU", en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de consumidores*, Colex, Madrid.

OTERO LASTRES, J. M. (1977), "La protección de los consumidores y las condiciones generales de la contratación", *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 76, nº 4, p. 759-776.

PAGADOR LÓPEZ, J. (1999), "Impugnación por vicios del consentimiento y condiciones generales de la contratación", *Diario La Ley*, nº 4767, pp. 1850 a 1856.

- (1999), "Lección 7ª. Las condiciones generales de la contratación: introducción y régimen jurídico de los contratos celebrados mediante ellas", en Botana García, G. y Ruiz Muñoz, M. (coord.) *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España, pp. 163 a 184.

- (1999), *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas: La Ley de Condiciones Generales de Contratación*, Madrid: Marcial Pons.

PASQUAU LIAÑO, M. (1997), *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid: Civitas.

- (2000), "Disposición adicional primera. Tres: Art. 10 bis.2 LGDCU", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid: Aranzadi, p. 781.

PÉREZ DAUDÍ, V. (2018), "El IRPH ¿otro conflicto entre el Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea? Reflexiones procesales a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 669/2017, de 14 de diciembre", *Revista de Derecho vLex*, nº 165, febrero de 2018, pp. 1-9.

POCH, A. (2018), "Desmontando el IRPH: una aproximación a las prácticas bancarias abusivas a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017", *Revista de Derecho vLex*, nº 173, octubre de 2018, pp. 1-27.

PORTELLANO, P. (2002), "Art. 12", en MENÉNDEZ, A., DÍEZ-PICAZO, L. (coords.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid: Civitas, pp. 567-620.

PAU PEDRÓN, A., CURIEL, F. (2002), "Capítulo III del Registro de Condiciones Generales de la Contratación", en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ y L. DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN (Directores), Madrid: Civitas, pp. 561 a 564.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2004), "Las Cláusulas Abusivas por un Defecto de Transparencia", *Thomson-Aranzadi, Cizur Menor*, pp. 1-262.

- (2013), "Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario". *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, pp. 1-28.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. Y GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J. (2009), "Los contratos de adhesrión", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., MORALEJO IMBERNÓN, N. I., QUICIOS MOLINA, M. S. (coords), *Tratado de contratos*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 1583-1760.

PRATS ALBENTOSA, L. (2014), "La información precontractual como deber del oferente y derecho del consumidor, según la Directiva de Derechos de los consumidores 2011/83", *El Notario del Siglo XXI*, nº 56, pp. 1-4.

RAMÓN CHORNET, J. C. (2000), "Las condiciones generales de la contratación: El nuevo Registro especial de condiciones generales de la contratación", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 661, septiembre-octubre de 2000, pp. 1-65.

REGLERO CAMPOS, L. F. (1999), "Régimen de ineficacia de las condiciones generales de la contratación. Cláusulas no incorporadas y cláusulas abusivas: concepto y tipología". *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. I, parte Doctrina. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, pp. 1-24.

RUIZ-RICO RUIZ, C. (2003), *El control de las cláusulas abusivas a través del Registro de Condiciones Generales de la Contratación: apuntes críticos al Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España.

RUIZ-RICO RUIZ, J. M. Y ACEBES CORNEJO, R. (2017), "Sobre la posible ilegalidad y abusividad de la cláusula sobre fijación del valor de tasación del inmueble hipotecado en los préstamos hipotecarios", *Diario La Ley*, nº 9026, Sección Tribuna, 21 de julio de 2017, Editorial Wolters Kluwer, pp. 1-22

Sánchez García, J. (2017), *La cosa juzgada en el ámbito de los consumidores y los efectos retroactivos de la cláusula suelo declarada abusiva*, Barcelona: vLex.

TOBAJAS GÁLVEZ, O. (2002), "El Registro de Condiciones Generales de la Contratación", *Actualidad Civil*, nº 3 (29 julio-4 agosto 2002), pp. 1090-1038

VARGAS VASSEROT, C. (2003), *El seguro de la finca hipotecada*. Madrid: Marcial Pons.

VENDRELL CERVANTES, C. (2017), "Los efectos de las sentencias dictadas sobre acciones colectivas en materia de cláusulas abusivas respecto de las acciones individuales posteriores: jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo", *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez)*, núm. 47, diciembre de 2017, pp. 69-81.

VICENT CHULIÀ, F. (2000), "Las acciones colectivas de condiciones generales y su impacto en los sectores de contratación especial", en NIETO CAROL, U. (director), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid: Lex Nova, pp. 383-434.

WITT, A. (2011), "§ 11 UKlaG" en ULMER, P., BRANDNER, H. E., HENSEN, H. D. (coords.), *AGB-Recht Kommentar*, Colonia: Dr. Otto Schmidt, 11.ª ed., pp. 1899-1903.