



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

TRABAJO DE FIN DE GRADO.

Grado en Derecho

Derecho Mercantil

**LA PROTECCIÓN DE LA CLIENTELA BANCARIA
EN CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO.**

Realizado por:

Esteban José Fernández Navarro

Tutorizado por:

José Manuel Martín Fuster



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

TRABAJO DE FIN DE GRADO.

**LA PROTECCIÓN DE LA CLIENTELA BANCARIA EN
CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO.**

Realizado por:

Esteban José Fernández Navarro

Fdo.

Tutorizado por:

José Manuel Martín Fuster

Fdo.

Facultad de Derecho, Universidad de Málaga.

Curso 2019/2020.

LA PROTECCIÓN DE LA CLIENTELA BANCARIA EN CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO.

Resumen.

En este trabajo, es objeto de estudio dilucidar si el ordenamiento vigente en materia de protección de consumidores, tanto europeo como nacional, es efectivo o no. En consecuencia, las principales normas en este aspecto serán analizadas en detalle. Por otro lado, también supondrá objeto de estudio las cláusulas abusivas más comunes. Asimismo, estableceremos una comparación entre la legislación previamente analizada, y estas afamadas cláusulas, a fin de exponer si esta legislación es, como ya se dijo antes, efectiva o no. Además, se harán algunas sugerencias, como una manera de así ofrecer un ordenamiento completo en materia de protección de consumidores.

Palabras clave.

Consumidores – Cláusulas abusivas – Normativa en materia de protección de consumidores – Nulidad de cláusulas abusivas.

PROTECTION OF BANK CLIENTELE IN MORTGAGE LOAN CONTRACTS.

Abstract.

In this research, we aim to find out if the current consumers' protection normative, either European or Spanish, is effective, or not. In consequence, the main laws in this aspect will be analysed in detail. In contrast, it will also be an object of study the most common unfair terms. Despite that, we will establish a comparison between the previously analysed law and those well-known terms, in order to expose if the current law is, as previously said, effective of not. Subsequently, some suggestions will be given, as a way to properly offer a full-protection law to consumers.

Key words.

Consumers – Unfair terms – Consumer's protection normative – nullity of abusive clauses.

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR BANCARIO EN CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO.

JUSTIFICACIÓN DEL TEMA, PREGUNTAS SOBRE LA INVESTIGACIÓN Y RESULTADOS ESPERADOS.

Hoy día, el avance en la configuración y sofisticación de los mercados bancarios es innegable. Con una participación más que crucial en el buen porvenir de la economía no sólo a nivel nacional, si no también internacional, el sector bancario ha ocupado estos últimos años un papel más que esencial en el desarrollo económico de los países, al ser responsable directo, por ejemplo, de un alto nivel de consumo, al permitir a familias y operadores económicos españoles e internacionales realizar operaciones que, sin la posibilidad de acceder a créditos financieros, no hubieran tenido posibilidad de acceder a bienes y/o servicios. Al menos, no tan fácilmente.

Sin embargo, como alude el “Considerando” nº3 de la Directiva 2014/17/UE, la última crisis financiera sufrida a nivel internacional ha mostrado la peor cara de este sector: la falta de la información debida, con el empleo de técnicas mucho más que engañosas y fraudulentas por parte de los operadores bancarios, ha provocado un aumento imparable del recelo popular a la hora de contratar con entidades crédito. Por ello, no es de extrañar que se haya procedido, tanto a nivel nacional, como internacional, a paliar esta situación.

Ello se ha conseguido con la protección del consumidor en los contratos bancarios -y, especialmente, los hipotecarios-, dotando, así, de un mayor blindaje a la que es considerada la parte débil de tales contratos. Sin embargo, pese a la gran expansión de esta rama jurídica, la cual goza de ser un “tema de candente actualidad”, parece que sigue habiendo, hoy en día, un gran recelo entre la opinión popular a la hora de relacionarse con estas entidades.

Por ello, en este trabajo ponemos el foco de atención en ese elemento proteccionista de los consumidores frente a las entidades de crédito, siendo, así mismo, un tema que goza de una gran casuística (lamentablemente).

Por un lado, nos centraremos en cómo se detalla esta protección en el ordenamiento jurídico, no sólo a nivel nacional, si no también al europeo; cuestionar la efectividad de dichos sistemas de protección, y, finalmente, plantearse si realmente es necesaria alguna reforma en este ordenamiento.

Para terminar, con esta investigación esperamos responder a las anteriores preguntas, estructurando el ordenamiento jurídico existente en esta materia en dos pilares básicos: el sistema de protección a nivel internacional (europeo), y el sistema de protección a nivel nacional español, con especial foco de interés en directivas europeas, jurisprudencia, doctrina, y leyes nacionales (como la 5/2019).

Con ello, pretendemos dilucidar acerca de la seguridad jurídica de la que gozan los consumidores en contratos de préstamo bancario con garantía hipotecaria (por ser los mismos los más extendidos e infames a vista de la sociedad civil, tanto europea como española), amén de, como explicábamos antes, discernir acerca de aquellas posibles mejoras en aquellos elementos que se pudieran considerar necesitados de determinadas reformas.

ÍNDICE DEL TRABAJO.

Página

Introducción.

Capítulo I. Conceptos de “consumidor” y “contrato de préstamo bancario” 1

I.- Concepto de Consumidor 1

II.- Concepto de Contrato de préstamo bancario 3

III.- La relevancia de la protección de los legítimos intereses de los consumidores 5

Capítulo II. Sistema de protección normativo en materia bancaria 7

I.- El germen de la protección de la clientela bancaria: la directiva 93/13/CEE 7

II.- Base del ordenamiento tuitivo español: LCGC y TRLGDCU 12

III.- Una nueva concepción de la protección: la protección preventiva de la
Directiva 2014/17/UE 19

IV.- Perfeccionamiento del sistema español: Ley 5/2019, de Crédito Inmobiliario 22

Capítulo III. Cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios 25

I.- Cláusula Suelo 25

II.- Cláusula de Vencimiento Anticipado 30

III.- Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (IRPH) 35

IV.- Cláusula de tasación del bien inmueble objeto de la hipoteca 39

V.- cláusulas de intereses, gastos, y comisiones 42

Conclusiones 49

Bibliografía 53

INTRODUCCIÓN

Como bien es sabido, los efectos de la anterior crisis económica, desatada en 2008, arrojó una profunda sensación de desconfianza en el sector bancario. De entre los motivos detrás del recelo que el ámbito financiero despertó en la población, es de gran interés el relativo a las *malas praxis* por parte de los operadores de crédito. La ingente cantidad de préstamos concedidos en circunstancias que recomendaban lo contrario, produjo un sobreendeudamiento tal, que muchas familias se vieron abocadas al colapso económico.

Por ello, el estudio de este ámbito del Derecho del Consumo debe hacerse desde un prisma retrospectivo: se ha de tener presente que el sistema tuitivo, con independencia de las más que cuestionables praxis bancarias, no estuvo a la altura de las circunstancias.

Teniendo esto en cuenta, el objeto de estudio de este trabajo se basa en la eficacia, desde un plano normativo, doctrinal y jurisprudencial, del ordenamiento en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, especialmente en el ámbito bancario.

Numerosos son los contratos del sector financiero que se celebran entre entidades de crédito y consumidores, siendo incluso algunos de ellos bastante complejos, o, de hecho, operando en un mercado no estrictamente de crédito (por ejemplo, en el Mercado de Valores):

Dicho lo cual, dada la enorme amplitud del objeto de estudio, resulta recomendable enfocar nuestro ámbito en la protección de consumidores en contratos celebrados con garantía hipotecaria, al ser los que más interés académico y práctico suscita. No somos ajenos a la relevancia de los contratos de crédito al consumo, por ejemplo, pero, a fin de poder realizar el análisis más exhaustivo y detallado posible, no ha resultado aconsejable incluir más normas de las ya citadas.

De esta manera, la investigación se estructurará en tres pilares, dos de ellos básicos: en un primer plano, se determinará y contextualizará el ámbito en el que vamos a enfocar este trabajo, conceptualizando y analizando las nociones de “consumidor” (dado el gran interés que esto genera) y de “contrato de préstamo hipotecario” (señalando sus requisitos y características esenciales).

En un segundo capítulo, y primer pilar básico del trabajo, se analizará, desde un prisma doctrinal y jurisprudencial, la normativa vigente más relevante en materia de protección de consumidores. La ingente cantidad de estas disposiciones, unida a su dispersión normativa, nos ha obligado a centrarnos sólo en las más relevantes: desde la Directiva 93/13/CEE, hasta la Ley 5/2019, de contratos de crédito inmobiliario.

En el tercer capítulo, y segundo pilar básico, se analizará y detallará el funcionamiento y características de las cláusulas abusivas más frecuentes en el tráfico crediticio, o que más interés genera desde un punto de vista académico y práctico.

Finalmente, se concluirá el trabajo respondiendo a la pregunta base del mismo: ¿es eficaz el ordenamiento en materia de protección de consumidores? Asimismo, se realizarán, con independencia a la respuesta anterior, algunas recomendaciones que, desde nuestra humilde perspectiva, entendemos convenientes.

CAPÍTULO I.- Conceptos de “consumidor” y “contrato de préstamo hipotecario”.

En este capítulo, centramos el foco de atención sobre una cuestión que no resulta en absoluto **baladí**: la enmarcación del ámbito de estudio de este trabajo, centrado en dos elementos básicos y que, en este sentido, se encuentran íntimamente relacionados: los conceptos (tanto legales, como doctrinales y jurisprudenciales) de **consumidor** y **contrato de préstamo bancario**.

I. CONCEPTO DE CONSUMIDOR.

Legalmente, el concepto de consumidor se encuentra recogido en el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LGDCU). Tal precepto supone, en nuestra escala nacional, el criterio nuclear que permite hablar sobre aquellas situaciones que puedan entenderse abusivas a la luz del meritado cuerpo legal. No obstante, el mero hecho de que constituya tal aspecto básico no exime que, tanto jurisprudencia como doctrina, hayan realizado sendas construcciones encaminadas a desarrollar, exhaustivamente, además, todos aquellos aspectos que caracterizan al **concepto legal de consumidor**.

Primeramente, el artículo 3 LGDCU dispone lo siguiente:

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

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

Siguiendo el detallado análisis de los profesores NAVAS MARQUÉS y ARANA NAVARRO¹, nos centraremos en aquellas notas que caracterizan tal concepto, apoyándonos, asimismo, en doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

El primer elemento al que aludiremos es a la **personalidad en Derecho** del consumidor. En virtud del citado precepto legal, entra dentro del ámbito subjetivo tanto las personas físicas como jurídicas². Además, la norma tampoco realiza ningún tipo de distinción acerca del contenido del negocio jurídico en virtud del cual intervendría esta norma tuitiva, siendo completamente indiferente que se trate de actuaciones de comercio, compraventa de bienes o mercaderías, como de prestación de servicios.

La segunda nota que resaltar versa sobre el criterio negativo a partir del cual se excluyen del ámbito de sujeción de este precepto legal, por **cuanto no se considerará consumidor a aquella persona, jurídica o física, que adquiera esos bienes y/o servicios con finalidades distintas al consumo privado**.

¹ NAVAS MARQUÉS, J.I./ ARANA NAVARRO, J. (2017): “Capítulo III. Concepto de consumidor y usuario de Servicios Financieros”, en *Tratado de Contratación de Derecho Bancario. Tomo I. Préstamos y garantías en derecho bancario. Derecho nacional y de la Unión Europea*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, págs. 61 a 82.

² A tal extremo, la Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 9 de febrero de 2017

Esta delimitación se complementa con el hecho de que, por ejemplo, si una empresa (persona jurídica) adquiere determinados bienes para emplearlos como materiales en su proceso productivo, tal empresa no está haciendo un uso privado de esos bienes, sino, más bien de un uso profesional. Sin embargo, es en este punto donde se abre un amplio frente jurisprudencial, por cuanto se entiende que no todo profesional (ya sea persona física o jurídica) que adquiera tales bienes o servicios tiene por qué destinarlos a un uso profesional, requiriendo tal situación de prueba que verifique que, efectivamente, tal adquisición iba dirigida a un fin o uso distinto del privado.

Entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo nº 550/2019, de 18 de octubre, hace referencia a esta distinción: *“Por consiguiente, solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido [...] para la protección del consumidor como parte considerada más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional”*.

Sin embargo, la conceptualización del consumidor no se limita simplemente a la legislación nacional. La Unión Europea, a través de sus instrumentos legislativos y recomendatorios, ha hecho muestras de una prolífera legislación en torno al ámbito proteccionista de los consumidores, teniendo como pilares esenciales las Directivas 93/13/CEE y 2014/07/UE.

La definición del concepto de consumidor se encuentra en los artículos 2.b) y 4.1) (respectivamente). Sin embargo, entendemos más relevante el primero de ellos, por suponer la piedra angular sobre la que rotará todo el contenido jurisprudencial dimanante del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE).

Detalla el mencionado artículo: *“«consumidor»: persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional”*. Como vemos, se trata de una definición que, pese a responder al núcleo esencial de la recogida en el artículo 3 LGDCU, es más escueta (por cuanto no recoge, por ejemplo, la posibilidad de las personas jurídicas de ser consumidoras). Esta diferencia se basa en que la normativa comunitaria, pese a su prolífica política normativa, ha marcado un nivel de protección inferior que el vigente en España. Esta asimetría tuitiva nada produce en perjuicio de los titulares de la protección, puesto que un Estado miembro puede perfectamente aumentar el ámbito de protección promovido por la normativa comunitaria, sin que se entiendan contrarios.

A tal extremo, se ha producido por parte del TJUE una gran labor jurisprudencial, en tanto ha posibilitado definir con exactitud aquellos supuestos oscuros o ambiguos que el precepto podría encerrar. La razón que se esconde detrás de tan importante actuación se basa en la necesidad de realizar una protección adecuada de lo que es considerada la parte débil del contrato, por cuanto los consumidores encuentran, por norma general, imposibilidad a la hora de negociar los extremos de cualquier contrato que celebren cotidianamente³.

Por otro lado, encontramos fundamental hacer referencia a una importantísima

³ En este sentido, resulta esencial la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 30 de mayo de 2013, asunto C-488/2011, “Dirk Frederik Asbeek Brusse y Katarina de Man Garabito contra Jahani BV”.

sentencia en este ámbito, la relativa al asunto C-630/17. En sus puntos 87 y siguientes, realiza una auténtica delimitación conceptual, sirviendo como base aplicable a numerosas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo⁴.

Además, en este sentido, resulta igualmente relevante las Conclusiones⁵ del Abogado General del TJUE, Pedro Cruz Villalón, con relación al artículo 2 Directiva 93/13:

“En definitiva, nos encontramos frente a una noción objetiva y funcional, cuya concurrencia depende de un único criterio: el encuadre del negocio jurídico en particular en el marco de actividades ajenas al ejercicio profesional. En efecto, tal y como ha puesto de relieve el Gobierno rumano, la Directiva no establece ningún criterio adicional para la determinación de la condición de consumidor. Se trata, además, de una noción que se define de manera situacional, es decir, en relación a un negocio jurídico concreto. En consecuencia, no puede privarse a ninguna persona de la posibilidad de estar situada en la posición de consumidor en relación con un contrato que se sitúa fuera de su actividad profesional en razón de sus conocimientos generales o de su profesión, sino que habría de estarse, exclusivamente, a su posición respecto a una operación jurídica en concreto”.

II. CONCEPTO DE CONTRATO DE PRÉSTAMO BANCARIO⁶.

El Derecho Bancario (erróneamente nombrado, puesto que los bancos, pese a ser los más comunes, no son las únicas entidades de crédito que integran este sector financiero) es aquella rama del Derecho que tiene por misión la regulación de, por un lado, los contratos celebrados entre entidades de crédito y personas, y, de otro, la supervisión de este mercado. Comenzaremos hablando sobre la institución jurídico-administrativa.

Según expone NIETO CAROL⁷, en materia jurídico-administrativa, podemos encontrar dos polos bien enfrentados: antes de 2011, el legislador optó por añadir dinamicidad a un sector fundamental de la economía nacional, provocando un **gran aumento del protagonismo del crédito y su mercado** en el Producto Interior Bruto nacional. Sin embargo, tras el 2011, y con la crisis económica global en pleno énfasis, la mirada del legislador se centró en intentar recuperar la confianza que las entidades crediticias habían perdido con respecto a los agentes económicos españoles. Tras una ingente cantidad de prácticas abusivas, oscuras, desinformadas y, en resumen, completamente perjudiciales hacia las familias españolas, se optó por **remodelar todo el sistema de control de estas entidades**. Es en esta época en la que nace, por ejemplo, la LOSSEC⁸, eje central del ordenamiento público bancario tuitivo.

Sin embargo, haciendo referencia al ordenamiento que regula las relaciones jurídico-privadas del sector bancario, hemos de remarcar que existe una completa laguna jurídica,

⁴ A mero título enunciativo, SSTS 533/2019, de 10 de octubre, FD 3º; 307/2019, de 3 de junio, FD 3º; 230/2019, de 11 de abril, FD 3º.

⁵ Relativas al asunto C-110/14, de 23 de abril de 2015, TJUE.

⁶ MARTÍNEZ SANZ, F./ BROSETA PONT, M. (2018), “Capítulos 33 y 34. Los Contratos Bancarios (I): Las Entidades de Crédito, y Los contratos Bancarios (II)”, en *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, págs. 231 a 267. PULIDO BUGINES, J.L. (2017), “Lección 19ª. Los Contratos Bancarios”, en coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. / DÍAZ MORENO, A.: *Lecciones de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, págs. 563 a 595.

⁷ NIETO CAROL, U., (2016): *Transparencia y Protección de la Clientela Bancaria*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

⁸ Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

por cuanto estas instituciones son absolutamente **atípicas**, es decir, no se encuentran reguladas en precepto legal. A este respecto, el Banco de España (junto con el Banco Central Europeo) realiza una actuación de control indirecto, mediante la emisión de circulares, las cuales suponen una suerte de instrucción vinculante a las entidades de crédito. Por otro lado, los usos y costumbres bancarios suponen la cristalización en este marco económico de una de las fuentes recogidas en el artículo 1 del Código Civil español, la **costumbre**.

Finalmente, otra fuente relevante del Derecho Bancario son los propios contratos bancarios, por cuanto pueden suponer contratos “marco”, donde se sitúan multitud de pólizas de aplicación general.

Es, en este punto, en el que nos detenemos a hacer referencia al **contrato bancario de préstamo**, por cuanto no es regulado todo lo exhaustivamente que debiera (al ser un contrato atípico mercantilmente, se realiza remisión al Código Civil⁹, en sus artículos 1740 y siguientes).

Por tanto, las **características** de dicho contrato son: en primer lugar, es un contrato real (pese a que últimamente se entienda en la práctica como consensual), formal (requiere de la plasmación del acuerdo por escrito), oneroso, y con contenido obligacional unilateral (puesto que, una vez trasladada la suma monetaria, el único obligado en este contrato es el prestatario). Por el otro, su contenido supone las siguientes obligaciones:

A).- Pago o devolución de la cuantía prestada. Esta devolución se realiza sobre toda la cantidad prestada (a diferencia del contrato de apertura de crédito), al momento del vencimiento del contrato (momento a partir del cual es exigible la reintegración de lo prestado), de manera que puede efectuarse dicha devolución de una sola vez, o mediante pagos periódicos, lo que se conoce como **calendario de amortización**.

B).- Obligación accesoria de devolución de intereses. Pese a que el contrato de préstamo se suponga sin intereses (artículo 314 Código de Comercio¹⁰), es práctica más que habitual que se fijen, por parte del prestamista, **una serie de intereses que el prestatario deberá reintegrar junto con la cantidad principal**. Existen distintos tipos de intereses, los cuales difieren en su manera de calcularse¹¹. Puede optarse por parte del prestatario sobre devolver primero la cantidad total de intereses devengados y luego la cantidad principal, o viceversa.

C).- Otras obligaciones accesorias. De entre estas obligaciones pueden destacarse el pago de la comisión de apertura, hasta la obligación de remitir a la entidad crediticia determinados documentos o información (por ejemplo, suponía práctica habitual el presentar ante la entidad las últimas nóminas del potencial prestatario).

D).- Garantías. Este se trata de un punto esencial. La entidad crediticia, al ser los contratos bancarios (por norma general, contratos de adhesión), puede exigir, además, que el prestatario otorgue determinadas garantías. Es, en este aspecto, donde nos centraremos en la más famosa: **la hipoteca**. Pese a que sea de conocimiento general, la hipoteca se trata de un acuerdo por el cual se intenta garantizar el cumplimiento de una

⁹ El cual dispone: “Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, **la costumbre** y los principios generales del derecho”.

¹⁰ Así, “Los préstamos no devengarán interés si no se hubiere pactado por escrito”.

¹¹ Nos centraremos en ellos más adelante

obligación principal, siendo el bien u objeto garantizado propiedad del deudor principal. Dicha **garantía no supone la translación ni de propiedad ni de posesión**. Sin embargo, en el momento en el que se verifique el incumplimiento del deudor principal, **el acreedor, en ejercicio de la hipoteca, podrá subastar el bien garantizado, para así, con lo recaudado de dicha operación, saldar toda o parte de la deuda**.

III. LA RELEVANCIA DE LA PROTECCIÓN DE LOS LEGÍTIMOS INTERESES DE LOS CONSUMIDORES.

Finalizado el previo análisis, hemos de volver la vista atrás, a fin de no olvidar el espíritu de tal conceptualización. El propósito rector de este trabajo, como ya se dijo antes, versa sobre si es o no efectivo el marco normativo en protección de la clientela bancaria. Para ello, resulta esencial encuadrar el ámbito de actuación al que dirigimos nuestro estudio, conceptualizando las nociones de consumidor, por un lado, y de contrato de préstamo bancario, por el otro. No obstante, hemos de hacer una importante reflexión tras el análisis de ambas instituciones: **¿por qué resulta tan importante la conceptualización del consumidor, dado que doctrina, jurisprudencia nacional y europea han enfocado sus esfuerzos en su análisis, en contraposición con la noción del préstamo bancario?**

La respuesta a esta cuestión se antoja más que tajante: la protección del consumidor, recogida en el artículo 51 CE, supone una de las piedras angulares del **Estado Social** que propugna el artículo 1 de nuestra Carta Magna¹². Este artículo debe entenderse en contraposición con el 38 CE, relativo a la libertad de empresa, por cuanto denota el balance en esta materia: se permite, por un lado, la libertad de empresa y de ejercicio del comercio, en todas sus formas lícitas, y con respeto a la legalidad y costumbres, pero, por el otro, se protege a la que ya hemos analizado como la parte más débil del contrato, por cuanto tiene **escasa** o **nula** capacidad para intervenir en el juego de contraprestaciones propio de los contratos.

Siguiendo al profesor **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO**, el consumidor es aquella persona que *“no tiene posibilidad de influir en el mercado, ni en cuanto a precio ni en cuanto a calidades; se ve sometido a una extraordinaria presión por medio de la publicidad, que tiende a reducir su capacidad crítica, y es tal la desproporción entre los medios de que dispone el consumidor normal y los que poseen las empresas cuyos productos o servicios adquiere, que apenas tiene ninguna posibilidad efectiva de hacer respetar sus derechos”*¹³. Debido a la brillante exposición del profesor, entendemos que no es necesario añadir ningún apunte al respecto.

Consecuentemente, la protección del consumidor en el tráfico mercantil debe verse incrementada, sin lugar a duda, en el ámbito de actuación de los Mercados Financieros. Ello se debe a lo que se expuso en la introducción de este trabajo: a lo largo de la última recesión económica, se ha visto como, desafortunadamente, **aumentaba exponencialmente el número de casos de contratos declarados abusivos por parte de entidades bancarias**. Esta mala praxis generó **un importantísimo clamor popular**,

¹² ROSILLO FAIRÉN, A. (2010): *La configuración del contrato de adhesión con consumidores*. Las Rozas (Madrid): La Ley.

¹³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (2019): *Apuntes de Derecho Mercantil*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, página 644.

el cual derivaría en multitud de disposiciones legales específicas de protección del consumidor en materia bancaria.

Por este motivo, no solamente la protección de aquellas personas consideradas consumidoras debe regir la actuación del Estado Social y de Derecho, sino que, además, la información y legislación en materia contractual bancaria debe constituirse como un bastión contra un problema que afecta al plano **social** no tan sólo nacional o europeo, si no **mundial**.

CAPÍTULO II. – Sistema de protección normativo en materia bancaria.

En este capítulo, eje esencial del trabajo, centraremos nuestra atención en aquellas disposiciones, tanto del ordenamiento comunitario como nacional español, que brindan protección a los intereses de los consumidores en el sector bancario. En este sentido, analizaremos todas aquellas normas que han visto contrastada su relevancia a la hora de tutelar los intereses colectivos de los consumidores, además de la evolución en el tiempo que las mismas han ido experimentando.

I. EL GERMEN DE LA PROTECCIÓN DE LA CLIENTELA BANCARIA: LA DIRECTIVA 93/13/CEE¹⁴.

I.I Contexto social.

Esta directiva, pionera en la materia, fue dictada con el ánimo de limar aquellas discordancias legislativas en materia de protección de consumidores de ámbito europeo. El fin al que aspiraba esta norma era alcanzar la unidad de mercado europeo, facilitando la contratación y transacción de bienes y servicios entre países. Es más, la propia directiva, a lo largo de sus Considerando, admitía la amplia ignorancia de los consumidores en materia de protección clientelar, lo cual podría dar lugar a ciertas reticencias a la hora de operar internacionalmente.

Esta directiva, de espíritu armonizador, establece una cláusula de contenido mínimo (art. 8), por cuanto dispone que los Estados Miembros podrán ampliar el ámbito de protección en su normativa interna, pero no podrán brindar un menor grado de protección que la contenida en la propia directiva. Esta cláusula ha supuesto un aspecto esencial en el futuro de la disciplina, puesto que ha permitido brindar una protección **eficaz** mínima (contenido de la directiva), a la par que permite un **mayor grado de tuición** en otros Estados miembros, cuestión que, afortunadamente, ha sido la actitud predominante en la mayoría de los estados que incorporaron tal directiva¹⁵.

I.II Ámbito objetivo de la Directiva.

Entrando, ya sí, en materia, hemos de analizar en primer lugar, el ámbito de aplicación¹⁶ de esta norma. Su piedra angular la supone el artículo 3, por cuanto determinan que **serán aquellas cláusulas que no se hayan negociado individualmente, y que produzcan un grave detrimento en el consumidor debido a un importante desequilibrio entre derechos y obligaciones *inter partes*.**

Esta definición, por tanto, contiene las siguientes notas:

1.- Es, por un lado, un **ámbito puramente comercial y contractual**, ya que establece que aquellas cláusulas que refieran a disposiciones legales imperativas no serán objeto de esta disposición (art. 1.2).

¹⁴ CARBALLO FIDALGO, M. (2013): *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*. L'Hospitalet de Llobregat: Bosch.

¹⁵ Véase que, a tal efecto, el Informe (año 2000) sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE elabora un cuadro (como ANEXO I) que contiene todos los estados que han incorporado tan directiva y la correspondiente ley de transposición. Los países en cuestión (en esa fecha) eran: Austria, Bélgica (especialmente prolífica con numerosas leyes en esta materia), Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, España, Suecia y Reino Unido.

¹⁶ Nos centraremos en el ámbito objetivo ya que el subjetivo fue ya tratado en el Capítulo I de este trabajo.

2.- Son cláusulas que infringen el contenido de la buena fe, teniendo como resultado una importante **desproporción de derechos y obligaciones entre las partes contratantes**.

3.- Además, parte de la premisa de la **no negociación individualizada**, ya que, como veremos, las cláusulas que sí hayan sido negociadas (y por tanto aceptadas) individualmente no se pueden considerar abusivas. Por ello, se centra en **contratos de adhesión**.

4.- Como decíamos antes, con un resultado de desproporción **importante y grave**, que ocasiona un detrimento en el consumidor. Se trata de la piedra angular de la calificación como abusiva de una determinada cláusula.

I.III Consideración de abusividad de las cláusulas.

Se trata del elemento nuclear de la directiva: la consideración, valoradas el resto de las circunstancias del caso concreto, de que una determinada cláusula es abusiva cuando produce, en detrimento del consumidor, un importante desajuste entre los derechos y obligaciones que incumben a cada parte del contrato.

Como se puede apreciar, un contrato puede incluir una o varias cláusulas abusivas. Lo verdaderamente determinante es la valoración conjunta, el examen completo de todo el contenido contractual para detraer, ahí ya sí, un juicio valorativo¹⁷ que compare las obligaciones y los derechos que sujetan y asisten (respectivamente) al consumidor y a la parte empresarial (en este trabajo, la entidad bancaria).

Este juicio valorativo al que hacemos referencia no es en absoluto sencillo: es más bien todo lo contrario. No obstante, pese a que afirmamos la necesidad de establecer un juicio comparativo, sí que, gracias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, podemos encontrar patrones comunes en tales contratos. Estos patrones se contienen en una sentencia del TJUE que ha sido calificada por la doctrina como esencial para el estudio de la materia: el caso **Mohamed Aziz**¹⁸. Esta sentencia es esencial, por un lado, porque establece una delimitación clara y concisa en las funciones de los jueces nacional y comunitario en la interpretación de la abusividad de las cláusulas.

Tal criterio corresponde con el ordinal nº66 de la sentencia, que razona que será el juez nacional quien, atendidas las circunstancias concretas del caso y las disposiciones del derecho nacional aplicable, aprecie la discordancia que origine un detrimento por parte del consumidor. Por el otro lado, el juez europeo le asistirá de tal manera que le formule “indicaciones que éste debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo”¹⁹.

Por otro lado, la propia directiva incorpora una lista indicativa y no exhaustiva (art. 3.3) en su anexo de cláusulas que pueden ser consideradas abusivas. El estudio de la abusividad de cada cláusula en concreto se verá en el capítulo III, aunque lo que sí nos interesa en este punto supone la asunción o no de los Estados Firmantes de este listado. A priori, la doctrina ha mantenido que el núcleo central de esta directiva se contiene en los artículos 3 a 7. Estos artículos constituyen el requisito esencial para la aplicación de

¹⁷ Tal y como dispone el artículo 4 de la directiva: “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 concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa**”

¹⁸ STJUE de fecha 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11.

¹⁹ En este mismo sentido, la STJUE de 24 de abril de 2012, asunto C-472/10, caso Invitel.

la directiva, y no puede realizarse ningún impedimento a su incorporación. Cuestión bien diferente supone la transposición de la lista anexada a la directiva. Como dispone el propio artículo 3.3, se tratan de cláusulas que **pueden** ser declaradas abusivas. Supone, en este punto, una diferencia esencial con el artículo 82.4 y 85 a 90 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Estos artículos establecen una presunción **iuris et de jure** sobre la abusividad de las cláusulas dispuestas en los artículos citados, mediante el uso de la coletilla “son abusivas las cláusulas que (...) y, en todo caso:”²⁰.

Pese a que la determinación de abusividad de las cláusulas sea determinada por la desproporción entre derechos y obligaciones, existe un elemento esencial que incide directamente sobre la posible determinación de estas cláusulas: la información que posee el consumidor. De esta manera, las exigencias de la buena fe negociales no se verían cumplidas dado el caso de que el consumidor no fuera informado del contenido de tales cláusulas, otorgándole las mismas obligaciones que de haberlo sabido, no habría aceptado individualmente.

I.IV Deberes de información para con el consumidor

La relevancia de las labores de información en el proceso negocial supone un requisito indispensable de la materia. Como explica la profesora ZOFIA BEDNARZ²¹, la información otorgada al consumidor cumple dos funciones: una primera, quizás no tan relacionada con este tema, para paliar posibles ineficiencias del mercado; la segunda, como medio imperativo de dos realidades distintas pero ligadas: la protección de la parte considerada más débil (el empresario posee muchísima más capacidad decisoria en el contrato que el consumidor) y la protección de las reglas de la buena fe.

En este sentido, la normativa comunitaria ha brindado un importante paso adelante en materia de la información debida en la formación del contrato²²: abarcan, entre otras, información sobre productos en particular o categorías; información general sobre productos (sobre riesgos genéricos de su uso); información sobre salud y seguridad, etc.

Sin embargo, en este trabajo nos centraremos sobre la información que el empresario brinda al consumidor acerca de los pormenores del contrato, la información de en qué consisten todas las cláusulas del contrato, la manera de ejercer y hacer efectivos sus derechos, las obligaciones que ambas partes asumen, etc.

Hemos de recordar que, tal y como indicó la profesora BEDNARZ, existen varias concepciones del consumidor desde el punto de vista estrictamente económico. Según la óptica de la teoría neoclásica, el consumidor será un agente que opere en el mercado de manera **racional**, sujetándose a influencias externas (incentivos) y a intereses propios. En este modelo, la información se destina a restaurar el desajuste de información existente entre empresario y consumidor, de tal manera que el consumidor racional pueda saber exactamente qué esperar del contrato existente. De no ser así, el modelo de consumidor racional de la teoría neoclásica no encontrará ningún incentivo a la hora de contratar

²⁰ Posteriormente, ofrece todo un listado de cláusulas que son consideradas abusivas según el tenor del artículo.

²¹ BEDNAZ, Z. (2019): *Breach of information Duties in the B2C ECommerce: A comparative perspective*. Madrid: Marcial Pons.

²² JULIAN LONBAY (1996): *Enhancing the legal position of the European consumer*. London: British Institute of International & Comparative Law.

externamente si desconoce las aristas o extremos del contrato que pueda suponer un perjuicio económico o patrimonial para él. De esta manera, la norma tuitiva centra la información como un *safe harbour* para la toma de decisiones del consumidor, asumiendo que, si opera de manera informada y, por tanto, confiada, promoverá, entre otras consecuencias, un mayor consumo.

Así mismo, determinada doctrina²³ se ha preocupado por la concepción de contrato en relación al motivo de la información. Siguiendo este esquema, existirían dos clases de contrato: uno, claramente individualista, en el que conectan las puras voluntades de ambas partes contratantes. En este sistema, la información no toma un rol imperante, si no que más bien se emplea como arma para proteger los intereses individuales. El segundo tipo de contrato sería con una clara tónica cooperacionista, en la que, sin rechazar a los intereses individuales, ambas partes ponen de su parte para la mejor marcha de la relación contractual. De esta manera, la información es vista como un medio de cooperación que permite maximizar el resultado de la relación contractual, optimizando el cumplimiento del contrato y beneficiando indirectamente a ambos contratantes.

El segundo modelo expuesto es el que siguen la tónica general de todos los ordenamientos tuitivos europeos. De lo contrario, en un sistema claramente individualizado no tendría sentido una norma tuitiva como la Directiva 93/13/CEE. Es por ello que la información ha constituido un bastión para la defensa directa de los intereses de los consumidores.

Esta importante tutela de la información otorgada es blindada en la presente directiva por el artículo 5, por cuanto dispone que las cláusulas deberán ser redactadas claras y concisamente. De esta manera, el consumidor podrá saber con precisión qué está contratando. Es más, la propia norma prevé un uso torticero de esta información, estableciendo como cláusula de salvaguarda que de no ser posible comprender qué dice una determinada cláusula, la interpretación que se haga de la misma deberá ser siempre la más beneficiosa para el consumidor. Numerosas normas han acogido estas labores tuitivas relacionadas con la información: véase, como ejemplo, los artículos 7 y 9.2.f).últ párrafo de la Ley 16/2011, de Contratos de Crédito al Consumo, en los que, de un lado, se exige la calidad de la información, de manera que se permita al consumidor acceder a ella antes, durante, y después del contrato; y, de otro, que la calidad del soporte en el que se brinde la información o las cláusulas han de constar en un soporte que sea accesible para su correcta lectura, sobre todo en cuanto a la calidad de la impresión o el formato de la letra.

Como veremos más adelante, el papel de la información resulta esencial en la materia tuitiva. No obstante, la presente directiva no dedica más esfuerzos que los resultantes del artículo 5. Afortunadamente, veremos cómo, con las siguientes legislaciones en esta materia, la información supone, cada vez más, un paso infranqueable a la hora de responder ante las exigencias de la buena fe contractual.

I.V Tratamiento jurídico-legal de la cláusula abusiva.

Ahora que ya sabemos a qué cláusulas hacemos referencia (apartado I.II), qué supone la abusividad de las mismas (apartado I.III), y uno de los elementos básicos que determinan la abusividad de tales cláusulas (apartado I.IV), centramos ahora nuestros

²³ GERAIN T HOWELLS (2005): *Information Rights and obligations (A Challenge for Party Autonomy and Transactional Fairness)*. Farnham: Editorial ASHGATE.

esfuerzos en analizar qué tratamiento recibían aquellas cláusulas que ya han sido calificadas como abusivas.

Existen, en este punto, siguiendo a CARBALLO FIDALGO, dos tratamientos bien diferenciados: uno, por un lado, un tratamiento individual (contenido en el artículo 6) y, por el otro, un tratamiento colectivo (artículo 7).

En cuanto al tratamiento individual, resulta de gran interés la exposición realizada por ADÁN DOMENECH²⁴, en el se trata una cuestión en absoluto baladí: ¿qué tratamiento recibe una cláusula contractual que ya ha sido declarada abusiva?

En este sentido, el TJUE ha sido meridianamente claro y contundente: no se puede reintegrar judicialmente las cláusulas declaradas abusivas. Supone, básicamente, una prohibición al juzgador nacional, puesto que, con la reforma operada en 2014, se permitía tal operación en virtud de los artículos 1258 y 1303 del CC. Sin embargo, el TJUE, acertadamente, declaró tales prácticas contrarias al Derecho de la Unión²⁵. A partir de entonces, es pacífica la jurisprudencia en materia de la imposibilidad de integración del contrato. La cuestión que surge es: si no se permite la integración, ¿qué sucede entonces con la cláusula abusiva?

En principio, tal y como dispone la propia directiva 93/13/CEE, la cláusula abusiva debe quedar sin efecto alguno. De esta manera, el consumidor no se ve sujeto en modo alguno al contenido obligacional de dicha cláusula. No obstante, sí que existe determinado debate doctrinal acerca del grado de nulidad que afecta a tales cláusulas, debatiendo si tal nulidad es amplia²⁶ o restrictiva²⁷. El profesor ADÁN DOMENECH aboga por la primera, abogando por la aplicación del 1303 CC. Nuestra postura la entendemos en la misma línea, ya que la nulidad de la que deben adolecer tales cláusulas es **absoluta**, obligándose a restituir al consumidor a su estado económico-patrimonial a un momento previo al de la obligación declarada abusiva. Sólo de esta manera se estará defendiendo el verdadero interés de la parte débil contratante, ya que, de aceptar una nulidad flexible, dejaríamos la veda abierta para que los perjuicios que sufran los consumidores con causa en una obligación declarada abusiva no vean indemnización alguna, y sean los consumidores quienes deban cargar con el peso del daño económico-

²⁴ ADÁN DOMENECH, F. (2017): *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*, L'Hospitalet de Llobregat: Bosch, págs. 48 a 51

²⁵ Como se expone en la STJUE C-618/10, caso Banco Español de Crédito, en su cardinal nº69: “*Pues bien, en este contexto es preciso señalar que, tal como ha indicado la Abogado General en los puntos 86 a 88 de sus conclusiones, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, el auto Pohotovost', antes citado, apartado 41 y jurisprudencia citada), en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales*”.

²⁶ Aquella en la que se basa el art. 1303 CC, la cual determina la nulidad total del negocio jurídico en su integridad.

²⁷ Aquella nulidad que, como explicaba la profesora MARIA JOSÉ GARCÍA ALGUACIL, “aquellos casos en los que el contenido del negocio sea complejo, siendo así que una parte de aquél resulte conforme a derecho y otra contraria a él. En estos casos, no tiene por qué declararse nulo el contrato entero, sino solamente la aparte que se entienda contraria a derecho”. RUIZ-RICO RUIZ, J.M. (coord.) (2016): *Manual Básico de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, págs. 170 a 172.

patrimonial, situación que resulta de todo extremo contraria al fin teleológico de la normativa comunitaria.

Centrándonos ahora en la acción colectiva, recogida en el artículo 7 de la directiva, hemos de analizar la posible eficacia *erga omnes* de la consideración de abusividad de una cláusula contenida en contratos tipo. A través de la STJUE de 26 de abril de 2012, el tribunal explica que, en caso de que la legislación nacional permita la declaración *erga omnes* de la abusividad de una cláusula en contratos tipo, se permita que otros damnificados por dichas cláusulas (y que no fueron parte en el proceso en el que se declaró la abusividad de tales cláusulas) puedan exigir de los tribunales nacionales la tutela respectiva y beneficiarse, así, de la declaración en un proceso judicial de una cláusula como abusiva.

En España ocurrió algo parecido: la infame “cláusula suelo” (la cual se detallará en el capítulo III), que limitaba a un mínimo el porcentaje que debía abonar en concepto de intereses los consumidores de hipotecas a tipo variable, vio cómo, a tenor de su declaración judicial como abusiva, un ingente número de consumidores acudieron tanto a los tribunales como a las entidades bancarias (que, por desgracia, casi todas utilizaron) para la expulsión de la misma de los contratos de préstamo y la devolución de las cantidades abonadas en concepto de dicha cláusula. Así, un abismal número de resoluciones judiciales permitieron a los consumidores ver su estado económico-patrimonial restituido en virtud de la declaración de abusividad de las cláusulas suelo.

II. BASE DEL ORDENAMIENTO TUITIVO ESPAÑOL: LCGC Y TRLGDCU^{28, 29}

Como el propio título del epígrafe refiere, la base sobre la cual el ordenamiento español en materia de protección de consumidores se recoge en dos normas de aplicación complementaria: la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (Ley 7/1998) y el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Como se expondrá más adelante, el ámbito aplicativo de ambas normas es altamente complementario. De esta manera, se detallará los aspectos en los que estas leyes se complementan, así como sus notables diferencias entre sí.

II.I Contexto social.

El verdadero germen de la promulgación de ambas normas se encuentra en la Directiva 93/13/CEE, ya analizada. Sin embargo, los motivos que dieron luz a estas normas son distintos.

²⁸ Dadas las características de ambas normas, y del reducido espacio que se les puede dedicar a estas normas por ser un Trabajo de Fin de Grado, entendemos que será mejor explicar ambas normas simultáneamente.

²⁹ DÍAZ ALABART, S. (2016): *Manual de Derecho de Consumo*. Madrid: Editorial Reus, págs. 69 a 91; ADÁN DOMENECH, F. (2017): *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*, L'Hospitalet de Llobregat: Bosch, págs. 28 a 37; CASTILLO MARTÍNEZ, C. (2016): *Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamos garantizado con hipoteca*. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 87 a 95.; NIETO CAROL, U. (2016): *Transparencia y Protección de la Clientela Bancaria*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, págs. 110 a 135; CARBALLO FIDALGO, M. (2013): *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*. L'Hospitalet de Llobregat: Bosch, págs. 61 a 94.

En primer lugar, la LCGC nace, como la propia Exposición de Motivos refiere, para la “*transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*”³⁰. El encaje que esta norma tiene en el ordenamiento vigente español supone un cambio de paradigma parcial: esta ley centra su sistema de protección en, como veremos más adelante, en un modelo de protección **altamente objetivizado**, de tal manera que dirige su aplicación **tanto a consumidores como a profesionales indistintamente**. Es lo que se conoce como el modelo portugués o alemán.

Por el otro lado, la promulgación del TR se debe más bien a que, como expuso en su día la Ministra de Sanidad y Consumo Elena Salgado Méndez en el Congreso de los Diputados, “*ya no se entiende que, pudiendo contratar en tiempo real y habiendo tecnología que permite contabilizar al segundo los consumos que realizamos, sean solo los proveedores de servicios los que obtengan ventaja de esta tecnología, que en el sistema que actualmente está en vigor se utiliza siempre en contra del usuario*”³¹. Vemos, en este sentido, un *animus* mucho más modernizador³². No obstante, no es menos cierto que esta norma, desde sus orígenes (Ley General de 1984), operaba en un modelo de protección completamente opuesto al brindado por la LCGC: el modelo francés, con un matiz **notoriamente subjetivizado**, centra su aplicación solamente en aquellas personas con la condición de consumidor o usuario³³.

II.II Ámbito de protección

Ahora sí, entramos al núcleo del estudio de estas dos normas en materia de protección. Como advertencia preliminar, hemos de advertir que ambas normas van a aplicarse de **manera escalonada**, de tal manera que el ámbito de protección combinado resulta en **una pirámide**, siendo compuesta, así, de 3 eslabones: el primero, sobre el control de inclusión (arts. 5 y 7 LCGC); el segundo, referente al control de contenido (art. 82 TRLGDCU); y, finalmente, el tercero, el control de transparencia (art. 83 TRLGDCU).

De esta forma, el sistema de protección queda recogido en la ilustración de elaboración propia:

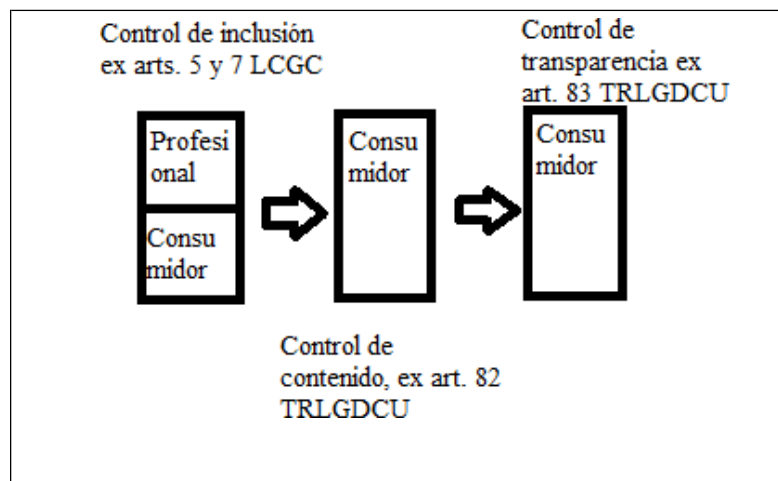
³⁰ Pese a que alguna que otra opinión doctrinal entienda lo contrario. Por ejemplo, Fernando Martínez Sanz: “*Ley 7/1998 (...) que, como tal, no venía exigida por el legislador comunitario (la Ley 7/1998 no constituye incorporación de una directiva comunitaria (...))*”.

MARTÍNEZ SANZ, F./ BROSETA PONT, M. (2018): *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, pág. 53.

³¹ Extracto recogido del Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de fecha 21 de diciembre de 2006, número 225, Sesión plenaria nº 209. Consultado en la siguiente página: “http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/PL/PL_225.PDF”.

³² Amén del cumplimiento de la transposición **correcta** de la Directiva 93/13/CEE, que, como la propia STJUE de fecha 9 de septiembre de 2004, asunto C-70/03

³³ Pese a que el propio artículo 10 de la Ley de 1984 incluyese un listado de cláusulas declaradas abusivas, rasgo característico del sistema alemán o portugués.



Procedemos, entonces, a exponer cada uno de estos eslabones.

1. **Primer eslabón: control de inclusión (arts. 5 y 7 LCGC).**

Este primer control es un control de forma, no tanto de contenido. Su *ratio* se basa en la posibilidad de que la persona que contrate con el empresario (adherente) **tenga la posibilidad de conocer el contenido del contrato facilitado por éste**. La idea que subyace en estos artículos es que, para proteger debidamente los legítimos intereses a que hace referencia la Exposición de Motivos, el sujeto contratante **pueda conocer lo que en realidad está firmando**³⁴. De tal manera, se entiende, a *sensu contrario* que, **si no se ha informado expresamente del contenido de dichas condiciones, o que estas resultan ilegibles, oscuras o ambiguas para el firmante**³⁵.

De esta manera, se produce, como expresa el profesor NIETO CAROL³⁶, una yuxtaposición entre dos artículos, a saber, el 5 y el 7. De esta manera, entendía que, en todo caso, se producía “una doble firma”: una, para firmar y conocer el contenido de las condiciones generales; y otra, para la firma del resto del contrato.

El elemento formal es esencial como puede desprenderse: es requisito imprescindible que se dé al contratante la posibilidad fáctica de poder conocer estas condiciones generales. Sin embargo, es importante resaltar que existe, a su vez, otro requisito de salvaguarda, mucho más efectivo en un sentido práctico, y es que el contenido de las condiciones debe ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez³⁷. Lo que con ello se refiere es que estas condiciones deben poder conocerse, entenderse, asimilarse y aprehenderse por una persona media, de tal manera que se entendería incumplido tal deber si sólo pudiera comprenderlo una persona experta en la materia.

Resultan, en este punto, altamente ilustrativas las STS 314/2018, de 28 de mayo; 57/2019, de 25 de enero; y 98/2020, de 20 de enero, por cuanto ambas se encargan de perfilar cómo se ha de aplicar este control:

³⁴ Como se expuso en el punto I.IV de este trabajo, con especial atención al primer párrafo de la página 4.

³⁵ Ex arts. 5 y 7.a) y b) LCGC.

³⁶ NIETO CAROL, U. (2016): *Transparencia y Protección de la Clientela Bancaria*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, págs. 84 y 85.

³⁷ Ex art. 5.5 y 7.b) LCGC.

“En la práctica, (...) se aplica en primer lugar el filtro negativo del art. 7 LCGC; y si se supera, es necesario pasar una segunda criba, ahora positiva, que es la prevista en los arts. 5.5 y 7 de la misma Ley: la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que no quedarán incorporadas al contrato las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. El primero de los filtros mencionados, el del art. 7, consiste, pues, en acreditar que el adherente tuvo ocasión real de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración. La sentencia 241/2013, de 9 mayo (...) consideró suficiente que la parte predisponente acredite la puesta a disposición y la oportunidad real de conocer el contenido de dichas cláusulas para superar este control, independientemente de que el adherente o el consumidor realmente las haya conocido y entendido, pues esto último tendría más que ver con el control de transparencia y no con el de inclusión. El segundo de los filtros del control de incorporación, previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, hace referencia a la comprensibilidad gramatical y semántica de la cláusula”.

En cuanto a las **consecuencias jurídicas que implica no superar este primer control**³⁸, se entiende de aplicación lo dispuesto en el art. 7 LCGC: las cláusulas no serán incorporadas al contrato. Nuevamente, el propio TS se ha encargado de matizar cómo cobra forma este efecto (STS nº 136/2019): *“en todo caso, del art. 9.2 y 10.1 LCGC se desprende inequívocamente que cuando una condición general de la contratación no supera el control de inclusión, debe declararse su nulidad, con la consecuencia de que se restituyan sus efectos desde que se aplicó, conforme al art. 1303 CC”.*

Esta declaración de nulidad, como señala el art. 9, puede ser solicitada en vía judicial por el adherente perjudicado, de tal manera que tendrá los mismos efectos que la nulidad contractual. Sin embargo, el alcance que esto afecta puede ser distinto dependiendo del contrato en sí, ya que de decretarse no incluida una cláusula entendida como esencial o condición *sine qua non* para el resto del contrato, se entenderá aplicable el artículo 1303 CC para la nulidad total del contrato. Sin embargo, de decretarse la nulidad solo de uno de estos elementos que no sean esenciales, se procederá a integrar, de ser posible, ese contrato.

2. Segundo eslabón: control de contenido (art. 82 TRLGDCU).

El control de contenido se enmarca dentro del artículo 82 LGDCU, y se basa, principalmente, en aquella situación que, “en contra de las exigencias de la buena fe”, provocan al consumidor un “desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”. Este control sirve como cláusula general, además de como cláusula de cierre³⁹, de tal manera que se aplica cuando no resulta aplicable el régimen positivo de los artículos 85 a 91⁴⁰.

Cuando se aprecia por el tribunal esta “desproporción” o “desequilibrio” entre derechos y obligaciones, es cuando se denomina “cláusula abusiva”. Sin embargo, la

³⁸ A este sentido, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2000): *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters. Consultado en web Thomson Reuters Aranzadi Instituciones en día 20 de abril de 2020.

³⁹ Cuando al principio mencionábamos que el modelo francés era el mayormente seguido por el TR, no quiere esto decir que la propia ley no emplease elementos propios de un modelo más rígido como el alemán, de tal manera que incorpora, en sus artículos 85 a 91 determinadas cláusulas que son determinadas abusivas de plano. Es lo que se han llamado “cláusulas” o “lista” negra. La misma se entiende derivada del Anexo que presentaba la Directiva 93/13/CEE.

⁴⁰ Ahora no atenderemos especialmente este contenido, puesto que aparecerá con mayor rigurosidad en el análisis de las cláusulas más comunes.

apreciación de esta desproporción se antoja mucho más compleja y engorrosa de lo que a priori parecería. Para esta determinación es requisito indispensable atender a lo dispuesto en el apartado 3 del art. 82, estableciendo que, en todo caso, deberá tenerse 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*”. Aun así, sin embargo, sigue siendo una disposición **extremadamente susceptible de determinación casuística** o caso por caso (con independencia de la clasificación que se realiza en el apartado 4 del art. 82 y de los arts. 85 a 91).

Para el juicio de este elemento de desproporción entre las partes⁴¹, resulta esclarecedora la STS de fecha 24 de febrero de 2020⁴², que dispone, en grandes rasgos, que **el desequilibrio debe fundarse teniendo en cuenta una comparación entre la cláusula y el derecho dispositivo aplicable al caso**, siendo este último **un listón o vara de medir** que permitirá, dadas las circunstancias del caso, **examinar si existe una desproporción relevante o no**. A estos efectos, esta resolución cita en su fundamentación a la STJUE de fecha 26 de enero de 2017⁴³, la cual examina un caso de suspensión de ejecución hipotecaria por encontrarse en el contrato de préstamo garantizado con hipoteca una posible cláusula abusiva, de tal manera que refiere a tal desproporción como la anterior comparativa (cláusula supuestamente abusiva y disposición de derecho nacional dispositivo aplicable), precisando que **en el caso de que exista una efectiva diferencia entre ambos elementos comparativos, es cuando se examina si esta diferencia resulta excesiva con respecto a lo dispuesto por una norma dispositiva**.

Debemos recordar que, a lo largo de sus Considerando, la propia Directiva 93/13/CEE consideraba el uso de la buena fe como “*tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta*”. Aun cuando cierta doctrina entiende incumplido de plano esta exigencia de buena fe cuando se da esta desproporción⁴⁴, esta determinación de plano de contradicción de la buena fe puede llevar a cabo (como en todas las generalidades) una catalogación errónea e injusta de supuestos como abusivos, cuando en realidad este desequilibrio (entendido como no aplicación de normas dispositivas) puede verse compensado con un mayor despliegue de derechos para el consumidor. A esta posición doctrinal se acoge la profesora CARBALLO FIDALGO, entre otros. A nuestro parecer, entendemos esta postura más moderada y susceptible de analizar los casos con la justicia jurídica y equitativa que necesita la materia, dada su moderación a la hora de entender los conceptos de abusividad, desproporción y buena fe empresarial.

Finalmente, y no menos importante, no debemos confundir los conceptos **de cláusula abusiva** con la de **condición general**⁴⁵, puesto que responden a realidades diferentes. El ámbito de la condición general engloba tanto a consumidores como a profesionales, y circunscribe su ámbito de actuación en la cognoscibilidad de una determinada condición

⁴¹ Que posteriormente servirá como base para poder apreciar la actuación “contraria a la buena fe” por parte del empresario.

⁴² STS nº 504/2020, recurso nº 3164/2017, siendo ponente Pedro José Vela Torres.

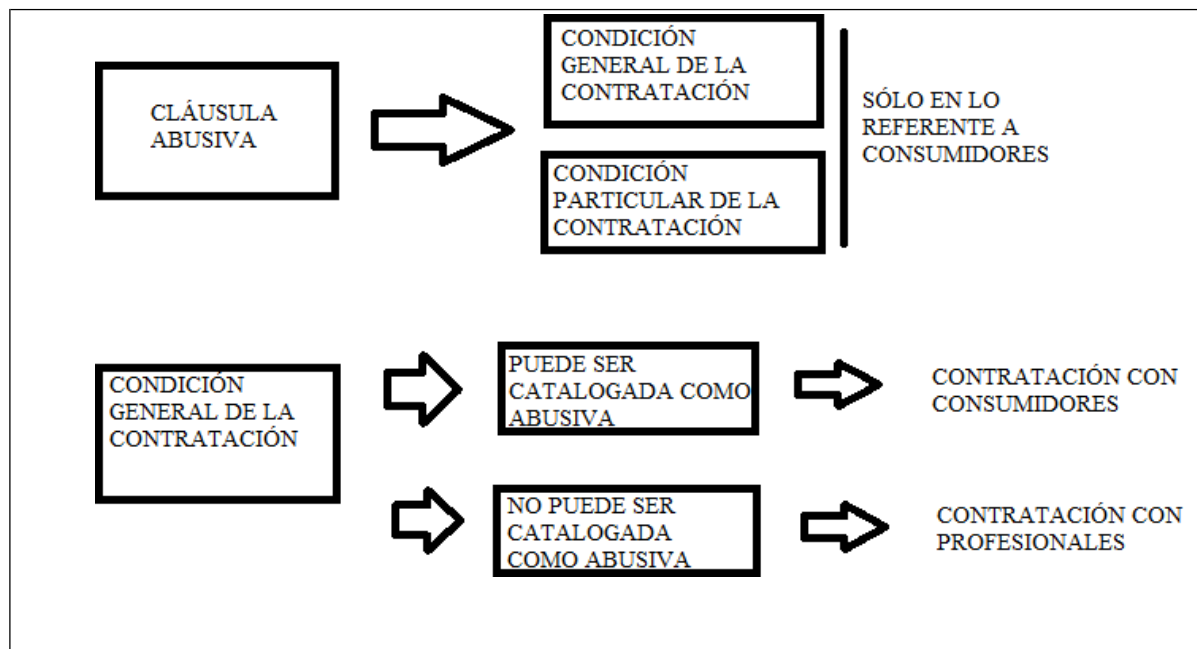
⁴³ STJUE con Asunto C-421/14, Banco Primus vs Jesús Gutiérrez García.

⁴⁴ Así, por ejemplo, PAGADOR LÓPEZ y MIQUEL GONZÁLEZ, como se recoge de la pág. 100 de CARBALLO FIDALGO, M. (2013): *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*. L’Hospitalet de Llobregat: Bosch.

⁴⁵ Se analiza esta cuestión en este punto dado que ya hemos visto en qué consiste cada uno de estos contenidos no negociados, siendo así posible su comparativa.

general no negociado, de tal manera que ha de poder conocerse por parte del adherente, y, además, comprender su contenido. Sin embargo, la cláusula general afecta al balance jurídico que implica el juego de prestaciones de un contrato, de tal manera que se produce un desequilibrio en contra de la buena, afectando exclusivamente a consumidores⁴⁶.

Se resume la relación entre ambas instituciones con el siguiente cuadro resumen, también de elaboración propia:



3. Tercer eslabón: control de transparencia, art. 83 TRLGDCU⁴⁷.

Este control, de reciente incorporación al ordenamiento positivo, basa su *ratio* en una amplia trayectoria jurisprudencial por otorgar un importante peso a la labor de **información y cognoscibilidad** propias del primer control, el de inclusión. Sin embargo, esta trayectoria enfocó con tanta intensidad el estudio de la propia materia que incluso el propio magistrado del TS, Francisco Orduña Moreno, amén de dedicar una obra a esta figura⁴⁸, analizó, en la STS plenaria de 8 de septiembre de 2014, los elementos básicos de este eslabón de protección.

El citado jurista definía este tipo de control como un “*como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado,*

⁴⁶ Según la propia Exposición de Motivos de la LCGC.

⁴⁷ ORDUÑA MORENO, J. (2016): *Control de transparencia y contratación bancaria*. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 65 y siguientes. DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M.I. (2017): *El consentimiento en la contratación por adhesión: control de transparencia y Dolo in Contrahendo*. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 207 y siguientes.

⁴⁸ Leída y citada en el pie de página anterior,

como de la *posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se derivan del objeto y de la ejecución del contrato*”.

Por ello, se entiende⁴⁹ que este deber o control de transparencia no implica la redacción clara gramaticalmente hablando, si no de una **completa gama de información que el consumidor pueda entender y aprehender correctamente**, en especial sobre aquellos elementos que le imponen cargas o que determinen su posición obligacional contractual.

Como **consecuencias comunes al incumplimiento de ambas cláusulas** anteriores, la STS de 16 de octubre de 2019⁵⁰ analiza el régimen de nulidad que abarca el incumplimiento de estas.

El análisis de esta sentencia se basaba en las consecuencias que la nulidad de una cláusula conllevaba. El supuesto que se denunciaba era que, dado que la cláusula declarada abusiva imponía al prestatario la obligación de sufragar él todos los gastos que conllevaba la celebración y/o registro del contrato, debían devolverse todos aquellos gastos abonados en estos conceptos.

Sin embargo, esta sentencia declara que ello no puede realizarse de esta manera, ya que estos abonos se realizaron no a la entidad prestamista, si no que fueron pagos realizados a terceros (entre ellos profesionales, registradores, etc.), por lo que la entidad no debe responder por todos estos gastos. No obstante, lo que sí debe afrontar es todos aquellos pagos que el prestamista haya satisfecho **sin tener obligación de ello**, por lo que se le restaurarán aquellos gastos que, *sensu contrario*, debería haber abonado la entidad crediticia, pero que, por dicha cláusula, abonó el prestamista⁵¹.

Finalmente, un aspecto muy interesante que debe ser tratado en este punto⁵², es la respuesta al siguiente interrogante: ¿qué papel debe tomar el juzgador en el momento en el que, en el caso que está conociendo, puede constatar la existencia de una cláusula posiblemente abusiva? Es decir, **¿cabe el control de oficio por parte del juzgador?**⁵³

Siguiendo al profesor MARTÍN FUSTER⁵⁴, queda claro, tanto por la propia doctrina europea como nacional (tema abordado tanto por el TC como por el TS), que **“las cláusulas cuyo eventual carácter abusivo no haya sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, deben ser conocidas por el juez nacional, bien a instancia de parte o de oficio”**. Cabría en este punto pensar en qué situación quedan todos aquellos principios procesales que instruyen nuestro ordenamiento nacional si afirmamos tal control. En este supuesto, y como explica el profesor, no se infringen tales

⁴⁹ Como se plasma en los Fundamentos de Derecho 7 y 8 de la citada sentencia.

⁵⁰ STS nº 546/2019, recurso nº 950/2017, ponente: Eduardo Baena Ruiz.

⁵¹ En la referida sentencia, en los Fundamentos de Derecho 5º en adelante, se analiza cada uno de los gastos que surgen de este proceso contractual y quién debe abonarlos. Sin embargo, se analizarán en el capítulo III para así demostrar la exorbitante abusividad de este tipo de cláusulas (sobre todo por el profundo desprecio a las normas de la buena fe a la hora de ahorrar gastos).

⁵² Pese a no poder tratarlo con la intensidad que requiere dada su especial complejidad, unida con el reducido tamaño propio de un TFG.

⁵³ Cuestión analizada tanto en ámbito nacional (STC 31/2019) como en ámbito europeo (STJUE de 7 de noviembre de 2019).

⁵⁴ MARTÍN FUSTER, J. (2020): “La apreciación de oficio tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/19, de 28 de febrero de 2019”. *Revista de Derecho Privado*. Editorial Reus. En prensa. 2020.

principios⁵⁵ (como pudiera ser, por ejemplo, el principio dispositivo o el de congruencia -art. 218 LEC-), dado que, según el TJUE, “se trata de un deber del juzgador para corregir el desequilibrio entre las partes y en base a una materia de orden público”.

No es menos cierto que en esta materia, el propio TS ha manifestado que, como colofón a lo anterior expuesto, pese a que se estire o flexibilice la aplicación de principios procesales⁵⁶, **“los tribunales deben atemperar las clásicas rigideces del proceso, debido las peculiaridades que en esta materia de protección de consumidores impone el Derecho de la Unión Europea, huyendo de indeseables formalismos y rigideces procesales, que lo único que harían sería desproteger a los consumidores y dificultar los principios de vinculación y efectividad”**.

III. UNA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA PROTECCIÓN: LA PROTECCIÓN PREVENTIVA DE LA DIRECTIVA 2014/17/UE.^{57 58}

III.I Contexto de la norma.

De igual manera a como se expuso en el principio de este trabajo, la crisis financiera desatada en 2008 y, sobre todo, la *mala praxis* bancaria desembocó en una importante desconfianza de los consumidores hacia el sector financiero. Como cita el profesor ZUNZUNEGUI⁵⁹, la compra de vivienda supone **la principal inversión que una familia española realiza a lo largo de su vida**. Sin embargo, las escasas nociones que por aquel entonces tenían del sector financiero **algunos trabajadores del sector bancario** a la hora de contratar y conceder contratos de préstamos garantizados mediante hipotecas, unido al profundo desconocimiento del ámbito financiero que normalmente poseen las familias y consumidores españoles, provocó un **exorbitante sobreendeudamiento de estos últimos**. De tal manera, esta falta de información, en palabras del Considerando 3º de esta Directiva, fomentó un “comportamiento irresponsable” en la contratación y concesión de préstamos, desembocando en un socavamiento de los cimientos del sector financiero.

⁵⁵ Pese a que, como explica el profesor, algún autor, como ADÁN DOMENECH, entienda que se están “desnaturalizando nuestros principios procesales”. ADÁN DOMÉNECH F. (2018): “Deconstrucción del ordenamiento procesal español (Deconstructing the spanish procedural code)”. *JUSTICIA*, número 2, págs. 223-26.

⁵⁶ Como el principio de justicia rogada, de tal manera que, según ARMENGOT VILAPLANA, “*si del contrato que aporta el demandante como hecho sobre el que fundamenta su pretensión es posible deducir la existencia de cláusulas abusivas, el tribunal deberá apreciar las mismas aunque tal carácter abusivo no haya sido alegado por el demandado como defensa de fondo*”, en ARMENGOT VILAPLANA, A. (2018): “La incidencia de la doctrina del TJUE en los principios que informan el proceso civil”, *Revista General de Derecho Procesal*, número 44.

⁵⁷ En este epígrafe se han abordado los elementos más novedosos que se corresponden con la protección “preventiva”, dejando para el siguiente epígrafe, Ley 5/2019, el resto del régimen propuesto por esta Directiva, puesto que esta norma es la transposición de la misma.

⁵⁸ CASTILLO MARTÍNEZ, C. (2016): *Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamos garantizado con hipoteca*. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 108 y 109; FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I. (2014): *Cláusulas abusivas en la contratación bancaria*. Hospitalet de Llobregat: Bosch, págs. 37 a 39; ADÁN DOMENECH, F. (2017): *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*, L'Hospitalet de Llobregat: Bosch, pág. 42; ARROYO AMAYUELAS, E. (2018): “La política de préstamo responsable en la unión europea. en particular, la valoración del mérito crediticio”. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 149; ARROYO AMAYUELAS, E. (2018): “La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial”. *InDret*; DÍAZ ALABART, S. (2015): *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios: (Directiva 2014/17/UE)*. Madrid: Editorial Reus, págs. 32 a 51 y 53 a 103.

⁵⁹ ZUNZUNEGUI, F. (2013): “Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades bancarias”. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 129, págs. 35 a 76.

Por ello, el principal objetivo de esta directiva es el de **blindar la concesión responsable de crédito**, no tanto formando un sistema jurídico que blinde al consumidor de, por ejemplo, en caso de existencia de una cláusula abusiva. Se trata, más bien, de una **protección ex ante**, es decir, está destinada precisamente a **evitar, y no paliar, posibles situaciones de concesión de crédito que puedan perjudicar a los consumidores**. Es lo que catalogamos como “sistema de protección preventivo”.

Este sistema preventivo se aplica a los sujetos con consideración de consumidor, pese a que la propia Directiva manifieste que los Estados Miembro puedan establecer disposiciones “más estrictas” (art. 2 Directiva). Se trata, además, de una norma que regula la figura del contrato de crédito al consumo⁶⁰, el cual no es objeto de este trabajo. Sin embargo, al tratarse de una norma protectora en el ámbito hipotecario, su inclusión en el mismo es obligada.

El sistema que recoge esta Directiva se desarrolla a través de los siguientes elementos.

III.II Educación financiera (art. 6).

Se trata de un elemento que, a nuestro juicio, se antoja esencial. ¿Qué mejor manera de proteger a un consumidor que preparándole para que pueda conocer perfectamente lo que ésta contratando? Como vemos, este elemento informativo, pese a estar relacionado con las obligaciones de información, cognoscibilidad y transparencia recogidas en el sistema anterior expuesto (arts. 5 y 7 LCGC, y 83 TRLGDCU), este elemento da un paso más allá. No se estanca en la mera exposición de datos o que un consumidor medio pueda comprenderlos, sino que, además, realiza mención expresa de los “*que obtengan un crédito hipotecario por primera vez*”.

“Dale un pescado a un hombre y comerá un día, enséñale a pescar y comerá todos los días”. Este parecer ser el espíritu que influye el artículo 6 de la Directiva. El conocimiento real del consumidor sobre el sector financiero, y no sólo de un contrato en cuestión, ayudará, sin lugar a duda, a conseguir una mayor y más eficiente protección del consumidor⁶¹. Lamentablemente, a día de hoy no existe jurisprudencia que delimite qué se entiende concretamente por “educación financiera”.

III.III Requisitos de competencia del personal (art. 9).

Lo que aquí entendemos como personal es lo que se define en el artículo 4.11) de la Directiva: “*«personal»: a) toda persona física que trabaje para el prestamista, o el intermediario de crédito (...); b) toda persona física que trabaje para un representante designado que mantenga contactos con los consumidores en el transcurso de las actividades reguladas por la presente Directiva; c) toda persona física que dirija o supervise directamente a las personas físicas a que se refieren las letras a) y b)*”.

Requisito lógico, ya que, como decíamos al inicio del epígrafe, la ausencia de conocimientos tanto de los consumidores como de muchos **trabajadores del sector bancario** coadyuvaron a un sobreendeudamiento que aún a día de hoy, muchas familias no han logrado superar.

⁶⁰ La cual nace como el complemento ideal para la Directiva 2008/48/CE, de contratos de crédito al consumo.

⁶¹ De esta manera, el Banco de España, de mano con la CNMV, han formado el portal web <http://www.finanzasparatodos.es/> con la intención de informar, de manera gratuita, a todo aquél que lo desee sobre el ámbito financiero.

Estos requisitos de competencia del personal se establecen en cada Estado Miembro. En España, estos requisitos figuran en la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios. Estos requisitos (artículos 32 y siguientes) recogen aquellas materias que este personal debe conocer, amén de los medios de prueba o mecanismos para adquirir tales competencias⁶².

El órgano encargado de supervisar estas competencias es el Banco de España⁶³, el cual ha puesto a disposición pública, en su portal web⁶⁴, amplia información sobre el procedimiento a seguir, requisitos para poder ejercer como empresa reconocedora, etc.

III.IV Evaluación de la solvencia del consumidor (arts. 18, 20 y 21).

Como corolario al elemento preventivo de esta Directiva, se establece la obligación de los Estados de garantizar al consumidor que las entidades de crédito evaluarán, según sus circunstancias personales (tanto sociales, como profesionales o económicas) la capacidad que dispone el prestatario de devolver el crédito que le ha sido concedido. De esta manera, se asegura que la concesión del préstamo sea subjetivizada, permitiendo al consumidor asumir un papel mucho más dinámico en el proceso precontractual o comercial, de tal manera que se le permite conocer, de primera mano, sus **posibilidades reales de devolver el crédito**, una vez analizadas sus circunstancias personales.

Esto, como se puede apreciar, supone un paso más allá en la información precontractual, ya que no sólo se le permite la cognoscibilidad del contrato, o que el mismo sea legible, o incluso que tenga algunas nociones del sector financiero, sino que le permite valorar, de manera lo más objetiva posible (ya que el propio art. 21 permite el acceso a bases de datos para contrastar la información vertida por el consumidor), la conveniencia de contratar o no.

Esta evaluación se ve completada por el art. 20, requiriendo que la información que el prestatario otorgue a la entidad bancaria sea **eficaz y verídica, amén de suficiente, ya que, por lo contrario, se permite el acceso a base de datos para así poder conocer la verdadera situación socioeconómica del consumidor.**

⁶² También resulta reseñable las Directrices de buen gobierno corporativo de la Agencia Bancaria Europea (EBA/GL/2017/11).

⁶³ A través de empresas certificadoras, ex art. 32 quáter Orden EHA/2899/2011.

⁶⁴ https://www.bde.es/bde/es/secciones/servicios/Particulares_y_e/Servicio_de_Recl/

IV. PERFECCIONAMIENTO DEL SISTEMA ESPAÑOL: LEY 5/2019, DE CRÉDITO INMOBILIARIO.⁶⁵

IV.I Contexto social de la norma.

Esta norma, aprobada y discutida en un ambiente político realmente convulso (inestabilidad política debido a la imposibilidad del Ejecutivo de formar Gobierno), es la transposición, más que tardía, de la Directiva 2014/17/UE (cuyo plazo expiraba el día 21 de marzo de 2016 -ex art. 42 Directiva-). Sin embargo, pese a esta tardanza en su transposición, hemos de admitir que, **en base teórica**, podemos anticipar que **esta norma supone el perfeccionamiento del ordenamiento jurídico español en materia de protección de consumidores y usuarios**. Se trata, al igual que la Directiva que la inspira, de una norma con una clara vocación preventcionista, anticipando un importante **protagonismo en evitar cualquier situación que provoque un perjuicio a un consumidor o usuario *ex ante***.

Esta norma, como cita su propia Exposición de Motivos, no deja de ser ajena a la gran desconfianza generada durante la última crisis financiera, de tal manera que confía en dotar a consumidores y usuarios de mecanismos y medios de información tales que les permita operar en el mercado de crédito con una **mayor confianza**, confianza la cual permitirá un **mayor protagonismo** y crecimiento de este sector, redundando en un mayor crecimiento económico.

La ley 5/2019 decidió realizar un aumento de la protección que la Directiva brindaba a los consumidores (posibilidad reconocida en el art. 2 de la Directiva). Como reza su exposición de motivos, esta ley dispone de **4 elementos esenciales: primero**, normas de transparencia y de buena conducta; **segundo**, el régimen jurídico de los intermediarios de crédito; **tercero**, régimen sancionador dirigido al incumplimiento normativo de estos últimos; y, **por último**, una mejora en las garantías del prestatario de cara a la concesión de crédito como a la ejecución hipotecaria. Dada la corta extensión propia de un TFG, sólo nos centraremos en el primer y último de los elementos de esta norma, por ser los más relacionados con el ámbito de este trabajo.

IV.II Sistema preventivo: protagonismo absoluto de la información.

El componente clave que influye todo el contenido sobre la protección del prestatario en esta norma es **la información**. Su papel es tan central, que, como hiciera la Directiva 2014/17/UE, recoge distintas situaciones en las que el prestador o entidad bancaria debe proveer de información al potencial consumidor.

El primer engranaje de este sistema lo encontramos en su artículo 5. Como expone la profesora SÁENZ DE JUBERA⁶⁶, estos principios parecen responder a las situaciones controvertidas que surgieron a raíz de este tipo de préstamos con garantía hipotecaria. No es tanto los principios de honestidad, imparcialidad, transparencia y profesionalidad lo que hace realmente interesante este artículo (que también), sino, más bien, su apartado 2º. Es aquí donde cristalizan las intenciones de la Directiva y de esta Ley: poder otorgar un **crédito responsable con base a las informaciones vertidas por el propio deudor hipotecario**, de tal manera que se pueda **evaluar la procedencia o no de concertar un**

⁶⁵ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2019): *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

⁶⁶ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2019): *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 55 y 56.

tipo de contrato u otro. Además, se mejora este apartado determinando que se ha de tener en cuenta, también, **los objetivos y preferencias del deudor**, amén de **la valoración de los riesgos que deriven de la aplicación del propio contrato.**

En sede teórica, podemos decir que estos deberes de información y personalización del crédito son, a nuestro parecer, oro pulido derivado de los anteriores esfuerzos legislativos y jurisprudenciales por establecer un elevado nivel de información. Este nivel no sólo sitúa a la entidad bancaria como sujeto **completamente dinámico** en la elaboración de esta información, **sino que, además, dinamiza el carácter del prestatario dotándole de una importante personalización del contrato.** Creemos, humildemente, que se trata de un gran paso que, aunque aún falta por ver cómo se realiza en la práctica cotidiana, en sede teórica supone un auténtico adelanto.

Por otro lado, el régimen de información precontractual también abarca gran amplitud. Inspirado en su totalidad por el contenido de la Directiva, recoge con especial hincapié los supuestos de información en comunicación publicitaria, comercial, precontractual, o general de préstamos hipotecarios⁶⁷.

El régimen de información en publicidad, amén de ser clara y concisa debe abarcar algunos extremos como, por ejemplo, identidad del prestamista, si el tipo deudor es fijo, variable, o mixto, etc.

Sin embargo, es aquí interesante llamar la atención sobre el modelo que debe recoger esta información. Dispone el apartado 2 que será elaborado por el titular del Ministerio de Economía (en la actualidad, la ministra Nadia Calviño). El modelo se encuentra en la Orden ECE/482/2019.

En cuanto a la información precontractual, (art. 10) se destaca el uso de la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN). Esta ficha supone la plasmación de la personalización del préstamo al deudor, de tal manera que la misma se elaborará una vez se haya recopilado información sobre la situación socioeconómica del prestatario. Esta información se puede concretar siguiendo el modelo del Anexo I de esta Ley. No obstante, determinadas voces entienden que, en este sentido, **la propia norma no realiza innovación alguna** ya que ya venía plasmada esta obligación en la Directiva (art. 14).

Como expone el profesor MARÍN LÓPEZ⁶⁸, el régimen de información contenido en esta ley no parece ser el más adecuado: *“un procedimiento como el descrito tenía sentido cuando en el préstamo se podrían incluir cláusulas suelo. Pero el art. 21.3 lcci prohíbe la cláusula suelo. En todo caso, el procedimiento sirve para que otras cláusulas que están sometidas al control de transparencia material (porque versan sobre el objeto principal del contrato) lo superen. Pero eso solo sucederá cuando se informe al prestatario, con carácter previo, de las menciones informativas necesarias para superar ese control de transparencia material (...) En definitiva, es cierto que el prestatario estará antes de contratar mejor informado sobre las cláusulas del contrato. Pero eso no garantiza que*

⁶⁷ Este régimen tan completo es un trasvase absoluto de la Directiva 2014/17/UE al ordenamiento español. Dado que en el epígrafe III se ha hablado sobre el conocimiento de la solvencia del deudor y de la verificación de tal información, centraremos en este capítulo a analizar el régimen de información tanto de la Directiva como de la propia Ley.

⁶⁸ MARÍN LÓPEZ, J. (2019): “Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario”. *Ars Iuris Salmanticensis*, Universidad de Salamanca. Enlace web al artículo: <https://doaj.org/article/cb3b45c68fa74d3fa91f1db2c94be5ad>

las cláusulas que versen sobre el objeto principal del contrato superen el control de transparencia material”.

Por otro lado, la profesora MIRIAM ANDERSON⁶⁹ también pone en duda el contenido de obligaciones de información de esta ley: “Y como en la Directiva, surge la siguiente duda: si tan relevante es esta información, no se alcanza a comprender por qué no se aplica a supuestos, como el de la hipoteca inversa, en que el prestatario se encuentra en una situación de vulnerabilidad económica (...) tal vez agravada por los condicionantes que conlleva la edad”.

No obstante, el propio Banco de España ha publicado, y están disponibles en su página web, las “Guía de acceso a la hipoteca inversa”⁷⁰ y “guía de acceso al préstamo hipotecario”⁷¹, cumpliendo así con la disposición adicional tercera “educación financiera”. La misma es entendida, en palabras de SÁENZ DE JUBERA⁷² como: “una formación o aportación de conocimientos suficientes respecto a conceptos y respecto a productos o servicios financieros que permitan al consumidor o potencial prestatario o ciudadano en general comprenderlos, ser conscientes de lo que de ellos se derivan (riesgos, ventajas, cargas, obligaciones...), de modo que puedan tomar decisiones más fundadas e informadas al respecto de su contratación”.

El régimen de información⁷³ (cuyo corolario lo encontramos en el art. 14) se perfecciona con un procedimiento recogido en el artículo 15, cuya finalidad se basa en que la actuación notarial haga de cortafuegos cuando la entidad crediticia no haya cumplido sus obligaciones de información para con el consumidor. De esta manera, el notario deberá, según este precepto, informar individualizadamente del contenido de la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y de la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE). Así, y como cita el propio título del artículo, se produce una comprobación mediante un tercero (en principio imparcial) del cumplimiento de transparencia. Sin embargo, el propio artículo realiza dos matizaciones importantes: la primera, en la cual advierte que tal asesoramiento imparcial no puede suponer coste arancelario alguno; y segundo, que la existencia de este procedimiento de control **no puede eximir del cumplimiento de las obligaciones de información del prestamista para con el consumidor.**

Finalmente, la propia Ley incluye un régimen de forma y ejecución del contrato, que se supone ayudará a ampliar el ámbito de protección del consumidor con mayores garantías.

⁶⁹ ANDERSON, M. (2019): “La Ley de contratos de crédito inmobiliario: algunos claros, y muchas sombras”, *La Notaría*, Colegio de Notarios de Cataluña.

⁷⁰ En el enlace <https://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/Folletos/guia-de-acceso-a/>

⁷¹ En el enlace https://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/Folletos/guia_de_acceso_a/

⁷² SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2019): *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*. Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 141.

⁷³ Que a nuestro humilde entender pensamos que puede resultar repetitivo tratar, ya que son disposiciones que exigen determinadas comunicaciones en ocasiones muy similares entre sí, y que en algún supuesto podría haberse ahorrado tal esfuerzo legislativo simplemente con abarcar, dentro del ámbito de aplicación de cada artículo de contenido informativo, más supuestos de aplicación.

CAPÍTULO III. – Cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios.

En este capítulo, segundo bloque esencial de este trabajo, pretendemos exponer, con la mayor claridad y concreción posibles, aquellas cláusulas que, por un lado, resultan más frecuentes en la contratación bancaria; y por el otro, aquellas cláusulas que, pese a no ser tan comúnmente empleadas, generan un importante interés académico dada su novedosa aparición y/o escaso tratamiento.

No obstante, no hemos de perder de vista que éste se trata de un Trabajo de Fin de Grado; ello implica que no se podrá exponer cada cláusula con la extensión que se querría, solamente pudiendo analizar los elementos más significativos de las mismas a fin de no resultar un texto excesivamente amplio.

I. CLÁUSULA SUELO⁷⁴.

I.I Contextualización y definición.

Cuando en el ámbito del Derecho del Consumo, hacemos referencia a la mítica cláusula suelo, parece que nos referimos a la cláusula abusiva por antonomasia. Y esto no es de extrañar.

Por el momento, no parece haberse atisbado una cláusula que acarree tanta indignación, malestar y crispación social, que esta cláusula. Es más, fue tal el revuelo mediático que la misma experimentó, que se tuvo a bien promulgarse una norma específica que estableciera un “cauce sencillo” para que los consumidores obtuvieran un instrumento adecuado a fin de obtener una rápida respuesta en sus reclamaciones. Hablamos del Real Decreto-Ley 1/2017⁷⁵. En su propia Exposición de Motivos, se estableció lo siguiente: *“como es previsible (...) el incremento de las demandas de consumidores afectados solicitando la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo, resulta de extraordinaria y urgente necesidad arbitrar un cauce sencillo y ordenado, de carácter voluntario para el consumidor, que facilite que pueda llegar a un acuerdo con la entidad de crédito que les permita solucionar sus diferencias mediante la restitución de dichas cantidades”*.

Pero, con independencia a su fama (o más bien, infamia), ¿qué es una cláusula suelo? A esos efectos, las definiciones de esta cláusula podemos diferenciarlas en tres tipos: la definición legal, la definición contractual, y la definición doctrinal.

La definición legal (art. 2.3 RDL 1/2017) es: *“se entenderá por cláusula suelo cualquier estipulación incluida en un contrato de préstamo o crédito garantizados con*

⁷⁴ NAVAS MARQUÉS, J.I., y ARANA NAVARRO, J. (2017): *Tratado de Contratación de Derecho Bancario. Tomo I. Préstamos y garantías en derecho bancario. Derecho nacional y de la Unión Europea*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, págs. 165 a 185. págs. 165 a 185; ADÁN DOMENECH, F. (2017): *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*. Hospitalet de Llobregat: Bosch, págs. 109 a 129.; VÁZQUEZ MUIÑA, T. (2018): *La nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia*. Madrid: Editorial Reus, págs. 67 a 128; CAÑIZARES LASO, A. (2016): “Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016”. *Revista de Derecho Civil*, Volumen III, núm. 4, págs. 103 a 123; ENRICH GUILLÉN, D., y ARANDA JURADO, M. (2019): *Los créditos revolving y los intereses usurarios*. Madrid: Wolters Kluwer, págs. 400 a 404

⁷⁵ El cual dado su estricto ámbito material a la cláusula suelo, no se ha tratado en profundidad en este trabajo.

hipoteca inmobiliaria a tipo variable, o para el tramo variable de otro tipo de préstamo, que limite a la baja la variabilidad del tipo de interés del contrato".

La definición contractual, acuñada por la STS en su Antecedente de Hecho Primero, en la cláusula "3. bis. 3. Límites a la variación del tipo de interés", manteniendo la idea anteriormente expuesta: "el tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 12,00 % ni inferior al 2,50 % nominal anual".

Por último, y no por ello menos interesante, nos encontramos con la definición doctrinal. ENRICH GUILLÉN⁷⁶ las define como "una especificación en el contrato de formalización de hipoteca con interés variables, que fija un límite mínimo de tipo de interés que se le va a exigir al deudor, para el caso de que en el resultado del cálculo del tipo de referencia fijado más el diferencial pactado, resulte un interés inferior", siendo, por todo ello, "una forma de garantizar la rentabilidad de este tipo de operaciones a favor de las entidades prestamistas, que impide que el prestatario pueda beneficiarse de las potenciales bajadas de tipos de interés que se produzcan en el mercado financiero".

Finalmente, ADÁN DOMENECH⁷⁷ las califica como "estipulaciones consignadas en los contratos de préstamos hipotecarios, sometidos a un tipo de interés variable, que tienen como finalidad limitar la disminución del interés, estableciéndose un mínimo por debajo del cual no pagará el deudor, asegurándose, así el banco, la aplicación al dinero prestado de un interés mínimo, con independencia de que el interés variable pactado, en general, el EURIBOR, sea inferior".

I.II. Análisis de la abusividad de la cláusula. El acierto absoluto de la doctrina referente al control de transparencia.

En el ámbito que nos ocupa, resulta una cuestión de estricta necesidad hacer referencia, de la manera más exhaustiva posible, de los motivos por los cuales cada cláusula analizada es tratada (o pudiera ser tratada) como abusiva. Por supuesto, esta cláusula no iba a ser menos.

El fundamento detrás de la nulidad de esta cláusula la encontramos en dos resoluciones emanadas del Alto Tribunal español. Por un lado, la STS de fecha 9 de mayo de 2013⁷⁸, la cual, a través de un elaboradísimo y detalladísimo análisis, nos delimitaba el carácter abusivo de esta estipulación; por el otro, la STS de 8 de septiembre de 2014, en la cual el magistrado ORDUÑA MORENO realizaba una disertación sobre el control de transparencia (el cual fue el determinante de la abusividad de esta estipulación) que, a nuestro juicio, y a día de hoy, supone una de las máximas obras en concepto de arquitectura jurídica que se hayan realizado en España.

En cuanto a los parámetros empleados para medir la abusividad de la propia cláusula, y a fin de no ser excesivamente exhaustivos, nos centraremos en los párrafos 223 a 225 de la referida STS de 2013, la cual reza lo siguiente:

“Lo expuesto lleva a concluir que las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas - generales o particulares- de los suscritos

⁷⁶ ENRICH GUILLÉN, D., y ARANDA JURADO, M. (2019): *Los créditos revolving y los intereses usurarios*. Madrid: Wolters Kluwer, pág. 400.

⁷⁷ ADÁN DOMENECH, F. (2017): *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*. Hospitalet de Llobregat: Bosch, pág. 109.

⁷⁸ STS de fecha 9 de mayo de 2013, núm. Resolución: 241/2013. Núm. Recurso: 485/2012. Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

con consumidores. Lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo -recordemos que el BE indica que " estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas" -, **de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza.** En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que:

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 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”.**

Tal y como estudiamos en su apartado correspondiente, el control de transparencia supone, con respecto al control de inclusión, un paso adelante en las labores de información para con el consumidor: supone, por un lado, una exigibilidad aún mayor de la mera comprensión gramatical y claridad en la redacción, gozando de esta manera sustantividad propia con respecto a este control; por el otro lado, supone una verdadera obligación de información efectiva hacia el consumidor, ya que el mismo debe haber podido comprender (sin necesidad de una especial formación en el tema, ni ser presupuesto como un “consumidor audaz”, ya que precisamente la norma tuitiva vela por que todos los consumidores -incluidos aquellos que por su condición de “vulnerables” requieren de una mayor dosis de información transmitida de una manera aún más simplificada-) toda la carga jurídica y económica que implica la celebración de ese contrato en cuestión.

En este sentido se manifiesta la sentencia en cuestión: **“Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante”.**

Sin embargo, entendemos que, pese a que en realidad pudiera no resultar mayúsculo, el TS comete una incorrección en la fundamentación de esta sentencia⁷⁹: el control de

⁷⁹ Contendida en la siguiente frase: **“Lo expuesto lleva a concluir que las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas”.**

transparencia no comprende el ámbito formal, como inclusión en el contrato, y el ámbito material, como comprensión plena de la cláusula.

Este control de transparencia (recordemos, recogido en el art. 83 TRLGDCU) se centra sólo y exclusivamente en el ámbito de la cognoscibilidad real del contenido de la cláusula, pero no a meros efectos de su incorporación al contrato. El control que estudia la claridad de las estipulaciones es el control de inclusión (arts. 5 a 7 LCGC), mientras que el control de transparencia, como explicamos antes, se desgaja de éste, dotándose de autonomía propia, debido a su avanzado ámbito de cognoscibilidad al que sujeta a prestatario y prestamista.

Por tanto, y a modo de resumen, reiteramos la idea de que la cláusula suelo, dada su escasa capacidad para ofrecer al consumidor una cognoscibilidad completa, abarcando el papel jurídico y económico que pasará a ocupar el consumidor en el propio contrato de préstamo, choca frontalmente con el control de transparencia ya analizado en el capítulo anterior.

I.III. Efectos de la nulidad de la cláusula suelo.

Una vez estudiada la abusividad de la cláusula en cuestión, se nos antoja, ahora, una cuestión en absoluto baladí: **las consecuencias que implica la nulidad de esta cláusula**. Dado que este tema se desarrollará con mayor profundidad a lo largo de este capítulo (y desarrollado en el capítulo anterior), tampoco hemos de perder de vista la importante litigiosidad y actualidad que la cuestión plantea: tanto que, incluso, ha sido planteada una cuestión prejudicial por parte del TS ante el TJUE, con fecha de 27 de noviembre de 2017.

En cuanto al alcance que reviste tal nulidad, nos remitimos a lo analizado en el capítulo anterior, referente a los efectos que, por norma general, acarrea la cláusula abusiva.

En este caso, es la propia STS de 2013 la cual (en un estudio que, pese a su longitud, no aclara todo lo que pudiera la cuestión) resuelve que conviene, dadas las circunstancias económicas que rodean al caso, declarar la nulidad parcial del mismo.

Así, aplicaría la **doctrina del principio *utile per inutile non vitiatur*** (“lo válido no es viciado por lo inválido”), concordante con el art. 10.1. LCGC: “*La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia*”. A estos mismos efectos señala el artículo 83 TRLGDCU⁸⁰. Por tanto, queda meridianamente claro que, para el caso de declaración de nulidad de esta estipulación, no será declarado nulo todo el contrato necesariamente.

Ahora bien, ¿qué sucede con las cantidades abonadas indebidamente como consecuencia de la aplicación de esta cláusula? Como expresan los profesores ADÁN DOMENECH, FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, o CASTILLO MARTÍNEZ, esta se

⁸⁰ Ex art. 83: “*Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.*”

Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”. Último párrafo añadido por la Ley 5/2019, y, por lo tanto, no aplicable a la sentencia en cuestión.

trata de una cuestión que resulta, cuanto menos, cuestionable en cuanto al acierto del Alto Tribunal.

Dado el hecho de que para las situaciones de nulidad contractual opera el mecanismo establecido del art. 1303 CC (“*declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes*”). Tal mecanismo opera como un borrado del contrato, de tal manera que deben restituirse aquello que se dio como si el contrato nunca hubiera existido.

No obstante, aquí el TS realiza una disquisición que, amén de ser ampliamente **criticada por la doctrina estudiosa del tema**, fue el fundamento de la STJUE de 2016. Entendía el TS que, tras una determinación de la aplicación como norma general de la aplicación del art. 1303 CC, existían determinadas situaciones (comenzando por el Principio General del Derecho de la seguridad jurídica) que, por muy estafalarias que pareciesen (ya que cita una amalgama de normas, desde la Ley 30/1992, una enmienda propuesta por un grupo parlamentario, numerosas sentencias del Tribunal Constitucional, etc.), “parecen” recoger previamente la posibilidad de limitar los efectos retroactivos.

Además, la sentencia incluye una amplia variedad de motivos por los que entiende no procedía declarar tal retroactividad, siendo los mismos desde que esta cláusula constituía una práctica muy habitual en los usos bancarios (señalaba un 97% como el porcentaje de contratos que incluían tales estipulaciones), hasta que esta retroactividad podría generar trastornos graves en el orden público económico.

Sin embargo, tras una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada, el TJUE procedió a realizar una auténtica reprimenda jurídica a la doctrina sentada por el Alto Tribunal.

La STJUE de 21 de diciembre de 2016⁸¹ viene a afirmar que, “*la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, (...) 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 sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013*”.

Por ello, entiende el tribunal que, de limitarse tales efectos temporales, “*sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores*”, concluyendo que “*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, apartado 1, de la citada Directiva*”⁸².

De esta manera, el TJUE rechaza de plano la doctrina emanada del TS por contravenir lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE, afirmando, consecuentemente, la ilimitación en los efectos derivados de la declaración de nulidad.

Por último, entendemos que existe una cuestión que, lejos de ser baladí, imprime un marcado carácter social y práctico en su estudio: ¿las acciones de restitución de cantidades aportadas como consecuencia de una cláusula suelo declarada nula, puede prescribir? Y, en caso afirmativo, ¿con qué plazo, y a partir de qué *diez a quo*?

⁸¹ STJUE de fecha 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15.

⁸² STJUE de fecha 21 de diciembre de 2016, apartados 72 y 73.

A estos efectos, resulta especialmente esclarecedora la SAP⁸³ de Ourense de fecha 12 de marzo de 2020, la cual recoge las dos posiciones doctrinales principales en esta cuestión.

Una primera posición jurisprudencial afirma que las acciones de nulidad de la cláusula suelo y la de restitución de cantidades es indivisible, no existiendo, por tanto, plazo de prescripción. Además, se afirma que, en caso de sí estar sujeta a prescripción, el *diez a quo* comenzaría a contar a partir de la sentencia que declarase la nulidad.

Por el otro lado, la segunda postura jurisprudencial mantiene la prescriptibilidad de la acción de restitución, siendo la misma la del art. 1964.2 CC (aquellas que no tienen plazo especial prescriben a los cinco años). Para el cómputo del *diez a quo*, sería necesario acudir al art. 1971 CC, siendo el día que la sentencia adquiere firmeza⁸⁴.

II. CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO⁸⁵.

La cláusula de vencimiento anticipado supone un tema de rabiosa actualidad. Este fenómeno puede deducirse de la combinación de dos elementos: en primer lugar, se trata de un contenido contractual que ha generado importantes controversias entre el TJUE y el TS; en segundo lugar, es una cláusula que ha visto como inclusión en contratos de préstamo hipotecario crecía “al alza”, de tal manera que su proliferación fue exponencial.

Todo ello provocó una importante casuística que, incluso, terminó provocando una modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000), además de un tratamiento expreso en la Ley 5/2019 (art. 24). A continuación, haremos un repaso de sus rasgos esenciales.

II.I Contenido contractual. Concepto y “encaje legal”.

La cláusula de vencimiento anticipado, en sus rasgos más generales, es una cláusula que faculta al prestamista la posibilidad de resolver anticipadamente el préstamo ante un incumplimiento por parte del prestatario.

Esta estipulación, hasta no hace mucho, no se recogía en ningún precepto normativo. Si bien es cierto que en el Código Civil se recogen las obligaciones a plazo (arts. 1125 CC), no parece ser que se permita expresamente que **un deudor pierda su derecho a plazo por incumplir una obligación de pago** como la que estamos analizando.

⁸³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, de fecha 12 de marzo de 2020, núm. Resolución: 82/2020. Núm. Recurso: 397/2019. Ponente: María José González Movilla.

⁸⁴ Firmeza entendida según lo dispuesto en el art. 207 LEC: “*Son resoluciones firmes aquéllas contra las que no cabe recurso alguno bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado*”.

⁸⁵ ADÁN DOMENECH, F. (2017): *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*. Hospitalet de Llobregat: Bosch, págs. 88 a 108; FERÁNDEZ DE SANASPLEDA, I. (coord.) (2014): *Cláusulas abusivas en la contratación bancaria*. Hospitalet de Llobregat: Bosch, págs. 107 a 119; CASTILLO MÁRTINEZ, C. (2016): *Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca*. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 244 a 284; NAVAS MARQUÉS, J.I., y ARANA NAVARRO, J. (2017): *Tratado de Contratación de Derecho Bancario. Tomo I. Préstamos y garantías en derecho bancario. Derecho nacional y de la Unión Europea*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, págs. 131 a 135; GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (2020): “Las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos con garantía hipotecaria (reflexiones tras la STS de 11 de septiembre de 2019)”. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 157/2020, Thomson Reuters Aranzadi.

En efecto, el art. 1129 CC recoge tres supuestos⁸⁶ de pérdida del plazo, en los que no se encuentra encaje para el vencimiento anticipado. Por ello, se aplica la libertad de pactos que recoge el art. 1255 CC, de tal manera que esta estipulación nace **del principio de autonomía de la voluntad**.

II.II Valoración de la posible abusividad de la cláusula.

Para poder evaluar apropiadamente si esta cláusula es abusiva, es elemento indispensable atender a los requisitos que, a estos efectos, se encuentran recogidos en el afamado Apartado 73 de la STJUE de 14 de marzo de 2013, caso *Mohammed Aziz*.

Tales criterios son: rasgo de esencialidad del incumplimiento; previsión de esta facultad para incumplimientos graves; si dicha facultad constituya una excepción a la normativa aplicable; y, finalmente, si el Derecho nacional prevé medios que permitan al consumidor afectado poner remedio a los efectos del vencimiento.

Sin embargo, dado el reducido carácter propio de un Trabajo Final de Grado, se analizarán, por su interés (tanto académico como práctico) los dos primeros criterios.

II.II.I Rasgo de la esencialidad de la obligación no cumplida.

En primer lugar, que se incumpla una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate. ¿Esto qué quiere decir? Este criterio implica que, en palabras del propio TS⁸⁷, se produzca una “*verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes*”.

Lo que en realidad refiere este criterio es que, en realidad, el incumplimiento de una obligación esencial debe tener carácter de **justa causa**, es decir, una situación de incumplimiento contractual suficientemente relevante como para poder invocar la aplicación de tal contenido contractual.

Lo que se ha de entender como justa causa no ha sido específicamente delimitado por la jurisprudencia del TS, aunque sí, vagamente, por el TJUE⁸⁸. El mismo afirma que la existencia de la justa causa debe desprenderse de la **totalidad del conjunto contractual**, de tal manera que debe atenderse a las específicas circunstancias que concurren en la celebración del mismo.

De esta manera, se establece que para encontrar una justa causa en la aplicación del vencimiento anticipado ha de incumplirse una obligación que, en un examen exhaustivo del resto de contenido contractual y de circunstancias que rodean el caso concreto, resulte claramente esencial y básica. Un ejemplo de esta justa causa sería el incumplimiento del pago de cuotas de amortización del préstamo⁸⁹.

⁸⁶ A saber, “1.º Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda.

2.º Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviere comprometido.

3.º Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras”.

⁸⁷ STS 792/2009, de fecha 16 de diciembre de 2009. Ponente Corbal Fernández.

⁸⁸ En STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/2014.

⁸⁹ En esta línea, STS 1124/2008, de 12 de diciembre de 2008. Ponente García Varela.

Como ya hemos visto, el ejemplo genérico para determinar la esencialidad de la obligación incumplida es la falta de pago de la cuota de amortización del préstamo. Ello se debe a que, principalmente, se trata de un contrato en el que determinada doctrina entiende que, lejos de ser sinalagmático, sólo se carga de contenido obligacional a un sujeto: el prestatario.

Independientemente de lo anterior, lo que la doctrina general afirma con rotundidad es que la obligación básica a cumplir en este contrato es la **devolución del capital prestado**. Ello entendemos no arroja dudas al respecto. Sin embargo, el incumplimiento de determinadas obligaciones genéricas ha sido catalogado como abusivo tanto por doctrina privada (véase, CASTILLO MARTÍNEZ) como por resolución de la DGRN (Resolución de fecha 26 de octubre de 1987) ya que deja en exclusivo arbitrio del prestamista el cumplimiento del contrato.

II.II.II. Gravedad del incumplimiento de la obligación esencial

En este aspecto, hemos de diferenciar dos elementos clave: no resulta no lo mismo un *mero* incumplimiento de una obligación **esencial**, que un incumplimiento **grave o reiterado** de una obligación **esencial**.

Como se ve, se trata de que, una vez atendida la justa causa para poder determinar el incumplimiento de una obligación que resulta vital con respecto al resto del contenido obligacional, se debe también ponderar si ese incumplimiento ha sido esporádico (que pudiera responder a una situación puntual de imposibilidad de pago por parte del deudor) o si, por el otro lado, se trata de un incumplimiento más grave o sistemático.

De esta manera, se puede entender que, por ejemplo, un impago de la cuota de amortización (que ha quedado claro que es un incumplimiento esencial) **no parece revestir la misma gravedad o magnitud de un impago de varias cuotas de amortización** (supongamos, 10 cuotas impagadas de 15 en total).

No obstante, pese a que la graduación actual de la gravedad se realiza mediante una disposición legal (art. 24 LCCI, 2019), esta determinación no ha sido pacífica, ni mucho menos. Es más, esta resulta ser la causa de los distintos desencuentros entre el TJUE y el TS. Sin embargo, lo que en este momento nos interesa, es conocer que la gravedad se determina según las siguientes reglas (ex art. 24 LCCI):

En primer lugar, se divide a la mitad el total del capital prestado, diferenciando así dos franjas, 1ª mitad del préstamo (primer 50%) y 2ª mitad del préstamo (segundo 50%).

Si el incumplimiento del pago de la cuota se produce en el primer tramo, es decir, en la primera mitad, la cuantía que permite el ejercicio de la facultad de vencimiento es de un 3% del total del capital. A estos efectos, se entiende que se cumple tal requisito cuando la cuantía impagada en mensualidades equivalga a 12 mensualidades (vencidas -es decir, exigibles- y no satisfechas -no pagadas-).

Por el contrario, si el incumplimiento se produce en la segunda mitad del préstamo, el porcentaje límite es un 7% del capital total. Además, se cumple este requisito cuando la cantidad total de cuotas no pagadas y exigibles es de 15 mensualidades (o equiparable a 15 mensualidades).

II.III Evolución jurisprudencial en la valoración de la abusividad.

Como dijimos al inicio de este epígrafe, la historia de la cláusula de vencimiento anticipado es una historia de controversia y conflicto entre el TS español y el TJUE. Siendo justos con la realidad, más que conflicto, deberíamos decir que se trata de escarmientos constantes del TJUE a la doctrina del TS, la cual ha resultado manifiestamente insuficiente para combatir la abusividad de esta cláusula.

De esta manera, la laxitud con la que el TS ha tratado siempre a esta cláusula ha sido constantemente afeada por sentencias del TJUE, aplicando un criterio mucho más acertado, no sólo con las circunstancias, sino también con el espíritu de la norma.

La primera línea⁹⁰ marcada por el TS lo marca la STS de fecha 27 de marzo de 1999⁹¹. Resumimos así esta determinación jurisprudencial: *“El legislador pretende que la pendencia se mantenga hasta el final y no permite yugarla anticipadamente. Hubiese sido más cómodo para todos (incluso para el acreedor al que se le respeta el montante de los intereses por todo el tiempo que ha de transcurrir) que la ley se decantase no hacia un depósito proyectable en el tiempo, sino por la fórmula del pago por consignación, con eficacia momentánea. (...) **Esta pertinacia del legislador hipotecario (congruente con el Código Civil, según el cual el plazo se entiende establecido en beneficio del acreedor y del deudor), que no hace ninguna concesión hacia la posibilidad de resolver prematuramente el préstamo, nos sugiere la convicción de que los pactos resolutorios devienen contra legem y están teñidos de nulidad. (...) En bastantes casos la condición resolutoria visibiliza una actitud leonina y prepotente de las entidades financieras”***.

Sin embargo, la línea jurisprudencia pronto dio un importante revés en contra del consumidor, al dar un giro de 180°. La STS de fecha 4 de junio de 2008⁹² exponía lo siguiente: *“En efecto, como viene señalando la doctrina moderna atendiendo a los usos de Comercio y vista la habitualidad de dichas cláusulas en la práctica bancaria reciente, **existen argumentos para defender la validez de tales estipulaciones, como la convenida, al amparo del principio de autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código Civil), en el caso de autos, cuando concorra justa causa para ello, es decir, cuando nos encontremos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, como puede ser, ciertamente, el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización de un préstamo”***

No obstante, lo que sí parece que dice “obiter dicta” esta STS es que *“no obsta a que, en determinadas circunstancias, pueda proclamarse el ejercicio abusivo de tal tipo de cláusula, en supuestos en que se prevea la facultad de vencimiento anticipado para **incumplimientos irrelevantes, por concurrencia de circunstancias cuya apreciación se deja al puro arbitrio de la entidad bancaria, o cuando se perjudica con su ejercicio de manera desproporcionada y no equitativa al prestatario”***. Esta tesis, a nuestro parecer, es **absolutamente errónea y por sí sola ya es capaz de dejar al consumidor en una posición extremadamente perjudicial**. Resulta incongruente manifestar que se puede anticipar el vencimiento de un préstamo con justa causa ante un impago de una sola cuota de amortización, para después matizar que no se puede ejercitar tal facultad cuando perjudique de manera desproporcionada y no equitativa al prestatario.

⁹⁰ Esta línea, bastante acertada a nuestro parecer, vio cómo rápidamente se intentaba desmontar sus argumentos, ya que parecía no beneficiar a los principales interesados en esta cuestión.

⁹¹ STS 265/1999, N° Recurso: 2806/2004. Ponente Menéndez Hernández.

⁹² STS 506/2008, N° recurso: 731/2001. Ponente Almagro Nosete.

Valga como ejemplo el siguiente extracto de la STS de 16 de diciembre de 2009: “con el siguiente tenor literal: (vencimiento anticipado por:) "cuando se produzca el impago de una sola cuota del préstamo (...) El motivo se desestima porque (...) sucede que la doctrina jurisprudencial más reciente ha declarado con base en el art. 1.255 CC la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concorra justa causa -verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo-“.

Afortunadamente, el TJUE, con sentencia del caso *Mohammed Aziz*, procedió a **escarmentar la línea que venía aplicando el TS en materia de vencimiento anticipado**. En 2013 dictó la sentencia que utilizamos antes para comentar los requisitos que tenía que reunir una cláusula de vencimiento anticipado para que se entendiera que su uso era adecuado y no abusivo para con el consumidor.

En base a esta reprimenda judicial, es que en España se promulga la Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. En su propia Exposición de Motivos la Ley admitía recoger modificaciones “*como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto por el que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993*”.

En este sentido, la principal modificación que nos interesa es la operada en la LEC, en su artículo 693.2. Tal modificación recogía que “*Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago*”. De esta manera, la propia ley matizaba el límite de gravedad que el incumplimiento esencial debía revestir para ser exigible vía vencimiento anticipado.

Sin embargo, el TJUE, a raíz de la cuestión prejudicial presentada por el JPI de Santander, resolvió aclarando los parámetros que debían considerarse para declarar la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado. De esta manera, el propio tribunal reiteraba los criterios expresados en 2013, de tal manera que consolidaba el régimen de apreciación de abusividad ya reseñado.

Por último, el legislador nacional decidió, a través de la Ley 5/2019, de contratos de crédito inmobiliario, realizar otra modificación en el art. 693.2 LEC. De esta manera, se producía una “*nueva regulación del vencimiento anticipado del contrato de préstamo y de los intereses de demora, sustituyendo el régimen vigente, en el que existía cierto margen a la autonomía de la voluntad de las partes, por normas de carácter estrictamente imperativo. Así, mediante el nuevo régimen del vencimiento anticipado se garantiza que este solo pueda tener lugar cuando el incumplimiento del deudor es suficientemente significativo en atención al préstamo contratado*”.

III. ÍNDICE DE REFERENCIA DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS (IRPH).

Si anteriormente comentábamos que la cláusula de vencimiento anticipado era una cláusula de rabiosa actualidad, el IRPH lo es, quizás, aún más. Un ejemplo de esto podría ser que una sentencia vital para la comprensión de la posible abusividad de esta cláusula se dictase en marzo de este mismo año.

Por ello, y dado el escaso tratamiento jurisprudencial y doctrinal que ha recibido esta cláusula por el momento, no podremos realizar un examen tan detallado de sus características, aunque sí que nos centraremos en las más significativas.

III.I Conceptualización del IRPH. ¿Qué es?

El índice de referencia de préstamos hipotecarios es, en realidad, **un índice** (porcentaje) **que se emplea para determinar la variabilidad del interés** en un préstamo bancario, de una manera similar al Euribor. Por ello, este índice no es *per se* abusivo. El mismo se realiza una media aritmética simple de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito⁹³.

Este índice se encuentra recogido por primera vez en la Circular 5/1994 del Banco de España, la cual acataba el mandato de la D.A.2ª de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 (sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios). Este mandato se basaba en lo siguiente: *“El Banco de España, previo informe de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, definirá mediante Circular un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable, y hará públicos su valores regularmente”*.

En cumplimiento de esta disposición, la Circular 5/1994 recoge, entre otros, el índice calculado como *“Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por las entidades de crédito”*.

III.II Problemática de este índice. Valoración jurisprudencial de este índice.

Como hemos visto, el índice no es en sí un problema, ya que el método por el que determina la variabilidad aplicable a un préstamo no entraña problemas. Sin embargo, lo que sí produce problemas en lo relativo a esta cláusula es que la misma **choca frontalmente con el control de transparencia** recogido en el art. 83 TRLGDCU. De esta manera, la auténtica problemática surge porque, pese a que el tenor literal y gramatical de esta cláusula sea comprensible, el consumidor no parece comprender realmente en qué situación le deja este índice, ya que no comprende la carga económica que el mismo implica, su evolución con el tiempo, los posibles escenarios que pueden darse con este índice (evolución a la baja o “al alza”), o incluso si le supone una opción más atractiva determinar la variabilidad mediante otro índice (por ejemplo, el Euribor).

⁹³ Redacción dada a la antigua Circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.

La primera resolución en esta materia emana directamente el Tribunal Supremo⁹⁴ español. En realidad, por emanar del más alto tribunal no implica que recibiese el más técnico tratamiento jurídico; más bien al revés.

Para el TS, esta cláusula no podía ser objeto de control por parte de la normativa tuitiva ya que dispone que, **dado que la redacción de esa cláusula no incumbe a la entidad prestataria, sino a la Administración Pública**, escapa de esta manera del control de los juzgados civiles de este contenido⁹⁵. Por ello, **no puede realizarse dicho control de transparencia a tenor de la normativa tuitiva** (art. 4 LCGC), tanto nacional como europea.⁹⁶

A continuación, añadiría que, pese a ser una cláusula que reflejaba una estipulación normativa, *“solamente puede controlarse que la condición general de la contratación por la que se incluye en un contrato con consumidores esa disposición o previsión legal esté redactada de un modo claro y comprensible y sea transparente. Para lo cual, ha de tenerse en cuenta, como ya se ha dicho, que el interés remuneratorio es el precio del contrato de préstamo. En consecuencia, las cláusulas que se refieren al modo de determinación del interés remuneratorio afectan a los elementos esenciales del contrato que determinan su objeto principal”*⁹⁷.

En este sentido, el propio TS rechaza la posibilidad de enfocar su análisis en esta cláusula ya que, por un lado, es resultado de una disposición legal (art. 4 LCGC)⁹⁸, y por otro, que afecta a un elemento esencial del contrato (ex art. 4.2 Directiva 93/13/CEE)⁹⁹.

Finalmente, el alto tribunal desestima la idea de que, aun así, se debiera informar al prestatario ya que *“no cabe considerar que el consumidor no se apercebiera de su importancia económica y jurídica”* ya que *“resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo del interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas en un elemento tan esencial como el propio precepto del préstamo”*¹⁰⁰.

Dado lo anterior, tampoco la entidad bancaria debía informar al consumidor sobre otros índices oficiales que pudieran resultar atractivos para el consumidor, ni una explicación “pormenorizada” sobre dicho índice, ya que la elaboración del mismo es competencia del Banco de España. Además, añade que, ya que los índices son publicados de forma agrupada, **resulta fácil realizar una comparativa entre ellos para un consumidor medio**¹⁰¹.

⁹⁴ STS 669/2017, de fecha 14 de diciembre de 2017. Ponente: Pedro José Vela Torres. Número de recurso: 1394/2016.

⁹⁵ Siendo por tanto competencia del Banco de España la redacción de estos índices.

⁹⁶ Fundamento Jurídico 6º, apartados 1 y 2.

⁹⁷ Fundamento Jurídico 6º, apartado 4.

⁹⁸ *In fine*: “*Tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que reflejen las disposiciones (..) que vengán reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes*”.

⁹⁹ *In fine*: “*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*”.

¹⁰⁰ Fundamento Jurídico 6º, apartado 8.

¹⁰¹ Fundamento Jurídico 6º, apartado 9.

Sentado lo anterior, y dadas las fundadas razones que sobre los juzgadores españoles existían sobre el acierto acerca de esta sentencia, es por lo que el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona solicitó del TJUE, a través de sendas cuestiones prejudiciales, que aclarase el régimen de control al que el IRPH se debería ver sometido.

En consecuencia, el TJUE, a través de la sentencia de fecha 3 de marzo de 2020 dictó, con asunto C-125/18¹⁰², una serie de criterios que hasta ahora entendemos mucho más razonables y acertados que los volcados por el TS.

En primer lugar, el tribunal europeo desmontaría el argumento de que el art. 4 LCGC impedía valorar normas legales. En efecto, no cabe entrar a valorar aquellas estipulaciones que reproduzcan el contenido de una norma, pero como explica el TJUE, esta prohibición tiene carácter **restrictivo**: es decir, para poder emplear tal argumento, esta disposición debe “*reflejar una disposición legal o reglamentaria*” (requisito que cumple) y, además, debe resultar una norma **imperativa**¹⁰³.

Esto se destaca de que la Circular 5/1994 no establecía como obligatorios tales índices, sino que, como cita la sentencia, “*se limitaba a fijar los requisitos que debían cumplir los índices o tipos de referencia*”¹⁰⁴.

Por tanto, el primer argumento que el alto tribunal esgrimía para desmontar la pretensión planteada se desmorona con este acertado criterio, que además ya gozaba de trayectoria en la jurisprudencia europea¹⁰⁵.

Seguidamente, el alto tribunal manifestaba que, pese a que el legislador español no hubiera transpuesto el art. 4.2 de la Directiva al ordenamiento, ésta tampoco podía suponer un óbice para que “*los tribunales de un estado miembro están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual en un plano formal y gramatical*”. Además, manifestaba que esta exigencia se debe respetar “*siempre*”, pese a revestir carácter esencial en el contrato¹⁰⁶.

Por otro lado, esta sentencia clarifica que, la entidad bancaria se encuentra obligada a informar debidamente al consumidor de aquellas circunstancias que revistan interés para el consumidor. Sin embargo, entendemos que aquí el tribunal comete un importante error. No niega que se deba informar al consumidor de todas estas circunstancias, sólo que se debe informar de **elementos de carácter general**¹⁰⁷.

En el caso concreto, determina que, **dado que se trata de un índice que ha sido publicado por un ente administrativo en el Boletín Oficial del Estado**, un consumidor perspicaz y atento **puede comprender perfectamente el “funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras”**¹⁰⁸.

En contradicción con el criterio anterior, la STS antes señalada contiene el voto particular del magistrado ORDUÑA MORENO, al que se adhirió ARROYO FIESTAS.

¹⁰² STJUE de fecha 3 de marzo de 2020, Asunto C-125/18, Marc Gómez del Moral vs Bankia S.A.

¹⁰³ Apartado 31.

¹⁰⁴ Apartado 34.

¹⁰⁵ A modo de ejemplo: STJUE de 10 de septiembre de 2014, y STJUE de 20 de septiembre de 2017, asuntos C-34/13 y C-186/16, respectivamente.

¹⁰⁶ Apartado 46.

¹⁰⁷ Apartado 53

¹⁰⁸ Apartado 53 nuevamente.

El contenido de este voto particular es **esencialmente el mismo con respecto al contenido de la STJUE**, solo que realiza una **precisión muy valiosa con respecto a las posibilidades de conocimiento por parte del consumidor**:

Razona que el consumidor puede, efectivamente, conocer que tales índices (entre los que se encuentra el IRPH) son susceptibles de fluctuación, **aunque no de la manera precisa en la que cada uno fluctúa o varía, ni tampoco el comportamiento previsible que ese índice pueda tener**. Este plus de información se basa, en primer lugar, en que se basa en un elemento esencial del contrato, y, en segundo lugar, en que estos índices presentan un comportamiento muy peculiar que el consumidor perspicaz e informado no tiene porqué conocer¹⁰⁹.

Por último, hemos de hacer referencia a la completísima STJPI de Palma de Mallorca¹¹⁰, en la que analiza con gran exhaustividad y criterio el posible contenido abusivo de esta cláusula. Para la juzgadora, el contenido de esta cláusula debe revestir un control de la información más explícito aún: *“Así pues, y en el caso de autos, no se considera que para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras”*¹¹¹.

Como conclusión, debemos recordar que la problemática que rodea a este índice se traduce en una **colisión frontal con el control de transparencia**, el cual no sólo se basa en una comprensibilidad real y gramatical del contenido contractual, sino que **debe repercutir en el conocimiento real de las consecuencias, jurídicas y económicas, que estas cláusulas conllevan para el consumidor**. Pese a la posición reticente del TS español, el TJUE llevó a cabo una gran labor correctora de esta doctrina, mejorada y complementada con el voto particular emitido por el magistrado ORDUÑA MORENO, en el cual explicaba el control de transparencia¹¹² y su aplicación a este caso en concreto. De esta manera, gracias a la STJPI, podemos concluir que se trata, cada vez más, y afortunadamente, de una doctrina jurisprudencial más extendida en el ámbito legal que nos ocupa.

¹⁰⁹ Apartado 2.3 de dicho voto particular, 4º párrafo.

¹¹⁰ STJPI 582/2020, de fecha 20 de abril de 2020. Ponente: Margarita Isabel Poveda Bernal. Número de recurso: 1089/2018.

¹¹¹ Fundamento Jurídico 4º, penúltimo párrafo.

¹¹² Cuyo régimen ya ha sido tratado en el capítulo pertinente en este trabajo.

IV. CLÁUSULA DE TASACIÓN DEL BIEN INMUEBLE OBJETO DE LA HIPOTECA.

IV.I. Contexto legal de la cláusula.

Esta cláusula encuentra su contexto natural en la ejecución del bien inmueble objeto de hipoteca. En una posible ejecución del bien hipotecado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 682.2.1º LEC, es un **requisito esencial** para la misma la existencia de la determinación del precio de tasación del bien en la escritura de constitución de la hipoteca.

Antes de la reforma operada por la Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, el citado artículo solamente requería “*que en la escritura de constitución de la hipoteca se **determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta***”.

No obstante, con la finalidad de “*garantizar que la ejecución hipotecaria se realiza de manera que **los derechos e intereses del deudor hipotecario sean protegidos de manera adecuada** y, en su conjunto, se agilice y flexibilice el procedimiento de ejecución*”¹¹³, se produjo una reforma en el meritado artículo de la LEC.

De esta manera, el artículo reformado decía así: “*que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario*”.

Lo que en realidad pareciera una **notable mejora** en el sistema tuitivo de los consumidores, en realidad más bien parece haber sido un empeoramiento, según cierto sector de la doctrina, como CASTILLO MARTÍNEZ¹¹⁴, al afirmar que “*en el artículo 8.2 del Real Decreto 716/2009, (...) al regular la tasación previa ya disponía que (...) la existencia previa a la reforma de una cantidad mínima para la fijación del tipo de subasta en los préstamos hipotecarios destinados a ser titulizados, resultando que ese porcentaje era, como mínimo, el cien por cien de la tasación*”.

IV.II Juicio de aplicabilidad de la normativa tuitiva a este tipo de contenidos contractuales.

Habiendo visto ya las dudas que se reflejan en torno a la efectividad de la protección del deudor hipotecario *ex lege*, conviene ahora **abstraernos del ámbito puramente normativo**, para poder centrarnos en si es posible que este tipo de cláusulas, que en principio responden a un mandato legal (ex art. 682.2.1 LEC), **puedan ser declaradas abusivas, a la luz de lo dispuesto en la LCGC y en el TR de la LGDCU**.

En principio, han sido vertidos varios argumentos que rechazan de plano la posibilidad, siquiera, de poder entrar a valorar la abusividad de esta cláusula. Primero, porque se trata de una cláusula que responde a un mandato legal (ex art. 1.2 Directiva 93/13/CEE: “*las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas*”).

¹¹³Exposición de Motivos de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

¹¹⁴CASTILLO MÁRTINEZ, C. (2016): *Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca*. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 292 y 293.

... no estarán sujetas a las disposiciones de la presente Directiva”); segundo, porque su contenido, al ser esencialmente personalizado, **es imposible que se pueda tratar de una condición general de la contratación**; tercero, porque no es una cláusula que dependa de la voluntad del prestamista: tal y como expone el art. 682.2.1º LEC, la tasación deberá llevarse a cabo por parte de una entidad tasadora que se encuentre debidamente habilitada para ello por el Banco de España.

Sin embargo, siguiendo en este punto al profesor RUIZ-RICO RUIZ¹¹⁵, existen varios argumentos que sí permiten realizar este análisis en torno a la abusividad o no de esta cláusula.

Los argumentos esgrimidos se pueden resumir en los siguientes: de una parte, si bien este tipo de cláusulas no respetan el requisito de “generalidad” propio de las condiciones generales¹¹⁶, las mismas pueden seguir considerándose cláusulas de contenido no negociado¹¹⁷, y mientras no se demuestre en contenido negociado, les son de aplicación lo dispuesto en el art. 80 y siguientes del TRLGDCU.

Por otro lado, sí que existen determinados supuestos que, como recoge RUIZ-RICO, sí que pueden tratarse de condiciones generales, como los que pueden ser aquellos en los que la cantidad de la tasación se realiza mediante una operación aritmética sobre el montante objeto del préstamo. Por ejemplo: “el valor de tasación del inmueble será el triple de la cantidad objeto de préstamo a la fecha de celebración del contrato”¹¹⁸. Esta estipulación sí es susceptible de un uso generalizado en contratos hipotecarios por parte del prestamista.

Otro caso sería en el que una entidad prestamista concediera préstamos para la adquisición de inmuebles de una misma promoción. Ya que estos inmuebles tendrían todos un mismo valor, o, en su caso muy parecido, sí que podría utilizarse la misma cláusula de tasación para todos los contratos con causa en la adquisición de vivienda en esta promoción. De esta manera, se cumpliría también el requisito de generalidad¹¹⁹ preceptivo para la aplicación de la LCGC (art. 1 LCGC).

Finalmente, hemos de recordar que, aún y en el caso de que estas estipulaciones no respondan a una CGC, no es menos cierto que, para el caso de ser consumidor, serían aplicables los arts. 80 y siguientes del TRLGDCU. De esta manera, podría analizarse todo aquello que responda a la idea de “contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente”. Es este elemento de “cláusulas no negociadas

¹¹⁵ RUIZ-RICO RUIZ, J.M., y ACEBES CORNEJO, R. (2017), en “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, Wolters Kluwer.

¹¹⁶ Requisito que ya se analizó en el capítulo II de este trabajo.

¹¹⁷ La negación de esto corresponde a la entidad prestamista.

¹¹⁸ Pudiera creerse que al no haberse respetado lo dispuesto en el art. 682 LEC sobre la tasación por entidad especializada, esta cláusula deviene inmediatamente nula. Sin embargo, es esencial recordar que el procedimiento de ejecución hipotecaria es un procedimiento especial de ejecución dentro de la LEC (arts. 681 a 698 LEC), y que para que un demandante pueda beneficiarse del mismo, debe cumplir los requisitos exigidos (ex art. 682 LEC en cuanto a domicilio a efectos de notificación y el valor de tasación).

Sin embargo, hemos de recordar que, al tratarse de un procedimiento especial, nada obsta a que, si resulta no aplicable el procedimiento especial, puedan seguirse los trámites establecidos para la ejecución dineraria ordinaria (arts. 571 y siguientes LEC).

¹¹⁹ Aunque pudiera ser interesante determinar, en un juicio de interpretación, a qué cantidad o situación debe cumplirse para llevar a cabo un contenido con **generalidad**.

individualmente” es el que nos abre las puertas para poder entrar a analizar, a través de los preceptos del TRLGDCU, si esta se trata de una cláusula abusiva, o no.

IV. III Juicio de abusividad de la cláusula de tasación.

Una vez aclarado que es perfectamente aplicable el régimen recogido en los artículos 80 y siguientes del TRLGDCU, es ahora menester valorar si esta cláusula contradice lo dispuesto en estos artículos.

En este sentido, independientemente del control de incorporación que resulta de aplicación (ex art. 80 TRLGDCU y 5 y 7 LCGC), existe un importante choque con el control de contenido (art. 82 TRLGDCU), por cuanto puede considerarse que exista un desequilibrio importante entre derechos y obligaciones de las partes.

Hemos de tener especial cuidado a la hora de entrar a valorar la abusividad de esta cláusula. Hemos de tener en cuenta, en primer lugar, que muchos contratos se formalizaron en la fecha en la que los requisitos que la LEC imponía eran más laxos; por el otro lado, la posible discordancia entre el tipo para la subasta, debido a la modificación operada en 2013, que fija el mínimo del 75% del valor de la tasación especializada.

Es, a nuestro parecer, este supuesto el que mayor desequilibrio acarrea, ya que no sólo incumple lo estipulado en una disposición normativa, sino que, además, de facto acarrea un efecto muy perjudicial para el deudor: si el valor de tasación del inmueble ejecutado es muy inferior, el deudor puede ver cómo, pese a ejecutarse el bien, el montante recaudado en la subasta no es suficiente para sufragar la totalidad de la deuda, debiendo responder del resto del montante deudor según la regla del principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 CC.

Por ello, de *facto* se produce un verdadero desequilibrio entre las partes, ya que para el caso de que, en primer lugar, no se haya condicionado el cumplimiento del préstamo a una posible dación en pago¹²⁰, y, segundo, el montante recaudado de la ejecución sea inferior al de la deuda total, se coloca al deudor en una auténtica situación de desventaja y empeoramiento patrimonial de la cual muchas familias españolas no han podido recuperarse.

Esta desproporción entre derechos ha sido valorada por la SAP de San Sebastián, de fecha 31 de marzo de 2017: *“Pues bien, aun cuando se da la circunstancia de que la normativa vigente a la fecha del otorgamiento de la escritura se respetaba por la cláusula controvertida, sin embargo no sólo se da la circunstancia de que la normativa actual no se respeta por la misma, sino que, además, crea, como ya se ha indicado un desequilibrio palmario entre las dos partes contratantes, por cuanto que el importe establecido en la escritura de préstamo hipotecario suscrito en fecha 18 de Septiembre de 2.009 como valor del bien hipotecado, y a los efectos de la subasta, es un importe de 250.000 euros, que resulta muy inferior al 75% del reseñado en la valoración.*

Desde luego, resulta evidente no sólo que la cláusula cuestionada no se ajusta a la normativa actual, cuya finalidad es sin duda alguna la de evitar que, con la fijación de un tipo de subasta muy por debajo del valor de tasación de la finca de que se trate, se vea el deudor hipotecario, en tal eventual circunstancia, privado de ella por un valor que no se corresponda con el valor real de la misma, a pesar de que, como ya se ha indicado, se ajustaba a la normativa vigente en el momento del otorgamiento de la escritura, que

¹²⁰Figura a partir de la cual se entrega el bien objeto de la hipoteca con el fin de saldar la deuda contraída, pese a que ésta pudiera ser superior.

*no ponía condición cuantitativa alguna al valor de la tasación que había de quedar reflejado en la escritura, sino que, además, y ello es lo fundamental, aun cuando presente una redacción sencilla, clara y de fácil comprensión para prestatarios y fiadores, reseña un importe en relación a la finca hipotecada que crea una patente situación de desequilibrio entre los contratantes”*¹²¹

Sin embargo, la posibilidad de apreciación de la abusividad de estas cláusulas, aún para el caso de que la misma haya sobrevenido por la promulgación de la reforma de 2013, no ha sido unitaria judicialmente. La respuesta que los tribunales han dado a esta situación ha sido muy variada, comprendiendo la abusividad por desproporción de derechos (como la sentencia anterior, o la postura del profesor RUIZ-RICO¹²² “hasta la posibilidad de subsanación procesal para el caso de que no exista correlevancia entre el tipo mínimo del 75% y el fijado en el contrato de préstamo.

En adición a lo anterior, existe alguna postura doctrinal que, siendo extremadamente simplista, alega que “*no cabe considerar abusiva una cláusula contractual que resulta plenamente conforme con la legislación vigente al tiempo de la perfección del contrato de préstamo hipotecario en cuestión*” (CASTILLO MARTÍNEZ), postura que entendemos contraria al espíritu de la norma. Esta postura doctrinal ha encontrado reflejo, entre otras, en el Auto de la AP de Córdoba¹²³ o el Auto de la AP de Barcelona¹²⁴.

V. CLÁUSULAS DE INTERESES, GASTOS, Y COMISIONES.

V.I. Ámbito de estudio del epígrafe.

Como el propio título muestra, en este epígrafe no se va a tratar una cláusula contractual con exclusividad; más bien al contrario. Las cláusulas que aquí se van a analizar son, cuanto menos, muy mediáticas¹²⁵. Por ello, centraremos el análisis en las 3 cláusulas que, en este sentido, creemos que son las más representativas de la práctica actual: cláusulas de intereses variables usurarios, cláusulas de gastos y cláusulas de comisiones.

V.II Cláusulas de intereses usurarios.

V.II.I. Encuadre general.

Los intereses son, en realidad, una parte absolutamente imprescindible de todo contrato de préstamo. Aun cuando el propio Código de Comercio, en su art. 314, disponga que “*los préstamos no devengarán interés si no se hubiere pactado por escrito*”¹²⁶, la presencia de los mismos es algo incuestionable en la práctica totalidad de estos contratos.

En principio, la consignación de los intereses en el contrato responde al principio de autonomía de la voluntad recogido en el art. 1255 CC. Además, estos pactos, tal y como

¹²¹ Criterio también adoptado por el Auto de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de fecha 21 de marzo de 2014.

¹²² “A nuestro juicio, es claro que la estipulación de una cláusula que fije un valor inferior al 75 % del señalado por la tasadora, puede ser declarada abusiva”, en *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, Wolters Kluwer.

¹²³ Auto de la AP de Córdoba de fecha 25 de febrero de 2014.

¹²⁴ Auto de la AP de Barcelona de fecha 2 de octubre de 2015.

¹²⁵ a nadie se le escapa que un interés puede ser exorbitantemente alto, y de esta manera ganarse el calificativo de “usurero”, con la infamia que esto conlleva.

¹²⁶ De igual manera que en el artículo 1755 CC.

dispone el art. 1091 CC, “*tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos*”.

Sin embargo, no todos los intereses son iguales; o más bien, deberíamos decir que no todos ellos responden al mismo motivo. En este punto debemos diferenciar claramente dos tipos de intereses, los remuneratorios y los intereses de demora. Los intereses remuneratorios responden al lucro que la entidad prestamista obtiene de la operación misma de crédito. A esta idea se refiere el TS cuando alega que “*el interés ordinario retribuye la entrega del dinero prestado durante el tiempo que está a disposición del prestatario*”¹²⁷.

El ámbito más célebre dentro de los intereses remuneratorios quizá lo suponga la Tasa Anual Equivalente (TAE), la cual “*es el valor más próximo a la cuota real que se deberá pagar, pues además de incluir el tipo de interés nominal*”¹²⁸ *hace referencia a las comisiones y gastos asociados, todo ello ponderado con el plazo de devolución del préstamo*”¹²⁹. De esta manera, arroja un concepto mucho más general del “precio del préstamo”.

Por el otro lado, el interés de demora es aquel que “*supone un incremento destinado a indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento por el prestatario de los plazos estipulados para el pago de las cuotas de amortización del préstamo, con la función añadida de disuadir al prestatario de retrasarse en el cumplimiento de sus obligaciones*”. Como se puede apreciar, se trata de una indemnización por el perjuicio que se ha generado en el retraso del pago (elemento indemnizatorio o reparador), además de como elemento disuasorio para el prestatario, de tal manera que se incentiva que el mismo cumpla sus obligaciones de manera regular (es decir, se penaliza el retraso, pretendiendo, asimismo, un castigo sobre este comportamiento)¹³⁰.

V.II. II Problemática legal relativa a intereses.

De la misma manera que en el apartado anterior explicábamos sucintamente los distintos tipos de intereses y su funcionamiento, también detallaremos aquí la cuestión “estrella” en lo concerniente a los intereses en contratos de préstamo: la usura.

A lo largo de la historia, vemos cómo los intereses en los préstamos han sufrido alguna vez la calificación de “usureros”. La usura hace referencia a un porcentaje de interés exorbitantemente alto. En nuestra historia legislativa, estos intereses desproporcionados han sido objeto de sanción civil, pero también penal¹³¹.

La STS de fecha 18 de junio de 2012¹³² recoge el sistema de aplicación del TRLGDCU y el de la Ley de Represión de la Usura. Toda vez que mantiene que no son regímenes incompatibles entre sí

¹²⁷ STS de fecha 22 de abril de 2015. Sentencia número 265/2015. Número de recurso: 2351/2012. Ponente: Rafael Ariza Jimena.

¹²⁸ Es decir, el tipo de interés remuneratorio que se aplica a una operación de préstamo.

¹²⁹ ENRICH GUILLÉN, D., y ARANDA JURADO, M. (2019): *Los créditos revolving y los intereses usurarios*. Madrid: Wolters Kluwer, pág. 159.

¹³⁰ Además, alguna voz doctrinal, como RICO-RUIZ, ha mantenido una tesis que afirma que, a su vez, el interés de demora recoge una funcionalidad añadida a las anteriores, que se basa no sólo en la reparación de perjuicios, sino también en la ganancia de aquellos intereses que habría obtenido durante el periodo de mora del deudor.

¹³¹ Arts. 542 a 546 del Código Penal de 1973.

¹³² STS número 406/2012, número de recurso: 46/2010. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno.

Como explica el profesor MARTÍN FUSTER¹³³, tradicionalmente se ha referido que la aplicación de la usura (y de su correspondiente ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios)¹³⁴ sólo se aplicaba en el supuesto de intereses remuneratorios, no así a los de demora.

Como cita el profesor, la distinta naturaleza entre ambos tipos de intereses es lo que provoca que solamente puedan propugnarse de los remuneratorios. Así, los intereses de demora podrían graduarse mediante el convenio entre las partes (arts. 1108 y 1255 CC).

No obstante, menciona a su vez cómo la aplicación de la usura, a raíz de determinada jurisprudencia del Alto Tribunal, muestran cómo el control de la usura en los intereses moratorios también es aplicable, de tal manera que debe atenderse, a su vez, a las demás circunstancias del caso.

En cuanto a la determinación *per se* de la usura en los intereses, tanto moratorios como remuneratorios, resulta de gran utilidad la STS número 677/2014¹³⁵, la cual sintetiza el método valorativo de desproporción entre el interés contractual y el legal del dinero (art. 1 Ley Usura):

*“La noción de usura, estrictamente vinculada etimológicamente al ámbito de los intereses, se proyecta sobre la lesión patrimonial infligida, esto es, sobre los intereses remuneratorios y de demora; (...) de forma que el control establecido debe interpretarse de un modo objetivable a través de las notas del **"interés notablemente superior al normal del dinero"** (ya respecto al interés remuneratorio, o al de demora y, en su caso, al nivel de los dos) y de su carácter de **"manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso"**, para extenderse a continuación, al plano valorativo de la situación o relación negocial llevada a cabo en donde, también de un modo objetivable, se analizan las circunstancias previstas por la norma: situación angustiosa del prestatario, inexperiencia del mismo y limitación de sus facultades mentales”*

A su vez, la propia resolución ejemplifica una situación en la que se detalla, de manera objetiva, el carácter usurario de un interés: el supuesto en el que se presta de manera efectiva una cantidad de dinero menor a la recogida en el contrato (lo que se califica como “préstamo falsificado”).

Dentro del ámbito de la determinación de la usura en un contrato de préstamo, si bien no responde exclusivamente a un préstamo hipotecario (se trata de casos de tarjetas “revolving”), resultan especialmente útiles las STS 628/2015¹³⁶ y 600/2020¹³⁷.

En la primera, se destacan dos elementos básicos de la usura: interés notablemente superior al interés normal del dinero, y una importante desproporción con las circunstancias del caso.

En el primer sentido, mantiene la STS que para que un interés se pueda considerar notablemente superior al del dinero *“no es tanto si es o no excesivo, como si es « notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso », y esta Sala considera que una diferencia de esa*

¹³³ MARTÍN FUSTER, J. (2020): “La usura y su apreciación de oficio”, *Actualidad Civil*, nº2, febrero de 2020, Wolters Kluwer.

¹³⁴ Norma que, debido al reducido tamaño propio de un TFG, no se ha podido tratar adecuadamente.

¹³⁵ STS de fecha 2 de diciembre de 2014, número de recurso: 389/2012. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno.

¹³⁶ STS de fecha 25 de noviembre de 2015. Núm. Recurso: 2341/2013. Ponente: Rafael Sarazá Jimena.

¹³⁷ STS de fecha 4 de marzo de 2020. Núm. Recurso: 4813/2019. Ponente: Rafael Sarazá Jimena.

*envergadura*¹³⁸ entre el TAE fijado en la operación y el interés medio de los préstamos al consumo en la fecha en que fue concertado permite considerar el interés estipulado como « notablemente superior al normal del dinero ». Se ha de recordar que a estos efectos no es el interés legal del dinero al que se refiere la norma ni la sentencia, sino más bien al valor o interés “normal o habitual”, según las estadísticas brindadas por el Banco de España¹³⁹.

Por otro lado, para delimitar el contenido del requisito de la desproporcionalidad para el caso concreto, recuerda la sentencia un hecho muy relevante en este sentido: la ingente cantidad de préstamos concedidos irresponsablemente, sin medir correctamente las posibilidades de devolución del préstamo por parte del consumidor y/o su solvencia financiera futura, provocando así un importante sobreendeudamiento en los consumidores.

Por último, manifiesta muy acertadamente lo anterior de la siguiente manera: “*Aunque las circunstancias concretas de un determinado préstamo, entre las que se encuentran el mayor riesgo para el prestamista que pueda derivarse de ser menores las garantías concertadas, puede justificar, desde el punto de vista de la aplicación de la Ley de Represión de la Usura, un interés superior al que puede considerarse normal o medio en el mercado, como puede suceder en operaciones de crédito al consumo, **no puede justificarse una elevación del tipo de interés tan desproporcionado en operaciones de financiación al consumo como la que ha tenido lugar en el caso objeto del recurso, sobre la base del riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, por cuanto que la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores y trae como consecuencia que quienes cumplen regularmente sus obligaciones tengan que cargar con las consecuencias del elevado nivel de impagos, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico***”¹⁴⁰.

V.III. Cláusula de gastos.

Bajo este título se analizarán aquellas cláusulas que, de un tiempo hacia acá, han gozado de un protagonismo mediático cada vez mayor. Las cláusulas de “gastos” son, normalmente, cláusulas que imponen en una de las partes contratantes (siendo el sujeto típico el prestatario o consumidor) el cumplimiento de la totalidad de los gastos de formalización del contrato. De esta manera, el consumidor se ve contractualmente obligado al pago de cualquier gasto que se haya producido en el seno de un procedimiento de celebración de préstamo hipotecario, desde los gastos de notaría hasta los propios impuestos que sufragar.

No es este lugar, ni tampoco es nuestra intención, tratar qué gastos debe sufragar cada parte durante el procedimiento contractual (ya que escaparía de la estricta órbita del trabajo), pero lo que sí podemos analizar, es el fundamento de la abusividad de esta cláusula.

¹³⁸ Que en ese caso era de un 24,6%.

¹³⁹ En este mismo sentido, se manifiesta la STS 600/2020, en su FJ QUINTO, párrafos 5º, 6º y 7º.

¹⁴⁰ La STS 600/2020 mantiene esta misma postura, realizando inclusive una mención expresa de la STS citada, en su FJ QUINTO, párrafos 8º, 9º y 10º.

Como fundamento común del contrato en el tráfico jurídico, esta cláusula encuentra su punto de partida en el artículo 1255 CC, el principio de autonomía de la voluntad. No obstante, el propio artículo ya realiza una matización de este tipo de acuerdo: “*siempre que no sean contrarios a las leyes*”.

Cuando una norma, como fue el escandaloso caso del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados (Texto Refundido 1/1993), contempla que es (siguiendo el mismo ejemplo) el acreedor quien quede obligado, como sujeto pasivo, al pago del tributo en la constitución de derechos reales de garantía (art. 8 de esta norma), para después desvirtuarse mediante el art. 1255 CC, es cuando nos encontramos ante un claro caso de acuerdo contrario a las leyes.

De esta manera, y siguiendo el mismo ejemplo, cuando se plantea que sea el consumidor quien quede obligado (en virtud de esta cláusula) al pago de este tributo, queda absolutamente claro la abusividad del mismo, dada la evidente desproporción entre derechos y **obligaciones**, desproporción que se objetiva cuando se incumple de plano un mandato imperativo legal.

Ante esta misma situación, se pronunció el TS a través de la STS núm. 1505/2018¹⁴¹, la cual contradice la doctrina jurisprudencial típica, aclarando el sinsentido de que se alegase, por parte de la entidad prestamista, que el verdadero sujeto obligado al pago de tal gravamen era el consumidor.

Tal abusividad (y desproporción entre obligaciones *inter partes*) se recoge expresamente por parte del TRLGDCU como cláusulas abusivas *iusuris et de jure*: el artículo 89.3.c) menciona expresamente que “*en todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas (...) La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas (...) la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario*”.

Son varias las voces doctrinales que afirman de plano la abusividad de tales estipulaciones, pero a fin de aclarar y recalcar la abusividad de estas estipulaciones, nos centraremos en los argumentos esgrimidos por los profesores ADÁN DOMENECH, NAVAS MARQUÉS y ARANA NAVARRO.

Por su parte, ADÁN DOMENECH¹⁴² afirma que “*se encuentra fuera de toda duda, que la actuación unilateral del profesional, de consignar en el contrato, una cláusula que imponga el pago de cualquier dispendio económico relacionado con el perfeccionamiento y/o formalización del contrato de préstamo hipotecario, transgrede los dos requisitos de conducta exigidos en los textos normativos internos y comunitarios, a la entidad financiera para actuar de forma correcta, esto es, la buena fe y la proporcionalidad*”.

Por su parte, los profesores NAVAS MARQUÉS y ARANA NAVARRO¹⁴³ complementan lo anterior, manifestando que “*este tipo de cláusulas, lejos de proceder con una mínima reciprocidad entre los gastos generados como consecuencia de*

¹⁴¹ STS, Sala 3ª, de fecha 16/13/2019. Núm. De recurso: 5350/2017. Ponente: Jesús Cudero Blas.

¹⁴² ADÁN DOMENECH, F. (2017): *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*. Hospitalet de Llobregat: Bosch, pág. 136.

¹⁴³ NAVAS MARQUÉS, J.I., y ARANA NAVARRO, J. (2017): *Tratado de Contratación de Derecho Bancario. Tomo I. Préstamos y garantías en derecho bancario. Derecho nacional y de la Unión Europea*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, pág. 143.

intervención notarial y registral, recae casi su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que, a falta de pacto expreso entre las partes, la aplicación de la norma reglamentaria permitiría una distribución equitativa de los mismos”.

Queda, por ende, meridianamente expuesta la abusividad de este tipo de cláusulas, provocando éstas tal desproporción entre obligaciones entre las partes, que no sólo denotan tal carácter abusivo del propio art. 82 TRLGDCU, sino que, además, tal abusividad ya ha sido atendida por el legislador, afirmando que este tipo de cláusulas (art. 89.3.c) TR) serán siempre y en todo caso nulas.

V.IV. Cláusulas de comisiones.

Según la RAE, en su apartado “jurídico”, se define la comisión bancaria como el *“precio que cobran las entidades de crédito bancarias por su intervención en una operación propia de su actividad. Deben ser proporcionales a los costes soportados, y solo pueden cargarse por servicios efectivamente prestados”.*

De esta definición, extraemos dos cuestiones: en primer lugar, deben ser proporcionales a los costes que asume la entidad bancaria para su realización; en segundo lugar, deben exigirse sólo como contraprestación de servicios efectivamente prestados.

A tenor del artículo 4.2 de la Directiva: *“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 ello, la adecuación entre coste y precio de la comisión por un servicio prestado no puede ser objeto de análisis, con la salvedad de que *“siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”*¹⁴⁴.

No obstante, lo que sí podemos analizar es el requisito de la efectiva prestación del servicio, situación que conforma el supuesto de hecho del art. 87.5 TRLGDCU. De tal manera, la exigencia del cobro por un bien o servicio que no ha sido efectivamente prestado conlleva a que se declares **iuris et de jure** su nulidad.

En un caso de descuento bancario, el TS¹⁴⁵ tuvo la oportunidad de manifestar que “por último, **considerar incluidos los gastos derivados de la devolución** de efectos en las comisiones previstas inicialmente en el contrato, **prescindiendo de que se hayan o no generado**, que es lo que la recurrente apunta en la última de sus argumentaciones, **sería**, además de una cuestión que debería haberse planteado como de interpretación del contrato, **una solución contraria a las normas de disciplina en las que se apoya, conforme a las cuales no cabe reclamar comisiones por servicios no prestados efectivamente ni repercutir gastos que no hayan sido habidos”**.”

En este sentido, resulta la realidad clara la necesidad de exigencia de efectiva prestación del servicio remunerado, ya que esta obligación no sólo radica en el ámbito

¹⁴⁴ Lo cual supondría una remisión a lo ya expuesto para el control de inclusión y el de transparencia.

¹⁴⁵ En STS núm. 584/2008. Núm. Recurso: 3448/2000. Fecha de 23 de junio de 2008. Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabrial.

estrictamente bancario¹⁴⁶, sino también en el más puro ámbito civil (véase, por ejemplo, los arts. 1098, 1113, 1278 CC).

En base a ello, y como explícitamente resulta de lo anterior, la base de la abusividad de esta cláusula radica en la omisión y transgresión de las reglas de la buena fe, al exigir una contraprestación (pecuniaria, en este caso) por un servicio que no ha sido efectivamente prestado, por causa imputable al deudor del servicio (en este caso, la entidad bancaria).

¹⁴⁶ Como recoge la Orden EHA/2899/2011, en su art. 3: “*inmediatamente antes de que un servicio bancario vaya a ser prestado a un cliente (...) se deberá indicar, mediante un mensaje claro, perfectamente perceptible y gratuito, la comisión aplicable por cualquier concepto y los gastos a repercutir*”

CONCLUSIONES DEL TRABAJO.

Como comentábamos en la Justificación del Trabajo, en esta investigación pretendíamos alcanzar tres objetivos: en un primer lugar, estructurar todo el ordenamiento normativo en materia de protección de intereses de consumidores y usuarios, reseñando, a su vez, las cláusulas que se dan con más frecuencia en los usos bancarios, como contrafuerte a esta normativa; en segundo lugar, se buscaba cuestionar, dadas las características del ordenamiento tuitivo, la efectividad que el mismo tiene con relación a la consecución a su fin primordial: proteger a la que es considerada la parte débil del contrato, los consumidores y usuarios; por último, se buscaba dejar una impronta personal en esta última valoración, buscando mostrar aquellas acciones que, a nuestro parecer, pudieran ayudar a alcanzar el objetivo esencial de esta rama del Derecho.

En cuanto al primer objetivo, se ha expuesto a lo largo de este trabajo la estructura esencial normativa en materia de protección de consumidores y usuarios, analizando las normas más relevantes, desde la primigenia Directiva 93/13/CEE, hasta la novísima Ley 5/2019, de Contratos de Crédito Inmobiliario. A esta arquitectura normativa la acompañamos con las cláusulas que más relevantes o interés académico presentaban.

No obstante, enfocándonos en el segundo objetivo, debemos realizar una serie de aclaraciones preliminares. El estudio de la eficacia del ordenamiento se realiza desde una aproximación a la Teoría del Derecho, cuestionando si desde dicho prisma la norma es, en pureza, **eficaz**. Por otro lado, para compatibilizar tal concepción desde el prisma teórico, se analiza la eficacia de este ordenamiento en conjunción con la aplicación judicial de la norma, de tal manera que la misma supone “el brazo armado” de la norma.

Por último, se estima necesaria una comparación entre los fines perseguidos en determinadas normas (Exposiciones de Motivos), para concluir si, con respecto a lo contenido en el art. 51 CE, tal ordenamiento es eficaz.

Siguiendo la exposición de la eficacia de las normas jurídicas propuesta por el profesor PRIETO SANCHÍS¹⁴⁷, la eficacia de estas normas se analiza desde dos puntos de vista: el primero, denominado por el autor como **político**, entiende la eficacia como “*la satisfacción o realización de las finalidades u objetivos sociales o políticos en vista de los cuales fueron establecidas estas normas*”; finalmente, el sentido **sociológico** alude al “*grado de efectivo cumplimiento de las normas por parte de sus destinatarios*”.

Desde el ámbito de la **eficacia política**, se antoja estrictamente necesario realizar un juicio de prospección en los fines buscados por las normas analizadas. Como sesgo común, básico, y evidente, el ordenamiento busca el fortalecimiento de la parte débil del contrato: el consumidor. No obstante, este fin general tiende a diversificarse, ya que este fin general se suele reflejar en distintos intereses adicionales. Por ejemplo, la Ley 5/2019, en su Exposición de Motivos, recoge que su fin primordial es, independientemente de la

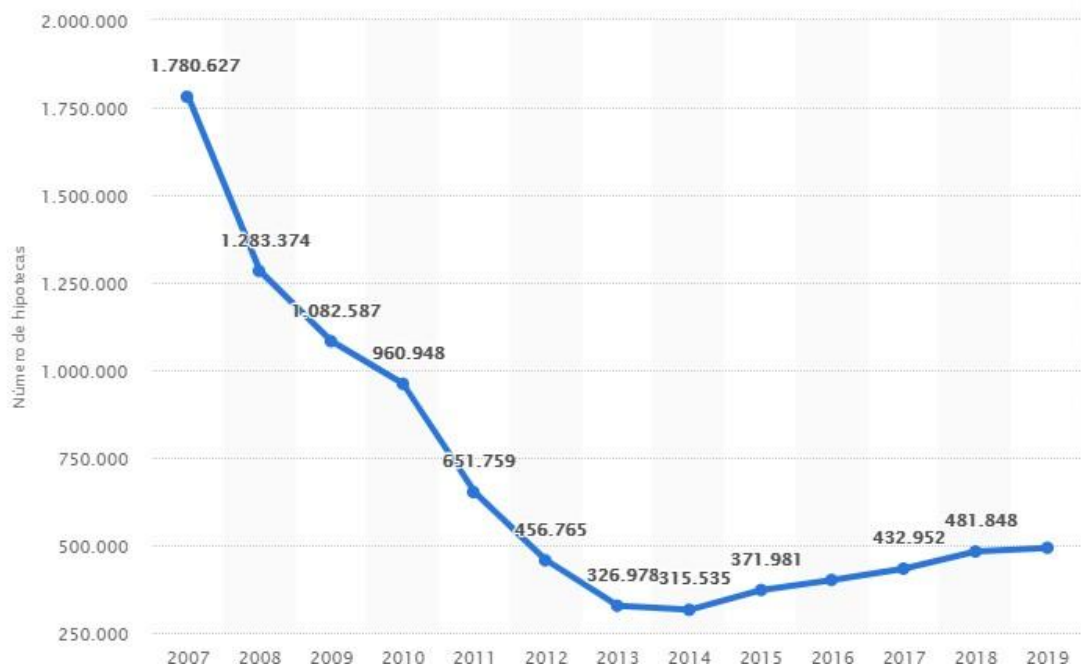
¹⁴⁷ PRIETO SANCHÍS, L. (2014): *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid: Editorial Trotta, págs. 83 a 93.

protección genérica a consumidores, **el aumento de la seguridad jurídica en transacciones crediticias**, de tal forma que se busca con ello un beneficio para la economía del país.

Otro ejemplo podría ser la primigenia Directiva 93/13/CEE, la cual busca, amén de la protección de los intereses legítimos de los consumidores, **evitar distorsiones en la normativa tuitiva nacional de cada Estado miembro, buscando la adopción de un Mercado Interior con normativa armonizada, procurando un aumento de transacciones internacionales.**

Como puede observarse, la normativa de los consumidores tiene muy en cuenta que, independientemente de la necesidad (incluso constitucional) de proteger los intereses de estos consumidores, se pretende (quizás tomando la protección de consumidores como un pretexto para incentivar el motor económico) beneficiar el flujo económico del Mercado de Crédito.

En base a ello, podemos decir, en puridad, que el ordenamiento **ha sido eficaz desde un prisma político**. Esto se debe a que este conjunto normativo ha logrado el objetivo que buscaba, que era, amén de la protección del consumidor y sus interés legítimos, un aumento en las operaciones hipotecarias del Mercado de Crédito. Conforme se extrae de la siguiente gráfica¹⁴⁸, se ha producido un incremento en el número de contratos de préstamo hipotecario en los últimos años:



Desde el sentido sociológico de la norma, hemos de realizar otro juicio prospectivo, pero esta vez, con un objetivo distinto. Sin bien ha quedado claro que el ordenamiento ha

¹⁴⁸ Gráfica extraída de la página web <https://es.statista.com/estadisticas/533759/evolucion-anual-de-hipotecas-constituidas-en-espana/>, consultada en fecha 30/05/2020.

logrado el objetivo económico al que aspiraba, debemos cuestionarnos ahora el efectivo grado de cumplimiento de este ordenamiento por parte de sus destinatarios. Ahora bien, ¿a quién se destinan las normas de consumidores? ¿Quiénes son los sujetos que se encuentran vinculados por tales normas?

Dos son los sujetos destinatarios, aunque, en este caso, se mencionan tres sujetos. Los dos primeros son evidentes: de un lado, el consumidor, titular de derechos que la Ley confiere para su protección contractual; y la entidad de crédito, como titular genérica de obligaciones en sus usos bancarios para así garantizar la transparencia en la contratación.

No obstante, aquí surge un tercer interviniente de esencial relevancia: el aplicador de la ley, **el juez**. Como bien es sabido, una norma pierde sentido si los destinatarios no se ven conminados a cumplirla, siendo no más que un brindis al sol. Por ello, la figura del juzgador se antoja aquí esencial, puesto que es el sujeto que, dadas las circunstancias del caso, determinará el efectivo cumplimiento de la normativa.

En este punto, no podemos ser tan optimistas como anteriormente. Si bien es cierto que, en determinadas situaciones, la actuación jurisdiccional¹⁴⁹ ha sido excepcional, como podríamos decir del exmagistrado del Tribunal Supremo, Orduña Moreno¹⁵⁰, en otras muchas ocasiones entendemos que no ha estado a la altura.

No se alcanza a comprender cómo, según hemos visto a lo largo del trabajo, ha tenido que ser el Tribunal de Justicia de la Unión Europea quien haya tenido que realizar rectificaciones constantes a la jurisprudencia y doctrina emanadas del Alto Tribunal. En no pocas situaciones, estas resoluciones del TS no se antojaban más que erróneas, empleando, en ocasiones, auténticos malabarismos explicativos para justificar decisiones que eran, de raíz, equívocas. La labor que el TS ha realizado en la interpretación de la normativa ha resultado en una mayor sensación de inseguridad en el consumidor.

Por el contrario, el TJUE sí demuestra haber estado a la altura de las circunstancias, rectificando constantemente la errónea doctrina sentada por el Tribunal Supremo español, dotando, y completando de sentido a la normativa en materia de consumidores.

De esta manera, desde un prisma **sociológico**, el ordenamiento español ha demostrado ser ineficaz, ya que el Alto Tribunal ha aplicado incorrectamente, y con gran terquedad con respecto a las correcciones del TJUE, la normativa en cuestión.

Por el otro lado, la normativa europea sí ha sido dotada de una mayor eficacia teniendo en cuenta la correcta aplicación de sus disposiciones por parte del TJUE, siendo, por el contrario, absolutamente **eficaz**.

Por último, nos queda ahora sólo realizar aquellas recomendaciones o precisiones que entendemos, a nuestro humilde parecer, que ayudarían a perfeccionar el sistema vigente.

En primer lugar, entendemos que puede ser interesante la creación de un órgano administrativo independiente (como es, por ejemplo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), con facultades de inspección y, sobre todo, de sanción,

¹⁴⁹ Entendida como la actividad ejercida por los jueces.

¹⁵⁰ A quien en este trabajo hemos citado en numerosas ocasiones.

amén de autonomía con respecto al Banco de España, que fuera competente para asegurar una adecuada transparencia en los usos contractuales bancarios, y que realizasen tareas especializadas de asesoramiento financiero a los consumidores de manera gratuita. Este ente no podría componerse por personas que se dediquen al espectro político, ni podrían encontrarse afiliadas a ningún partido en el momento de su ejercicio. Su actuación quedaría sujeta exclusivamente a una comisión de seguimiento de actuaciones, sin posibilidad de elección de cargos por ningún otro ente administrativo, ni partido político, de tal manera que se verificase su imparcialidad e inexistencia de intereses contrapuestos. Sus miembros tampoco podrían formar parte de ningún consejo de administración de ningún ente bancario, con anterioridad al ejercicio de sus funciones. A su vez, deben consistir en personas con alta reputación profesional y, sobre todo, un marcado carácter ético que les permita actuar con la independencia e imparcialidad que este ámbito requiere.

En segundo lugar, se propone un mayor tecnicismo en la norma, ya que, entre su redacción farragosa en ocasiones, y la incomprensión que la misma genera en sus destinatarios, la misma sólo es apta para personas con nociones jurídicas. Esta práctica excluye a consumidores con un nivel medio de conocimientos, y debe poder adaptarse su comprensión a **cualquier consumidor interesado en consultar la legislación aplicable**.

En adición a lo anterior, se recomienda una unificación de la normativa, ya que la misma se encuentra muy dispersa. Asimismo, se entiende esencial la tarea de regular (como haría el Anteproyecto de Código Mercantil en su artículo 571 y siguientes) los contratos financieros, y dotarles de una mayor coherencia y armonización entre la normativa.

Por último, entendemos necesario la adecuada educación del consumidor en el ámbito financiero. Esto no quiere decir que se tengan que convertir a los consumidores en expertos del sector, sino, más bien, garantizar unos conocimientos mínimos e indispensables que les permita desenvolverse en el sector con relativa autonomía. Esta recomendación ya está recogida en la Directiva 2014/17/UE y la Ley 5/2019, aunque como no sabemos el impacto o eficacia que los planes de educación financiera están teniendo, vemos procedente recalcar tal necesidad, aunque sea a meros efectos de perfección de la actuación.

BIBLIOGRAFÍA EMPLEADA PARA LA REALIZACIÓN DEL TRABAJO.

I.- OBRAS DOCTRINALES DE CARÁCTER GENERAL.

Capítulo I.- Conceptos de “consumidor” y “contrato de préstamo bancario”.

Libros:

1.- NAVAS MARQUÉS, J.I./ ARANA NAVARRO, J., (2017) “Capítulo III. Concepto de consumidor y usuario de Servicios Financieros”, en *Tratado de Contratación de Derecho Bancario. Tomo I. Préstamos y garantías en derecho bancario. Derecho nacional y de la Unión Europea*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, págs. 61 a 82.

2.- MARTÍNEZ SANZ, F./ BROSETA PONT, M. (2018), “Capítulos 33 y 34. Los Contratos Bancarios (I): Las Entidades de Crédito, y Los contratos Bancarios (II)”, en *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, págs. 231 a 267.

3.- PULIDO BUGINES, J.L. (2017), “Lección 19ª. Los Contratos Bancarios”, en coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. / DÍAZ MORENO, A.: *Lecciones de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, págs. 563 a 595.

4.- NIETO CAROL, U., (2016): *Transparencia y Protección de la Clientela Bancaria*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.

5.- ROSILLO FAIRÉN, A. (2010): *La configuración del contrato de adhesión con consumidores*. Las Rozas (Madrid): La Ley.

6.- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (2019): *Apuntes de Derecho Mercantil*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, página 644.

Capítulo II.- Sistema de protección normativo en materia bancaria.

Libros:

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

2.- BEDNAZ, Z. (2019): *Breach of information Duties in the B2C E-Commerce: A comparative perspective*. Madrid: Marcial Pons.

3.- JULIAN LONBAY (1996): *Enhancing the legal position of the European consumer*. London: British Institute of International & Comparative Law.

4.- GERAIN T HOWELLS (2005): *Information Rights and obligations (A Challenge for Party Autonomy and Transactional Fairness)*. Farnham: Editorial ASHGATE.

5.- ADÁN DOMENECH, F. (2017): *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*, L'Hospitalet de Llobregat: Bosch, págs. 48 a 51.

6.- RUIZ-RICO RUIZ, J.M. (coord.) (2016): *Manual Básico de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, págs. 170 a 172.

7.- DÍAZ ALABART, S. (2016): *Manual de Derecho de Consumo*. Madrid: Editorial Reus.

8.- CASTILLO MARTÍNEZ, C. (2016): *Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamos garantizado con hipoteca*. Valencia: Tirant lo Blanch.

9.- MARTÍNEZ SANZ, F./ BROSETA PONT, M. (2018): *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, pág. 53.

10.- NIETO CAROL, U. (2016): *Transparencia y Protección de la Clientela Bancaria*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters.

11.- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2000): *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters.

12.- ORDUÑA MORENO, J. (2016): *Control de transparencia y contratación bancaria*. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 65 y siguientes.

13.- DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M.I. (2017): *El consentimiento en la contratación por adhesión: control de transparencia y Dolo in Contrahendo*. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 207 y siguientes.

14.- FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I. (2014): *Cláusulas abusivas en la contratación bancaria*. Hospitalet de Llobregat: Bosch, págs. 37 a 39.

15.- DÍAZ ALABART, S. (2015): *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios: (Directiva 2014/17/UE)*. Madrid: Editorial Reus, págs. 32 a 51 y 53 a 103.

16.- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2019): *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Artículos:

1.- MARTIN FUSTER, J. (2020): “La apreciación de oficio tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/19, de 28 de febrero de 2019”. *Revista de Derecho Privado*. Editorial Reus. En prensa. 2020.

2.- ADÁN DOMÉNECH F. (2018): “Deconstrucción del ordenamiento procesal español (Deconstructing the spanish procedural code)”. *JUSTICIA*, número 2, págs. 223-26.

3.- ARMENGOT VILAPLANA, A. (2018): “La incidencia de la doctrina del TJUE en los principios que informan el proceso civil”, *Revista General de Derecho Procesal*, número 44.

4.- ARROYO AMAYUELAS, E. (2018): “La política de préstamo responsable en la unión europea. en particular, la valoración del mérito crediticio”. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 149.

5.- ARROYO AMAYUELAS, E. (2018): “La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial”. *InDret*.

6.- ZUNZUNEGUI, F. (2013): “Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades bancarias”. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 129, págs. 35 a 76.

7.- ANDERSON, M. (2019): “La Ley de contratos de crédito inmobiliario: algunos claros, y muchas sombras”, *La Notaría*, Colegio de Notarios de Cataluña.

8.- MARÍN LÓPEZ, J. (2019): “Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario”. *Ars Iuris Salmanticensis*, Universidad de Salamanca.

Otros documentos:

1.- Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de fecha 21 de diciembre de 2006, número 225, Sesión plenaria nº 209. Consultado en la siguiente página: “http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/PL/PL_225.PDF”.

Capítulo III.- Cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios.

Libros:

1.- NAVAS MARQUÉS, J.I., y ARANA NAVARRO, J. (2017): *Tratado de Contratación de Derecho Bancario. Tomo I. Préstamos y garantías en derecho bancario. Derecho nacional y de la Unión Europea*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, págs. 165 a 185.

2.- ADÁN DOMENECH, F. (2017): *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*. Hospitalet de Llobregat: Bosch, págs. 109 a 129.

3.- VÁZQUEZ MUIÑA, T. (2018): *La nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia*. Madrid: Editorial Reus, págs. 67 a 128.

4.- ENRICH GUILLÉN, D., y ARANDA JURADO, M. (2019): *Los créditos revolving y los intereses usurarios*. Madrid: Wolters Kluwer, págs. 400 a 404.

5.- FERÁNDEZ DE SANASPLEDA, I. (coord.) (2014): *Cláusulas abusivas en la contratación bancaria*. Hospitalet de Llobregat: Bosch, págs. 107 a 119.

6.- CASTILLO MÁRTINEZ, C. (2016): *Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca*. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 244 a 284.

Artículos:

1.- CAÑIZARES LASO, A. (2016): “Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016”. *Revista de Derecho Civil*, Volumen III, núm. 4, págs. 103 a 123.

2.- GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (2020): “Las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos con garantía hipotecaria (reflexiones tras la STS de 11 de septiembre de 2019)”. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 157/2020, Thomson Reuters Aranzadi.

3.- RUIZ-RICO RUIZ, J.M., y ACEBES CORNEJO, R. (2017), en “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, Wolters Kluwer.

4.- MARTÍN FUSTER, J. (2020): “La usura y su apreciación de oficio”, *Actualidad Civil*, nº2, febrero de 2020, Wolters Kluwer.

Conclusiones.-

1.- PRIETO SANCHÍS, L. (2014): *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid: Editorial Trotta, págs. 83 a 93.

II.- ANEXO JURISPRUDENCIAL.

Capítulo 1.- Conceptos de “consumidor” y “contrato de préstamo bancario”.

TJUE:

1.- STJUE, de fecha 30 de mayo de 2013, asunto C-488/2011.

2.- STJUE, de fecha 23 de abril de 2015, asunto C-110/14.

Tribunal Supremo:

1.- STS de fecha 9 de febrero de 2017. Núm. Resolución: 78/2017. Núm. Recurso: 13/2015. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas.

2.- STS de fecha 10 de octubre de 2019. Núm. Resolución: 533/2019. Núm. Recurso: 1002/2017. Ponente: Pedro José Vela Torres.

3.- STS de fecha 3 de junio de 2019. Núm. Resolución: 307/2019. Núm. Recurso: 3958/2016. Ponente: Pedro José Vela Torres.

Capítulo II.- Sistema de protección normativo en materia bancaria.

TJUE:

- 1.- STJUE de fecha 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11.
- 2.- STJUE de fecha 24 de abril de 2012, asunto C-472/10.
- 3.- STJUE de fecha 14 de junio de 2012, asunto C-618/10.
- 4.- STJUE de fecha 9 de septiembre de 2004, asunto C-70/03.
- 5.- STJUE de fecha 26 de enero de 2017, asunto C-421/14.

Tribunal Supremo:

- 1.- STS de fecha 28 de mayo de 2018. Núm. Resolución: 314/2018. Núm. recurso: 1913/2015. Ponente: Pedro José Vela Torres.
- 2.- STS de fecha 25 de enero de 2019. Núm. Resolución: 57/2019. Núm. Recurso: 3416/2016. Ponente: Pedro José Vela Torres.
- 3.- STS de fecha 20 de enero de 2020. Núm. Resolución: 23/2020. Núm. Recurso: 1662/2017. Ponente: Juan María Díez Fraile.
- 4.- STS de fecha 24 de febrero de 2020. Núm. Resolución: 504/2020. Núm. Recurso: 3164/2017. Ponente: Pedro José Vela Torres.
- 5.- STS de fecha 8 de septiembre de 2014. Núm. Resolución: 464/2014. Núm. Recurso: 1217/2013. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno.
- 6.- STS de fecha 16 de octubre de 2019. Núm. Resolución: 546/2019. Núm. Recurso: 950/2017. Ponente: Eduardo Baena Ruiz.

Capítulo III.- Cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios.

TJUE:

- 1.- STJUE de fecha 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15.

- 2.- STJUE de fecha 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11.
- 3.- STJUE de fecha 26 de enero de 2017, asunto C-421/2014.
- 4.- STJUE de fecha 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18.
- 5.- STJUE de fecha 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13.
- 6.- STJUE de fecha 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16.

Tribunal Supremo:

- 1.- STS de fecha 9 de mayo de 2013. Núm. Resolución: 241/2013. Núm. Recurso: 485/2012. Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos.
- 2.- STS de fecha 8 de septiembre de 2014. Núm. Resolución: 464/2014. Núm. Recurso: 1217/2013. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno.
- 3.- STS de fecha 16 de diciembre de 2009. Núm. Resolución: 792/2009. Núm. Recurso: 2114/2005. Ponente: Jesús Eugenio Corbal Fernández.
- 4.- STS de fecha 12 de diciembre de 2008. Núm. Resolución: 1124/2008. Núm. Recurso: 2027/2003. Ponente: Román García Varela.
- 5.- STS de fecha 27 de marzo de 1999. Núm. Resolución: 265/1999. Núm. recurso: 2806/1994. Ponente: José Menéndez Hernández.
- 6.- STS de fecha 4 de junio de 2008. Núm. Resolución: 506/2008. Núm. Recurso: 731/2001. Ponente: José Almagro Nosete.
- 7.- STS de fecha 14 de noviembre de 2017. Núm. Resolución: 669/2017. Núm. Recurso: 1394/2016. Ponente: Pedro José Vela Torres.
- 8.- STS de fecha 22 de abril de 2015. Núm. Resolución: 265/2015. Núm. Recurso: 2351/2012. Ponente: Rafael Ariza Jimena.
- 9.- STS de fecha 18 de junio de 2012. Núm. Resolución: 406/2012. Núm. Recurso: 46/2010. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno.
- 10.- STS de fecha 2 de diciembre de 2014. Núm. Resolución: 677/2014. Núm. Recurso: 389/2012. Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno.
- 11.- STS de fecha 25 de noviembre de 2015. Núm. Resolución: 628/2015. Núm. Recurso: 2341/2013. Ponente: Rafael Sarazá Jimena.
- 12.- STS de fecha 4 de marzo de 2020. Núm. Resolución: 600/2020. Núm. Recurso: 4813/2019. Ponente: Rafael Sarazá Jimena.
- 13.- STS (Sala IIIª) de fecha 16 de octubre de 2018. Núm. Resolución: 1505/2008. Núm. Recurso: 5350/2017. Ponente: Jesús Cudero Blas.
- 14.- STS de fecha 23 de junio de 2008. Núm. resolución: 584/2008. Núm. Recurso: 3448/2000. Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel.

Audiencias Provinciales:

Ourense: SAP de Ourense, de fecha 12 de marzo de 2020. Núm. Resolución: 82/2020. Núm. Recurso: 397/2019. Ponente: María José González Movilla.

Palma de Mallorca: Auto de la AP de Palma de Mallorca, de fecha 21 de marzo de 2014. Núm Resolución: 59/2014. Núm. Recurso: 90/2014. Ponente: Mateo Lorenzo Ramon Homar.

San Sebastián: SAP de San Sebastián, de fecha 31 de marzo de 2017. Núm. Resolución: 102/2017. Núm. Recurso: 2267/2016. Ponente: Felipe Peñalba Otaduy.

Juzgado de Primera Instancia:

Las palmas: STJPI de fecha 20 de abril de 2020. Núm. Resolución: 582/2020. Núm. Recurso: 1089/2018. Ponente: Margarita Isabel Poveda Bernal.