

EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA Y SU RELACIÓN CON LA ABUSIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS INSERTAS EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

ÁNGEL PÉREZ GIL

GRADUADO EN DERECHO
UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

anperegi@unirioja.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA NORMATIVA PROTECTORA DE LOS CONSUMIDORES EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN Y EN LA CONTRATACIÓN BANCARIA. II.1. LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN: PREDISPONENTE Y ADHERENTE. II.2. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR, ¿Y LA DEL EMPRESARIO? II.3. CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN Y CLÁUSULA NO NEGOCIADA INDIVIDUALMENTE. II.4. MÁXIMO EXPONENTE EN LA CONTRATACIÓN BANCARIA: EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO (ELEMENTOS ESENCIALES VS ACCESORIOS). III. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN BANCARIA. III.1. CONTROL DE INCLUSIÓN O INCORPORACIÓN. III.2. CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL. IV. CONCEPTO DE CLÁUSULA ABUSIVA Y CONTROL DE CONTENIDO. V. OPERATIVIDAD EN LA APLICACIÓN PRÁCTICA. V.1. IRPH. V.2. HIPOTECAS MULTIDIVISA. VI. CONCLUSIONES. VII, REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. VIII. LISTADO DE JURISPRUDENCIA.

RESUMEN: El objetivo del presente trabajo busca tratar de analizar, desde una perspectiva tanto teórica como práctica, el funcionamiento del principio de transparencia en la contratación bancaria y cómo se ha desarrollado, principalmente, en las cláusulas abusivas insertas en el contrato de préstamo hipotecario. Este último es un tipo de contrato de adhesión, caracterizado por la predisposición e imposición de su clausulado por parte del empresario predisponente al adherente o aceptante, que puede provocar un desequilibrio de las partes ante la asimetría negociadora e informativa, debiendo analizar la posible existencia de cláusulas abusivas. Es por ello por lo que, a efectos de verificar el cumplimiento de los deberes de las entidades bancarias derivados de la normativa, este tema ha estado en el punto de mira del estudio jurídico a lo largo de los últimos años.

PALABRAS CLAVE: préstamo hipotecario, contratos de adhesión, principio de transparencia, cláusulas abusivas.

THE PRINCIPLE OF TRANSPARENCY AND ITS RELATIONSHIP WITH THE UNFAIRNESS OF CLAUSES INSERTED IN MORTGAGE LOANS

ABSTRACT: The objective of this work seeks to try to analyze, from a theoretical and practical perspective, the operation of the principle of transparency in banking contracting and how it has developed, mainly, in the unfairness clauses inserted in the mortgage loan contract. This is a type of adhesion contract, characterized by the predisposition and imposition of its clauses by the predisposing businessman to the adherent or acceptor, which can cause an imbalance between the parties due to the negotiating and information asymmetry, having to analyze the possible existence of unfair terms. This is why, in order to verify compliance with the duties of banking entities derived from the regulations, this issue has been in the focus of the legal study over the last few years.

KEY WORDS: mortgage loan, contracts of adhesion, principle of transparency, unfairness clauses.

I. Introducción

La proliferación del consumo de bienes y servicios a raíz de la globalización del mercado ha dado lugar a que la contratación en masa obtenga un gran protagonismo. No obstante, los contratos de adhesión, modelo contractual en el que se acuerdan este tipo de operaciones, menoscaban en ocasiones a la parte débil de la relación, al consumidor. Las grandes empresas, parte predominante en esta relación contractual, prerredactan e imponen en estos contratos un sistema de cláusulas sin mediar negociación por parte del cliente, quien únicamente puede aceptar el contenido del mismo, pero no podrá influir en la modificación del clausulado; es decir no existe una verdadera negociación contractual.

Esto provoca que la estructura negocial típica de los contratos regidos en nuestro sistema del Derecho de obligaciones y contratos sea insuficiente para proteger a los consumidores frente a los predisponentes. Por ello, el Derecho de consumo interviene como respaldo para el consumidor, garantizándole posibilidades de defensa frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.

En el sistema de contratación bancaria, esta protección se ve aumentada por la normativa sectorial, en la que se concretan los deberes de información del empresario, aunque, como veremos, no siempre son cumplidos por parte de las entidades bancarias. Esta serie de obligaciones pretenden que la asimetría relacional de las partes, tanto negociadora como informativa, no provoque comportamientos abusivos y se asegure el respeto de la buena fe por parte del empresario y la salvaguarda de los derechos y obligaciones del adherente.

Entra aquí un sistema de controles, de construcción normativa, doctrinal y jurisprudencial, que analizan la posible falta de transparencia y abusividad de las cláusulas. El primer filtro de transparencia es el control de incorporación o inclusión, el cual examina que las cláusulas se hayan insertado al contrato de modo transparente, desde el punto de vista formal, en el momento de contratación, garantizando al futuro prestatario el conocimiento y comprensión gramatical del clausulado e información relevante al respecto. En segundo lugar, encontramos el control de transparencia material, proveniente de la normativa europea, a través del cual se analiza si el consumidor conocía la carga económica y jurídica que iba a suponer la aceptación del contrato en su posición contractual, garantizando un conocimiento material del funcionamiento de las cláusulas que le permita decidir si adherirse o no al mismo con un verdadero conocimiento de causa.

Una vez se ha verificado si la cláusula supera o no el doble filtro de transparencia, se procede a analizar su carácter abusivo a través del control de contenido. Este control analiza si la actuación del empresario vulneró la buena fe contractual y provocó un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones del prestatario.

De este modo, si una cláusula se clasifica como elemento esencial del contrato, y supera el control de transparencia, no se podrá analizar su posible carácter abusivo a través de este control de contenido, la cláusula será válida. Y, en el caso de las cláusulas accesorias, estas pueden ser controladas a través de los tres controles en el orden mencionado, o bien acudiendo directamente al control de contenido sin evaluar su posible falta de transparencia.

Como veremos a lo largo del trabajo, la contratación bancaria ha sido una gran protagonista en el perfeccionamiento de los instrumentos del Derecho de consumo para la protección del consumidor, y ha provocado grandes debates doctrinales y jurisprudenciales debido a la ausencia de regulación completa del sistema de controles, el cual se encuentra disperso en diversas normas y provoca diversidad de opiniones interpretativas. Comprobaremos como incluso hasta hoy en día los pronunciamientos del TJUE dan lugar a que el principio de transparencia moldeado por nuestra jurisprudencia se siga afinando para armonizarlo con el dimanado de las normas europeas.

II. La normativa protectora de los consumidores en los contratos de adhesión y en la contratación bancaria

Para poder analizar la operatividad del principio de transparencia en la contratación bancaria, primero debemos introducir una serie de conceptos fundamentales que permitirán comprender con mayor precisión el desarrollo del presente tema.

II.1. Los contratos de adhesión: predisponente y adherente

Como ya adelantábamos, durante estas últimas décadas, de finales del siglo XX y principios del presente, el crecimiento económico y desarrollo social, aparejado al auge y evolución de las grandes empresas, ha ido provocando un aumento del consumo de los bienes y servicios, auspiciado por el perfeccionamiento de la contratación en masa. Hablamos de los llamados «contratos de adhesión», en cuya relación contractual intervienen dos partes, por un lado, el «predisponente», quien impone a la otra parte, el «adherente o aceptante», un compendio de cláusulas cerradas y prerredactadas, las denominadas «condiciones generales de la contratación» o «condiciones no negociadas individualmente»¹ (conceptos que se tratarán más adelante), para la adquisición de un bien o servicio (*e.g.* contratación de seguros, préstamos, servicios de energía, comercio electrónico, telecomunicaciones, etcétera).

Dependiendo de quién intervenga en esta relación contractual, hablaremos de «contratos B2C» (*Business to Consumer*), cuando el predisponente tenga la condición de «empresario», y el adherente la de «consumidor»; o, de «contratos B2B» (*Business to Business*), cuando ambas partes sean empresarios, sin reunir ninguno de ellos la condición de consumidor. La mayor parte del contenido de este trabajo está dirigido a los contratos B2C, los cuales actualmente gozan de una protección más amplia frente a la abusividad bancaria, a diferencia de los B2B cuyo ámbito de protección, como veremos, es más reducido. La problemática esencial de este tipo de contratos se encuentra en la

¹ DÍAZ ALABART, S., *Manual de Derecho de Consumo*, Reus, Madrid, 2016, pp. 7-17.

ausencia de negociación individual de las cláusulas insertas en los mismos, dado que, al contener un clausulado cerrado y prerredactado por el predisponente, al consumidor o adherente sólo le queda un único remedio, aceptar las condiciones tal y como son.

A la hora de definir el término «contrato de adhesión» la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) 274/2003, de 21 de marzo, nos proporcionó, en su Fundamento Jurídico (en adelante, FJ) 2º dos concepciones. Por un lado, la doctrinal:

es aquel en el que una de las partes establece un contenido prefijado, de tal modo que la conclusión del contrato no va precedida por una discusión del posible contenido del mismo por las partes contratantes. Las cláusulas no pueden ser más que pura y simplemente aceptadas, y si los interesados desean contratar, han de hacerlo aceptando el contenido que con carácter inmodificable se da al contrato.

Y, por otro, las distintas ofrecidas por la jurisprudencia:

aquel en que la esencia del contrato, y su cláusula, han sido predisuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que ésta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas ni modificarlas sino simplemente aceptar o no; se mantiene la libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato) pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente) - Sentencias 28 noviembre 1.997 y 13 noviembre 1.998-. Son los redactados únicamente por una de las partes y en los que a la otra solo le es permitido la manifestación de su aceptación o, eventualmente, de su rechazo -S. 27 julio 1.999-. No obsta que la reglamentación la hubiere redactado o confeccionado una de las partes, porque esta circunstancia no hace desaparecer el carácter y naturaleza contractual del negocio convenido libremente, pues lo relevante es si aquella reglamentación se alcanzó con total libertad de obrar y decidir -S. 30 mayo 1.998-.

En resumidas cuentas, en los contratos de adhesión, una de las partes, el predisponente u oferente, posee el denominado «poder de predisposición», donde, a su propia voluntad, redacta e integra un clausulado unilateralmente (buscando su propio beneficio), de modo que el adherente sólo puede aceptar el mismo o rechazarlo, desapareciendo el carácter negocial de los contratos típicos de nuestro Derecho dispositivo, y derivando en la consecuente necesidad de añadir una vía de regulación diferente a las previsiones ya existentes². En este modelo contractual, como expone la doctrina anglosajona³, las prestaciones se presentan sobre la base del *take it or leave it* (o lo tomas, o lo dejas), aunque, pese a esta limitación, los adherentes pueden recurrir a diferentes opciones dentro del competitivo mercado (también limitadas por una oferta de características similares).

Los motivos de la popularidad de los contratos de adhesión se originan en la coordinación administrativa del mercado, en busca de reducir costes ante la alta demanda por parte de los consumidores, donde la pretensión del redactor del contrato es cubrir a su cliente (empresario predisponente) de cualquier posible perjuicio, y donde la negociación individual no resulta rentable para las empresas ante el elevado nivel de contratos emitidos. Rakoff expone también cuál es una de

² GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J. y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos de adhesión y la contratación electrónica”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.) *Tratado de Contratos*, vol. 2, edición 2ª, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1791.

³ RAKOFF, T.D., “Contracts of Adhesion, An Essay in Reconstruction”, *Harvard Law Review*, vol. 96, nº 6, 1983. Traducido al castellano por PALACIOS LLERAS, A. en *Rev. de Derecho Privado*, núm. 37, diciembre de 2006, Universidad de Los Andes p. 5.

las razones de la poca (o a veces nula) capacidad de negociación frente a este tipo de contratos, la cual se basa en que si el cliente quisiese negociar los términos del mismo se encontrará ante una estructura jerárquica empresarial de trabajadores, en la que tendrá que penetrar en busca de un ápice de posibilidad de negociación, donde la respuesta que, probablemente, encontrará, será la de “no podemos hacer una excepción por un cliente”⁴.

Resulta a su vez de especial relevancia para iniciar este tema, como señala Orduña⁵, mencionar la diferenciación que nuestro Alto Tribunal dio a la contratación bajo condiciones generales, frente a los contratos típicos regulados por el Código Civil, basados en el principio de autonomía de la voluntad de las partes y el principio de *pacta sunt servanda* (arts. 1255 y 1091 CC respectivamente) que fundan la estructura negocial y la libertad e igualdad de las partes. Esto es, el Tribunal Supremo, en su Sentencia 464/2014, de 8 de septiembre, en su Fundamento de Derecho segundo asentó la siguiente doctrina:

la contratación bajo condiciones generales, por su naturaleza y función, tiene una marcada finalidad de configurar su ámbito contractual y, con ello, de incidir en un importante sector del tráfico patrimonial, de forma que conceptualmente debe precisarse que dicha práctica negocial constituye un auténtico modo de contratar claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado por nuestro Código Civil, con un régimen y presupuesto causal propio y específico que hace descansar su eficacia última, no tanto en la estructura negocial del consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden al equilibrio prestacional y a la comprensibilidad real de la reglamentación predispuesta, en sí misma considerada.

Origen de todo ello lo encontramos en la ordenación del mercado europeo, la cual ha estado regida por una serie de principios fundacionales y funcionales, a efectos de organizar el tráfico entre los operadores de nuestro espacio económico. Hablamos, principalmente, del «principio de libertad económica», cuyas consecuencias inmediatas son las reglas básicas de «libertad de mercado», «libertad de empresa», «libre concurrencia económica» y «libertad de contratación», recogidas en los arts. 26, 28, 49 y 120 del TFUE y art. 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.⁶

En este sentido, la permisibilidad de la libertad económica puede acabar originando perjuicios para los consumidores contratantes en el marco de estas operaciones de adhesión, puesto que, la problemática que producen estos contratos se basa en el desequilibrio de información y de posición negociadora de las partes, que deja al aceptante en una situación de inferioridad respecto al empresario, como veremos. Así lo ha repetido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en numerosas ocasiones⁷: "el consumidor se halla en una situación de inferioridad respecto al profesional

⁴ RAKOFF, *op. cit.*, pp. 32-37.

⁵ ORDUÑA MORENO, F. J., *Derecho de Consumo y correcto funcionamiento de los mercados*, Tirant Lo Blanch, 2023, 1ª edición, pp. 27-42. Para este, así como los subsiguientes párrafos de este apartado, nos remitimos a tales páginas de la obra del autor.

⁶ ORDUÑA MORENO, *op. cit.*, pp. 37-42.

⁷ Véase SSTJUE de 27 de junio de 2000, asuntos acumulados C-240/98 a C244/98, (c. *Océano Grupo Editorial, S.A. y otros*) (§25), de 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05 (c. *Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium, S.L.*) (§25), 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08 (c. *Asturcom Telecomunicaciones, S.L., v. Cristina Rodríguez Nogueira*), (§29), 14 de junio de 2012, asunto C-618/10 (c. *Banco Español de Crédito, S.A., v. Joaquín Calderón Camino*), (§39), 21 de febrero de 2013, asunto C-472/11 (c. *Banif Plus Bank Zrt v. Csaba Csipai y Viktória Csipai*), (§19), 30 de mayo de 2013, asunto C-604/11 (c. *Genil 48 SL y Comercial HGV SL v. Bankinter SA y Banco Bilbao Vizcaya*), (§31), 15 de enero de 2015, asunto C-537/13 (c. *Birtù Šiba v. Arūnas Devėnas*), (§22), entre otras.

en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido éstas”. De modo que el establecimiento de un régimen especial de protección de los consumidores encuentra aquí su cometido, poniendo límites a la libertad económica y tratando de protegerlos ante esta asimetría negociadora e informativa⁸, naciendo así las políticas en defensa de los consumidores, las cuales conforman lo que conocemos como «Derecho de Consumo».

Por este motivo, otro de los principios esenciales que se han ponderar en este sector es el «principio de protección de los consumidores», con competencia reconocida en el art. 4.2.f) del TFUE, que comparten la Unión Europea y los Estados miembros, siendo un ámbito específico que ha de ser tenido en cuenta en las políticas y acciones sociales y económicas de la Unión (arts. 12 y 169 TFUE⁹), en aras de garantizar un alto nivel de protección (art. 38 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁰).

Asentada ya la conclusión de que este tipo contractual se ha de analizar desde un prisma normativo más amplio que el del Derecho general de los contratos, todo esto nos lleva a exponer que las dos normas nacionales esenciales que lo componen son la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC), y el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU). No obstante, debemos señalar también una norma europea de vital importancia en el presente tema, a la que se acudirá en apartados posteriores; hablamos de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, Directiva 93/13/CEE).

II.2. La protección del consumidor, ¿y la del empresario?

II.2.1. Noción de consumidor

Como ya se ha adelantado, en el siglo XX, ante la masificación de la producción e intercambio de bienes y servicios, así como debido al crecimiento económico y empresarial, el Derecho de consumo se potencia para hacer frente a la desprotección del consumidor frente a los problemas que pueden ocasionar los principios de libertad económica, que ponen a éste en una situación de

Este alegato se sigue repitiendo hasta la actualidad, en SSTJUE más recientes como las de 8 de junio de 2023, asunto C-570/21 (c. *I. S., K. S. e YYY. S.A.*) (§35), y 21 de diciembre de 2023, asuntos acumulados C-38/21, C-47/21 y C-232/21 (c. *v. BMW Bank GmbH; v. C. Bank AG; y v. Volkswagen Bank GmbH y Audi Bank*, respectivamente) (§259).

Toda la jurisprudencia utilizada en este trabajo se encuentra citada al completo en el apartado de “Listado de jurisprudencia” del final de la obra.

⁸ MORENO GARCÍA, L., *Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal*, Tirant lo Blanch, 2019, Valencia, pp. 57-61.

⁹ Este último precepto establece la base jurídica de protección de las políticas europeas en el marco de los derechos e intereses de los consumidores, garantizándoles un alto nivel de protección en lo que respecta a materias como la salud, seguridad, intereses, promoviendo, además, los derechos de los que disponen (información, educación, y organización para la salvaguarda de sus intereses). En este sentido, el artículo opera como base mínima de protección, a partir de la cual cada Estado miembro podrá ampliar mediante las medidas pertinentes (ex. apartado 4º del art.). Todo esto nos lleva a concluir que la protección de los consumidores compone un eje fundamental en las políticas de la Unión, en busca de preservar sus derechos e intereses ante las posibles injerencias que pueda tener en ellos el libre mercado.

¹⁰ También nuestra Constitución Española de 1978, en su art. 51, contiene un principio rector para los poderes públicos en defensa y protección de los consumidores y usuarios.

inferioridad frente a las grandes empresas. Dicho de otro modo, en España también cobra especial relevancia a tal efecto el principio rector de protección de los consumidores, denominado «principio pro consumidor»¹¹, el cual proviene del art. 51 CE y de la normativa de dicha materia.

Una de las características principales del Derecho de consumo es su imperatividad para el empresario (art. 10 del TRLGDCU) por la que, bajo el principio de irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor, este primero no puede introducir cláusulas por las que el consumidor renuncie de forma previa a sus derechos. No obstante, dicha imperatividad es disponible, pudiendo éste únicamente separarse de la norma en busca de una condición más beneficiosa¹².

El concepto de «consumidor» en nuestro ordenamiento jurídico, ha pasado por diferentes etapas evolutivas¹³ hasta llegar al presente art. 3 del TRLGDCU. Encontramos una primera definición en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LGDCU), en su art. 1.2: “son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”, concepto que, como vemos, no sólo englobaba a las personas físicas sino también a las jurídicas, siempre que sean «destinatarios finales». No obstante, no tendrían tal consideración aquellos que, “sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros” (ap. 3 del citado artículo).

La visualización gráfica de este primer concepto de consumidor o usuario se comprende mejor exponiendo la cadena productiva de comercialización, donde el primer eslabón elabora un producto con el fin de comercialarlo (por sí mismo o a través de un tercero), que posteriormente llegará a manos de un destinatario final, el cual lo adquirirá, disfrutará o utilizará al final de la cadena, desapareciendo con él la continuación de la comercialización, y adquiriendo la condición de consumidor.

Este concepto se moduló a partir de 2007 con la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, donde en su art. 3 reduce la anterior conceptualización, pero con ciertos matices: “son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”. Se abandona el criterio de destinatario final de los bienes y servicios, y se da paso al de «actuación en un ámbito ajeno al de su actividad empresarial o profesional» (siendo este el criterio que se utiliza actualmente). Esta es la conceptualización que se le ha otorgado también en las directivas europeas (aunque no concebían que una persona jurídica pudiese llegar a tener tal condición), véase la Directiva

¹¹ PANIAGUA ZURERA, M. y MIRANDA SERRANO, L. (dir.), “La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción del derecho de los consumidores”, en *Derecho (privado) de los consumidores* (pp. 26-33). Marcial Pons, Madrid, 2012.

¹² SANTOS MORÓN, M. J., y MATO PACÍN, M. N. (coord.), “El derecho de consumo y el consumidor”, en *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencial actual*. Tecnos, Madrid, 2022, p. 19.

¹³ CÁMARA LAPUENTE S., “Artículo 3. Conceptos de consumidor y usuario y de persona consumidora vulnerable” en CAÑIZARES LASO, A. (coord.) *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*. Tirant lo Blanch, 2022, pp. 104-106. También se pueden encontrar (pero desactualizado, al ser una obra del año 2019) en PÉREZ NEVOT, J. A., “El concepto de consumidor”, en CASTILLO MARTÍNEZ, M. C. (dir) y FORTEA GORBE, J. L. (coord.) *Jurisprudencia sobre Hipotecas y Contratos Bancarios y Financieros*. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 73-74.

93/13/CEE, en su art. 2. b): “«consumidor»: toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad”.

La siguiente etapa, surgió con la modificación del mencionado TRLGDCU, en 2014, con la entrada en vigor de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, modificando el art. 3: “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”. En estas últimas modificaciones, la distinción esencial radica¹⁴ en que, el requisito (para la adquisición de la condición) se cumplirá cuando la actuación sea ajena a la actividad comercial, empresarial u profesional de la persona física. De modo que, una persona jurídica o entidad sin personalidad jurídica, podrá reunir tal condición si actuase, además, sin ánimo de lucro.

La última de las etapas se inició en 2021, con la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, el cual añadió al precepto un segundo apartado incluyendo un nuevo concepto, el de «persona consumidora vulnerable». Este concepto, como apunta Cámara¹⁵, surgió para ofrecer una protección más concreta a ciertas personas físicas (ya sea individuales o colectivas) que por sus características (personales, económicas, educativas o sociales) se encontrasen en una situación especial de subordinación, indefensión o desprotección que les impidiese el ejercicio de sus derechos del mismo modo que un «consumidor medio» (aquel normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz).

En este sentido, resulta ilustrativo¹⁶ el resumen proporcionado por la STS 8/2018, de 10 de enero, en su FD 3º, donde expone que la interpretación del concepto del consumidor en la jurisprudencia del TJUE ha evolucionado desde una concepción restrictiva, hacia una más abierta:

En la fase inicial, la jurisprudencia comunitaria interpretó el concepto de consumidor de forma limitada, por ejemplo en las SSTJCE de 14 de marzo de 1991 (asunto *di Pinto*), o de 17 de marzo de 1998 (asunto *Dietzinger*, sobre un contrato de fianza concluido por un particular para garantizar la devolución de un préstamo para una finalidad empresarial ajena), en las que distinguía según el destino final de los bienes o servicios fuera el consumo privado o su aplicación a actividades profesionales o comerciales. Y así, en la STJCE de 3 de julio de 1997, asunto *Benincasa*, se indicó expresamente que el concepto de consumidor «debe interpretarse de forma restrictiva...pues cuando una persona celebra un contrato para usos relacionados con su actividad profesional debe considerarse que aquella se encuentra en igualdad de condiciones con su co-contratante». Doctrina reiterada en la STJCE de 20 de enero de 2005, asunto *Gruber*.

No obstante, en los últimos tiempos el TJUE ha hecho una interpretación más flexible del concepto de consumidor, sobre todo cuando se trata de aplicar la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Así, la STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14 (caso *Costea*) objetiva el concepto de consumidor, al poner el foco en el ámbito no profesional de la operación. Posición reiterada

¹⁴ SANTOS MORÓN y MATO PACÍN *op. cit.* p. 23.

¹⁵ CÁMARA LAPUENTE (2022), *op. cit.* p. 120-155.

¹⁶ PÉREZ NEVOT *op. cit.*, pp. 73-97.

en los autos de 19 de noviembre de 2015 (asunto C-74/15, Tarcău), 14 de septiembre de 2016 (asunto C-534/15, Dimitras) y 27 de abril de 2017 (asunto C-535/16, Bachman).¹⁷

Esto deriva igualmente en una última cuestión, en determinar el criterio temporal que ha de tenerse en cuenta para interpretar si la parte contractual tiene o no la condición de consumidor. En la STS de 10 de enero de 2018 referenciada, se explica que la nueva redacción del art. 3 TRLGDCU ya no tiene en cuenta el destino final del bien o servicio, sino el *momento de celebración* del contrato en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, siendo este último criterio temporal utilizado para determinarlo.

II.2.2. Personas físicas, jurídicas y entes sin personalidad jurídica

Conforme a la normativa vigente (art. 3 TRLGDCU), la condición de consumidor se puede adquirir actuando tanto como persona física, o como persona jurídica o ente sin personalidad jurídica (y no exista ánimo de lucro en tal actuación), siempre que se actúe con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional.

La inclusión de las personas jurídicas y entes sin personalidad jurídica en el ámbito de protección del TRLGDCU, se trata de una novedad de nuestra normativa de Derecho de consumo respecto a la europea. Encontrando en el párrafo 2º del art. 3.1 los requisitos para ello, por lo que, serán también consumidores aquellos que (i) actúan sin «ánimo de lucro» (ii) en un «ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial» (este primer criterio, como veremos, opera de una forma distinta para las personas físicas). Aunque, si una persona jurídica actuase en calidad de profesional o empresario, realizando actos de «consumo empresarial», no podrá gozar de la condición de consumidor¹⁸, por lo tanto, en el caso de las sociedades mercantiles, no podrán obtener dicha condición, puesto que su actuación en todo momento busca el ánimo de lucro, dado su carácter mercantil.

El análisis que se realiza, por tanto, el criterio utilizado a la hora de valorar si se adquiere la condición o no de «consumidor» es objetivo, es decir, su nivel de conocimientos o experiencia en los temas objeto de contratación resulta irrelevante, siempre que se actúe en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional. De igual manera, como expone el TJUE en su Sentencia de 25 de enero de 2018, asunto C-498/16 (c. *Maximilian Schrems v. Facebook LL.*), la interpretación de tal condición ha de ser restrictiva y objetiva, de modo que lo que se analiza es la posición de la persona

¹⁷ En la STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14 (c. *Horațiu Ovidiu Costea v. SC Volksbank România SA*), se enjuició un supuesto en el que, el Sr. Costea, abogado de profesión, suscribió un contrato de crédito con una entidad, el cual hipotecó con un inmueble perteneciente a su bufete profesional, y, además, lo suscribió en parte como persona física, y en parte como representante del bufete. No obstante, en el momento de celebración del contrato, no se especificó el destino del crédito. Por lo tanto, el Tribunal falló declarando que, en este tipo de supuestos, si el crédito no está vinculado a su actividad profesional, el Sr. Costea tenía la condición de consumidor, independientemente de que el bien hipotecado fuese un bufete profesional, puesto que, según los hechos iniciales remitidos al Tribunal, se desconocía el destino del crédito; estando, por tanto, en posición de inferioridad respecto a la entidad bancaria.

¹⁸ Cámara Lapuente califica como actos de «consumo empresarial» aquellos contratos celebrados dentro del marco de la propia actividad empresarial, véase jurisprudencialmente, constitución de préstamos para financiar una licencia de taxi; o para adquirir un local para su oficina, negocio o industria; o para refinanciar deudas de su actividad mercantil; o para adquirir parte del capital social de una mercantil, etcétera. Para este párrafo y el siguiente, CÁMARA LAPUENTE (2022), *op. cit.*, pp. 120 y 121.

De modo que quedan fuera de la condición de consumidor, los contratos típicamente mercantiles celebrados entre empresarios o profesionales; los celebrados en calidad de empresario o profesional; y los actos o contratos realizados para garantizar una mejor organización empresarial, o contratos de bienes o servicios destinados al proceso de producción, o en procesos de comercialización, o para la prestación de servicios a terceros.

en el contrato determinado y la naturaleza y finalidad de éste, y no la situación subjetiva de cada individuo, pudiendo una misma persona considerarse consumidor respecto de unas operaciones y operador económico respecto a otras¹⁹.

II.2.3. Ejemplo del alcance protector: el consumidor inversor

Como se ha mencionado anteriormente, en la nueva redacción dada en el año 2007 al art. 3 del TRLGDCU, se estableció que el ánimo de lucro en la operación sólo se tendría en cuenta a la hora de analizar la condición de consumidor de las personas jurídicas o entes sin personalidad jurídica.

En el caso de las personas físicas es indiferente (en parte) el ánimo de lucro para determinar su condición. En el sentido de que, si la persona física se dedica plena y exclusivamente a esa actividad por la que contrata, y obtiene de ella una fuente regular de ingresos (siendo su principal actividad declarada), ahí la apreciación del ánimo de lucro está directamente relacionada con la apreciación de la actuación en un ámbito propio empresarial o profesional; consecuentemente, no será consumidor.

Ahora bien, un ejemplo reiterado para analizar esta cuestión es el del consumidor inversor²⁰, sirviendo como muestra la STS 16/2017, de 16 de enero²¹, cuyo FJ 4º lleva precisamente por título “[e]l ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física”. Supuesto en el que Dña. Milagrosa suscribe un contrato con una empresa, por el que adquiere un derecho vacacional anual (aunque luego se concluyó que lo que realmente contrataba era un aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico). Lo realmente importante de este caso es que el Alto Tribunal, sirviéndose de jurisprudencia del TJUE a efectos interpretativos²², argumentó que, como realmente esta actividad no la realizaba regularmente (aun pudiendo lucrarse con el traspaso o reventa de sus derechos)²³, no se podía excluir su condición de consumidora, actuando, por lo tanto, en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional.

¹⁹ La STJUE de 3 de julio de 1997, asunto C-269/95 (c. *Francesco Benincasa v. Dentalkit s.r.l.*), consideró que Francesco Benincasa, quien suscribió un contrato de franquicia con Dentalkit, para la apertura de un establecimiento futuro, no reunía la condición de consumidor, puesto que, el carácter futuro de una actividad no afecta a la naturaleza profesional del individuo, determinándose igualmente que, el objeto del contrato, era una actividad profesional, y no iba destinado a satisfacer las propias necesidades del consumo privado del individuo.

²⁰ CÁMARA LAPUENTE (2022) *op. cit.* pp. 120-155, también SANTOS MORÓN y MATO PACÍN, 2022, *op. cit.* pp. 27 y 28, y PÉREZ NEVOT *op. cit.*, pp. 73-97, entre otros.

²¹ Criterio reiterado en diversas ocasiones en otras resoluciones como las SSTS 195/2018, de 6 de abril, 694/2018, de 11 de diciembre, y 857/2021, de 10 de diciembre, entre otras.

²² La cuestión sobre el «consumidor inversor» ya ha sido tratada de forma previa, en las Sentencias del TJUE 25 de octubre de 2005, asunto C-350/03 (c. *E. y W. Schulte v. Deutsche Bausparkasse Badenia AG*), sobre el derecho de revocación del consumidor en contratos de préstamo para financiar una operación de inversión, y 10 de abril de 2008, asunto C-412/06 (c. *Annelore Hamilton y Volksbank Filder eG*), sobre el derecho de desistimiento en contratos de crédito suscrito por, una persona física, en este caso, para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria. De igual modo sirve como ejemplo la citada STJUE de 2 de abril de 2020 (c. *Reliantco*).

²³ En cuanto al criterio de la regularidad, cabe destacar, entre otras, las Sentencias del TJUE 10 de diciembre de 2020, asunto C-774/19 (c. *A. B., B. B. v. Personal Exchange International Limited*) (§§ 43, 46 y 49) y 4 de octubre de 2018, asunto C-105/17 (c. *Komisija za zaštitu na potrobitelšte v. Evelina Kamenova*) (§§ 38 y 39) donde se señala que la regularidad en la actuación puede ser un criterio determinante para calificar una actuación como profesional, pero que por sí sólo no priva a la persona de obtener la condición de consumidor, sino que habrá que atender a más elementos determinantes para analizar el tipo de actuación.

Continuando en el ámbito financiero, encontramos también la STJUE de 2 de abril de 2020, asunto C-500/18 (c. *AU v. Reliantco Investments LTD*)²⁴, donde se analiza el supuesto en el que, una persona física abrió una cuenta en una plataforma de inversión en línea, para comercializar productos financieros (concretamente Contratos Financieros por Diferencias [CFD]). En ella, recalcó el Tribunal que la condición de «cliente minorista» no es óbice para determinar la condición de consumidor, y, que, incluso en este caso, si la persona adquirió tales productos al margen de su actividad empresarial o profesional, es indiferente el elevado número de operaciones efectuadas en un breve período de tiempo, o la suma cuantiosa de las mismas, de modo que, si se cumple la nota esencial de la actuación en un ámbito ajeno, se podrá obtener la condición de consumidor²⁵.

II.2.4. ¿qué ocurre con el empresario adherente en los contratos *b2b*?

Según el art. 4 del TRLGDCU, se considera empresario a toda persona física o jurídica, privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. La exclusión de la protección como consumidor a los empresarios, en los contratos *B2B*, aun cuando nos encontremos en el marco de un contrato de adhesión con cláusulas predisuestas, conlleva, en el ámbito de las cláusulas abusivas, a que la posible abusividad de las cláusulas no se analice a través de los controles de transparencia material y contenido (que sí operan en los *B2C*), debiendo acudir únicamente a la vía del control de incorporación proveniente de la LCGC²⁶.

En este sentido, diversas son las SSTs que han negado la consideración de consumidor a distintos empresarios. Entre ellas, véase la STS 963/2005, de 15 de diciembre (FD 2º), negó a un empresario la aplicación de la normativa de consumo, en el marco de un contrato de suministro eléctrico con otro empresario, porque el destino de dicho servicio fue para “*consumo industrial, esto es, incorporarla a la explotación de su negocio*”, sirviéndose como base del criterio interpretativo el art. 3 de la entonces vigente LGDCU, y del criterio ya mencionado del destinatario final y el ánimo de lucro. También la STS 246/2014, de 28 de mayo (FD 2º), donde se niega la condición de consumidor a un abogado, quien suscribió un contrato de compraventa destinado a la adquisición de un local donde constituiría su despacho profesional²⁷. O, la STS 227/2015, de 30 de abril, en la que también se le negó a un particular que se dedicaba habitualmente a la compraventa de viviendas para revenderlas, encontrándose fuera de la protección de la normativa de los consumidores (FD 7º).

²⁴ VAQUERO LÓPEZ, C., “Mercados financieros *on line* y protección procesal de los consumidores, cuestiones de competencia judicial internacional a la luz de la decisión del TJUE en el asunto *Reliantco Investments*” (pp. 3 y 4), en *Rev. De Estudios Europeos* nº 78, 2021, Universidad de Valladolid.

²⁵ Mismo trato recibe el caso *Petruchová*, de la STJUE de 3 de octubre de 2019, asunto C-208/18 (c. *Jana Petruchová v. FIBO Group Holdings Limited*), quien operaba en una plataforma de inversión y obtenía grandes beneficios. Incluso en este caso, independientemente de la asiduidad, riesgos, conocimientos, y altos niveles de cuantía de las operaciones, se considera igualmente que se ha de estar a si dicho contrato se celebró o no en el marco de una actividad profesional o empresarial de dicha persona.

²⁶ Esto se debe a que, los dos primeros controles mencionados (contenido y transparencia material) provienen de la normativa de protección de los consumidores (TRLGDCU y Directiva 93/13/CEE), no aplicable a los empresarios cuando no reúnen la condición de consumidor. En cambio, el control de incorporación proviene de la LCGC, que sí se aplica a los contratos *B2B* cuando nos encontremos ante condiciones generales de la contratación.

²⁷ En similar sentido, y sirviéndose de tal fundamentación, véase la STS 316/2016, de 3 de junio, en la que se niega la condición de consumidor a una persona que adquirió un local para instalar una oficina de farmacia, debiéndose aplicar como control, para enjuiciar la abusividad de las cláusulas, el control de incorporación únicamente, como hemos mencionado.

En resumidas cuentas, nuestro Tribunal Supremo ha rechazado equilibrar los controles de abusividad operantes en la normativa de consumo a los de los contratos *B2B*, así asentó su doctrina en la Sentencia 367/2016, de 3 de junio. No obstante, esto no es del todo imposible de conseguir, ya que una interpretación extensiva de los arts. 5 de la LCGC y 80.1 y 63 del TRLGDCU, podría derivar en que el control de incorporación (el único aplicable a los contratos *B2B*) ampliase su alcance reconduciéndolo a efectos de abarcar los restantes controles, y permitir así (sin necesidad de modificar la normativa) equiparar este nivel de protección.²⁸

Este tema resulta un tanto controvertido, puesto que todo el régimen que veremos, relativo a la transparencia material, queda inaplicable a los contratos entre empresarios, en los que no se tiene en cuenta que hablemos de grandes empresas, pymes o pequeños empresarios actuando como persona física. Sin ambages, todo queda en un régimen cicatero para un mercado prolifero y con un gran potencial de construcción normativa de defensa de los empresarios frente a operaciones en masa de contratación con cláusulas predispuestas, que tampoco son negociadas individualmente, y que tampoco son de inmaculada abusividad, quedando únicamente como marco normativo la LCGC (con limitado alcance protector, acortado por la inaplicación del TRLGDCU), y las reglas del Derecho de las obligaciones y contratos en general de nuestro CC (que, junto al Código de Comercio, también resultan insuficientes en este ámbito).²⁹

II.3. Condición general de la contratación y cláusula no negociada individualmente

Como ya se ha adelantado, en los contratos de adhesión, el predisponente incluye una serie de cláusulas que pueden tener la consideración de «condición general de la contratación» o de «cláusula no negociada individualmente», conceptos muy similares, pero que, como veremos, dotados

²⁸ Sirva como cita para todos los párrafos de este apartado CÁMARA LAPUENTE, S., “Control de cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios”, en *Almacén de Derecho*, 2017. Disponible en: <https://almacenederecho.org/control-clausulas-predispuestas-contratos-empresarios>. En palabras del autor, “para conseguir su plena aplicación a estos contratos no sería preciso un cambio legislativo, sino que bastaría con que el Tribunal Supremo recalificase la naturaleza jurídica de ese control, que él mismo equiparó a un control material o de contenido con abusividad directa de la cláusula no transparente, y lo engastase dentro del control de incorporación que sí es aplicable por efecto de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) tanto a contratos en los que el adherente es un consumidor como a aquellos que es el adherente es un empresario.”.

Véase también SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., “Cláusulas suelo en préstamos con no consumidores: control de transparencia vs. buena fe”, en *Revista de Derecho Civil* n° 4, vol. III, 2016, pp. 89-91; disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5764553>. En especial, p. 99: “[e]s en la condición de adherente y no en la condición de consumidor o empresario donde entiendo debía haberse centrado el Tribunal Supremo a la hora de sentar su doctrina acerca del control de las cláusulas suelo. Y a esa condición de adherente (sea consumidor o no) atiende una norma concreta, cual es la LCGC, quien ya en su exposición de motivos advierte de que las cláusulas generales en contratos con empresarios también pueden (y deben) ser objeto de control para evitar situaciones abusivas. En consecuencia, tanto consumidores como empresarios deben ser objeto de protección como parte «débil» del contrato de adhesión en el que se produzcan desequilibrios prestacionales y frustración de las legítimas expectativas representadas al prestar el consentimiento y firmar el contrato.”

²⁹ A mayor abundamiento en defensa de esta tesis, de ampliación de la protección y aplicación de los distintos controles de enjuiciamiento de la abusividad también a los contratos entre empresarios, véase MATO PACÍN, N., “Cláusulas abusivas y empresario adherente”, *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2017; p. 33: “a diferencia de lo previsto por la legislación española actual, los problemas de abusos por parte del predisponente en contratos de adhesión no son exclusivos de los contratos de consumo”.

de un diferente nivel de protección³⁰. Para poder determinar cuándo estamos ante uno u otro concepto, no se atiende a la condición de consumidor sino a la de adherente, es decir:

- «Condición general de la contratación»: se trata de cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato ha sido impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. Esta definición proviene del art. 1.1 de la LCGC, norma aplicable tanto a los contratos B2C como a los B2B, tal y como se dispone en el art. 2.3. A tenor del mismo, puede ser adherente tanto un consumidor como un profesional.
- «Cláusula no negociada individualmente»: este segundo concepto tiene una mayor protección que el anterior, aunque tenga similar origen, ya que, como hemos visto, a este tipo de cláusulas, no sólo les es de aplicación la LCGC sino también el TRLGDCU, porque el adherente gozará de la condición de consumidor. Es decir, hablamos también de cláusulas prerredactadas e impuestas por una de las partes, que se denominarán como tal independientemente de que hayan sido redactadas para una multiplicidad de contratos, pero que quedan protegidas tanto por el TRLGDCU (art. 80.1) así como por la Directiva 93/13/CEE (art. 3)³¹.

Una vez conocida esta distinción conceptual, podemos responder a la pregunta de ¿qué requisitos deberá reunir una cláusula para que sea considerada como condición general de la contratación (o, en igual sentido, como hemos visto, cláusula no negociada individualmente)? El Tribunal Supremo en su Sentencia 241/2013, de 9 de mayo en su FD 7º interpretó que debían ser los siguientes³²:

- a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión. En este sentido, el carácter contractual y no normativo de estas cláusulas deriva de que éstas no han sido objeto de obligación por el legislador, sino que han sido elaboradas por una parte a efectos de la adhesión por la otra, convergiendo los caracteres básicos contractuales del art. 1261 CC (consentimiento, objeto y causa).
- b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. Como prevé el art. 5 de la LCGC, el destino de estas cláusulas no es la incorporación a un contrato ya celebrado, sino que son elaboradas con el fin de que formen parte de futuros contratos, habiendo cumplido previamente los requisitos de incorporación de tal precepto. De modo que, ante esta predisposición, el predisponente también tendrá que cargar con las consecuencias derivadas de la falta de transparencia de la cláusula, como veremos. Existe, además, una presunción *iuris tantum*, en

³⁰ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F, "Los contratos de adhesión y la contratación electrónica", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Tratado de contratos*, tomo II, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1981-2000.

³¹ La definición de este concepto únicamente la encontramos en la Directiva, siendo estas cláusulas aquellas que han sido redactadas previamente y en las que el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión (art. 3.2). Sin embargo, en la normativa española (TRLGDCU) no se incluyó nunca una definición semejante o que desarrollase la misma, desafortunadamente.

³² Para los siguientes párrafos, igualmente, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2020), *op. cit.*

contratos *B2C*, por la que se presume que la cláusula ha sido predispuesta, recayendo sobre el predisponente la carga de la prueba que establezca lo contrario (art. 82.2 p. 2º TRLGDCU).

- c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento y aceptación de su clausulado. Como ya se comentó anteriormente, entra aquí lo que la doctrina anglosajona denominó como *take it or leave it*, siendo este criterio, además, otro de los principales motivos por los que a este tipo de cláusulas no resultan del todo protegidas por las reglas básicas contractuales del CC, al no haber una libertad entre las partes que permita modular el consentimiento y equilibrar las consecuencias para ambos, sino que merecen otro tipo de protección adicional más amplia (LCGC, TRLGDCU, Directiva 93/13/CEE, etc.).
- d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin, ya que se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse. No se requiere que hayan sido previstas para todos los contratos de la empresa, sino que tengan como fin una pluralidad de contratos (art. 1 LCGC), bastando la mera intención de incorporarlas motivo para que se cumpla este criterio. En el caso de las condiciones no negociadas individualmente, al abarcar un concepto más amplio, no se requiere que se contengan en una pluralidad de contratos (art. 80.1 TRLGDCU).
- e) Empresario predisponente: si bien para que una cláusula pueda ser considerada como condición general de la contratación, es indiferente que el adherente sea consumidor o empresario, Pertíñez añade a esta lista un elemento sumamente importante; el predisponente siempre ha de tener la condición de empresario, ya sea individual (actuando como persona física) o mercantil (actuando como persona jurídica). El art. 2 de la LCGC estipula que lo será “toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada” y el 4 del TRLGDCU, añade, a dicho párrafo lo siguiente “que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”.

II.4. Máximo exponente en la contratación bancaria: el préstamo hipotecario (elementos esenciales vs accesorios)

II.4.1. El préstamo hipotecario

El funcionamiento de un préstamo se basa, principalmente, como señala ALFARO³³, en la entrega de dinero por una persona (prestamista), a otra (prestatario), con la obligación de devolver esta última dicha cantidad, aumentada junto con los intereses, si hubiesen sido pactados (arts. 1753-1757 CC). Cuando hablamos de «préstamo hipotecario», en la figura básica del préstamo interviene un derecho real que recae sobre el inmueble adquirido, el de hipoteca, y, de igual manera, el contrato se perfecciona con la entrega del dinero al prestatario para la adquisición del mismo, obligándose a

³³ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Derecho bancario”, *Rev. jurídica Universidad Autónoma de Madrid* n° 2, Universidad Autónoma de Madrid, 2000, p. 37. Disponible en: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/3006/14190_2RJ280.pdf

devolverlo en la moneda pactada (junto con los intereses si se hubiesen pactado expresamente), y si no, en moneda de curso legal, en el plazo estipulado por las partes, rigiendo el principio nominalista (ante devaluación de la moneda, el acreedor cargará con el daño). El art. 106 del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH), nos dice que sólo podrán ser hipotecados los bienes inmuebles susceptibles de inscripción, y los derechos reales enajenables, con arreglo a las leyes, impuestos sobre los mismos; con las peculiaridades del art. 107, y excepciones del 108. Por lo tanto, estas operaciones necesariamente han de ser controladas ya que son utilizadas para la adquisición de viviendas por parte de los consumidores.

La cuestión sobre si el contrato de préstamo hipotecario constituye o no dos figuras jurídicas distintas (préstamo [contrato] por un lado, e hipoteca [derecho real] por otro) ha sido también tratada en sede jurisprudencial. La Sentencia plenaria del TS 463/2019, de 11 de septiembre, resulta a tal efecto la más importante, donde el objeto de debate principal (entre otras cláusulas) era la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado. Esta cláusula, en resumidas cuentas, permite al prestamista vencer anticipadamente el contrato ante el impago, por parte del prestatario, de cualquiera de las cuotas del préstamo. El Alto Tribunal ha declarado en diversas sentencias³⁴ que este contrato, pese a que se incluyan en él dos figuras jurídicas distintas conforme al Derecho español, es una institución unitaria, siendo estas figuras inescindibles. Determinar que este contrato no está dividido resulta especialmente relevante para decidir las consecuencias aplicables a la nulidad de una cláusula de tal importancia como la de vencimiento anticipado, puesto que esta cláusula es la esencia propia de la parte del contrato relativa a la hipoteca; esto es, la facultad del acreedor de requerir lo adeudado antes de la finalización del plazo ante un incumplimiento.

Asentado lo anterior, no podría declararse, sin más, nula la cláusula y que desapareciese del contrato ya que, en palabras del TS, “no puede subsistir un contrato de préstamo hipotecario de larga duración si la ejecución de la garantía resulta ilusoria o extremadamente dificultosa...” (independientemente del resto de facultades que disponga el acreedor hipotecario), “el negocio jurídico tiene sentido si es posible resolver anticipadamente el préstamo y ejecutar la garantía para reintegrarse la totalidad del capital debido y los intereses devengados, en caso de que se haya producido un impago relevante del prestatario”. Por ello, para evitar la nulidad total del contrato, que perjudicaría así al prestatario (ya que se le exigiría devolver el importe pendiente del préstamo, superando su capacidad económica), la solución que propuso el TS fue sustituir la cláusula anulada por las previsiones legales del art. 693.2 LEC.

Por otro lado, también encontramos los créditos hipotecarios o con garantía hipotecaria, diferenciados³⁵ de los préstamos hipotecarios. En un préstamo hipotecario, la entidad y el cliente pactan la entrega total de una cantidad fija de dinero para adquirir el inmueble, la cual deberá devolver también en su totalidad. En cambio, en el crédito, la entidad ofrece al cliente una cuantía máxima de dinero, de forma que el cliente puede realizar disposiciones parciales del mismo atendiendo a sus necesidades, sin necesariamente tener que alcanzar ese límite, adeudando únicamente la cantidad dispuesta (junto con los intereses, igualmente). También existe una diferencia respecto a los intereses pactados para la devolución del capital; mientras que en el préstamo éstos recaen sobre la totalidad

³⁴ Véase SSTs 46/2019, 47/2019, 48/2019 y 49/2019, todas ellas de 23 de enero. Así lo ha considerado igualmente el TJUE en sus Sentencias de 26 de marzo de 2019, asuntos acumulados C-70/17 (*Abanca C.B., S.A. v. A.G.S.S.*) y C-179/17 (*Bankia, S.A. v. A.A.L.M y V.Y.R.R.*), y de sus Autos TJUE de 3 de julio de 2019, asunto C-92/16 (*Bankia, S.A. v. H.R.R.J y S.J.F.E.*) y C-167/16 (*BBVA, S.A. v. F.Q.U y M.I.S.G.*).

³⁵ Concepto extraído del portal del cliente bancario del Banco de España, URL, https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productoservici/financiacion/hipotecas/guia-textual/primerospasoscon/Prestamo_o_credito_hipotecario.html#.

del capital prestado, en el crédito únicamente se devengan sobre la cuantía utilizada por el cliente (y no sobre la totalidad máxima que la entidad estaba dispuesta a prestar).

Ii.4.2. Elementos esenciales vs accesorios

La Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (en adelante, Orden de 5 de mayo de 1994), en conexión con la Orden de 16 de junio de 1988 sobre información que las Entidades de depósito deben incluir en sus contratos con clientes, dieron origen a cuál debía ser el contenido que necesariamente tenía que quedar reflejado en la escritura pública de formalización de los préstamos hipotecarios, contenido que se sigue manteniendo actualmente. Nos referimos, en esencia, a las cláusulas financieras detalladas en el Anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994; cláusulas que encontramos en los préstamos hipotecarios en igual orden y contenido en la actualidad, y que son las siguientes³⁶:

PRIMERA. – CAPITAL DEL PRÉSTAMO:

- 1) El importe del préstamo.
- 2) La forma de entrega del importe del préstamo.

SEGUNDA. – AMORTIZACIÓN:

- 1) Las fechas del primer y del último pago de amortización, cuando dichas fechas estén fijadas de antemano.
- 2) El número, periodicidad y cuantía de las cuotas en que se divida la amortización del préstamo, cuando estuvieran fijadas de antemano.
- 3) Las condiciones para el ejercicio de la facultad de reembolso anticipado.
- 4) Cuando existan, las demás facultades que se reconozcan al prestatario para alargar o alterar el calendario de amortización, y las condiciones para su ejercicio.

TERCERA. – INTERESES ORDINARIOS:

- 1) El tipo de interés nominal anual aplicable al préstamo, especificándose si es fijo o cambiará a variable.
- 2) La fecha de inicio del devengo de intereses, y su periodicidad y forma de liquidación ordinaria, indicándose la fórmula o métodos utilizados para obtener, a partir del tipo de interés anual, el importe absoluto de los intereses devengados.

TERCERA BIS. – TIPO DE INTERÉS VARIABLE:

- 1) Definición del tipo de interés aplicable.
- 2) Identificación y ajuste del tipo de interés o índice de referencia.
- 3) Límites a la variación del tipo de interés aplicable.
- 4) Umbral mínimo de fluctuación y redondeos del tipo de interés aplicable.
- 5) Comunicación al prestatario del tipo de interés aplicable.

CUARTA. – COMISIONES:

- 1) Comisión de apertura.
- 2) Otras comisiones y gastos posteriores.

CUARTA BIS. – TABLA DE PAGOS Y TIPO DE INTERÉS ANUAL EQUIVALENTE:

- 1) La cuota total que corresponderá satisfacer al prestatario en cada fecha.
- 2) El coste efectivo de la operación, calculado conforme a las reglas establecidas al efecto por el Banco de España.

QUINTA. – GASTOS A CARGO DEL PRESTATARIO:

En esta cláusula se especificarán todos aquellos conceptos de gasto futuros o pendientes de pago que sean o se pacten a cargo del prestatario.

SEXTA. – INTERESES DE DEMORA:

- 1) El tipo de interés de demora, expresado sea en forma de tanto por ciento anual, sea añadiendo un margen al tipo de interés de referencia.
- 2) La base sobre la que se aplicará el interés de demora y su forma de liquidación.

SEXTA BIS. – RESOLUCIÓN ANTICIPADA POR LA ENTIDAD DE CRÉDITO:

- 1) Las causas especiales, distintas a las generales previstas en las Leyes, que faculten a la entidad prestamista para resolver anticipadamente el contrato de préstamo.
- 2) El importe de la penalización por resolución anticipada del contrato, cuando ésta se base en el incumplimiento por el prestatario de alguna de las obligaciones derivadas del contrato de préstamo.

La exposición de cuáles son las cláusulas financieras que nos encontramos en los préstamos hipotecarios y cuyo contenido es cotidianamente objeto de análisis de abusividad en sede jurisprudencial, nos sirve para dar pie al presente apartado, analizar cuáles son los «elementos esenciales» y los «elementos accesorios» de este tipo de contratos. El motivo de esta distinción sirve para poder determinar a qué controles de abusividad se somete una cláusula dependiendo de si se clasifica como un tipo de elemento u otro, como veremos en los siguientes apartados.

Antes de continuar, resulta relevante también exponer una división terminológica de lo que nosotros definimos como “elementos esenciales o accesorios” del contrato, puesto que, este es el término que la doctrina y jurisprudencia europea le ha otorgado (STJUE de 30 de abril de 2014,

³⁶ Se recogen, de forma resumida, las cláusulas financieras del Anexo II referenciado, así como el contenido obligatorio de cada una. Cuadro expositivo de elaboración propia.

asunto C-26/13 (c. *Árpád Kásler y Hajnalke Káslerné Rábai v. OTP Jelzálogbank Zrt*)³⁷; no obstante, la Directiva 93/13/CEE no habla de esenciales/accesorios, sino de cláusulas que definen el objeto principal del contrato (art. 4.2), pero vienen a significar lo mismo.

He aquí, en la citada STJUE, una primera breve definición de ambos conceptos (un tanto insuficiente), por la que, considera elementos esenciales aquellas cláusulas que regulan las prestaciones esenciales de este contrato y que como tales lo caracterizan (§ 49), y como accesorias a aquellas que no pueden formar parte del concepto de “objeto principal del contrato” a tenor de lo dispuesto en el art. 4.2 de la Directiva (§ 50), correspondiendo al órgano juzgador apreciar si la cláusula controversial encaja en uno u otro concepto.

Como ya se atisba, la finalidad de este apartado es intentar entender qué clasificación se le ha dado jurisprudencialmente a las cláusulas de los préstamos hipotecarios; aunque, como advertíamos, dependiendo de qué clasificación se le dé, esencial o accesorio, se someterá a unos controles de abusividad u otros. El doble control o filtro de transparencia³⁸ para analizar la abusividad de una cláusula está basado en un primer control de incorporación (*cf.* requisitos del art. 5 LCGC), formal, y un segundo control de transparencia material, reforzado. Además, encontramos el control de contenido, sobre las exigencias de la buena fe y desequilibrio contractual, también derivado de la normativa de consumidores (arts. 80-83 TRLGDCU y Directiva 93/13/CEE).

De esta forma, si se determina que una cláusula forma parte de los elementos esenciales, quedará sometida al control de transparencia formal y material, y, si lo superase, quedaría excluido su sometimiento al control de contenido. Pero, si se determina que forma parte de los elementos accesorios, se podrá analizar su primero su transparencia formal, o someterse directamente al control de contenido pese a que sea transparente. No obstante, dado que el control de transparencia material deriva del art. 4.2 del Directiva 93/13/CEE, ante esta misma regla también se puede considerar que este control se puede aplicar también a cláusulas accesorias del contrato, a tenor de lo dispuesto en el art. 5 Directiva 93/13/CEE³⁹.

³⁷ CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014 (3903/2014). El control de transparencia de las cláusulas suelo como causa única y directa de su carácter abusivo (crítica y reconducción hacia el control de incorporación)”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. (*dir.*) *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, Biblioteca Jurídica Digital BOE, 2016, p. 9. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013-11

³⁸ CÁMARA LAPUENTE, S., “¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? De la STJUE de 3 de junio 2010 (Caja de Madrid, C-484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (pleno) de 9 de mayo de 2013 sobre las cláusulas suelo”, en *Cuadernos de Derecho Transaccional* vol. 5, n° 2, Universidad Carlos III de Madrid, 2013, p. 216. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5006924>

³⁹ CÁMARA LAPUENTE, S., “Hacia el carácter abusivo directo de las cláusulas no transparentes”, *Rev. jurídica sobre consumidores*, n° especial, marzo 2021, Vlex. Disponible en: https://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/docs/transparencia_camara_2021.pdf Como expone el autor, así lo ha aclarado la jurisprudencia europea en sus SSTJUE 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 (§§ 66-71), y 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13 (§§ 63-64). La STJUE 16 de marzo de 2023, asunto C-565/21 (c. *Caixabank, S.A. v. X*), donde este tribunal europeo, en el marco del enjuiciamiento de una cláusula de comisión de apertura (elemento accesorio), reiteró la posibilidad de realizar el control de transparencia material a los elementos accesorios del contrato, en virtud del art. 5 de la Directiva 13/93/CEE, dio lugar a que nuestro Alto Tribunal se pronunciase en igual sentido. Hablamos de la STS 816/2023, de 29 de mayo, donde en su FJ 7º, entre los distintos criterios que el juez debía valorar para determinar si la cláusula era abusiva, se encontraba analizar si el prestatario pudo evaluar las consecuencias económicas de dicha cláusula (uno de los componentes de la transparencia material). Por lo tanto, actualmente, esta interpretación ha tenido cabida en sede jurisprudencial, y el doble control de transparencia se puede aplicar a ambos elementos (por la vía del art. 4.2 de la Directiva para esenciales, y del 5 para accesorios).

Por todo lo expuesto, dado que ninguna norma de todas las mencionadas ni restantes por mencionar proporcionan una definición de qué se entiende por elemento esencial o accesorio, tendremos que acudir a la jurisprudencia, para ver qué calificación se le ha ido otorgando a las algunas de las distintas cláusulas integradas en contratos de préstamo hipotecario (en los apartados de cláusulas financieras referenciadas anteriormente) que finalmente han sido declaradas abusivas.

A) CLÁUSULA DE LIMITACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS VARIABLE (SUELO) [Cláusula Financiera Tercera o Tercera bis]

Sin adentrarnos excesivamente en el historial de debate jurisprudencial y doctrinal que ha originado la abusividad de la cláusula suelo, una de las sentencias más importantes en este ámbito resulta la ya reiterada STS de 9 de mayo de 2013. El Pleno llegó a la conclusión de que, valiéndose de una primera interpretación literal de la Directiva 93/13/CEE, esta utiliza los conceptos de “descripción” o “definición” del objeto principal del contrato (art. 4.2 y 5 de la Directiva); y, por otro lado, a las cláusulas que afectan al “método de cálculo” o “modalidades de modificación del precio” (§§ 184-190 de la Sentencia).

La cláusula suelo⁴⁰ era una estipulación que establecía un límite a la variación del tipo de interés, de modo que, ante préstamos hipotecarios referenciados a un tipo de interés variable (*e.g.*, al Euríbor), a los que se les adicionaba un diferencial, si la suma de ambos resultaba menor que el porcentaje estipulado en la cláusula suelo, se aplicaría el porcentaje estipulado en la cláusula suelo. De esta forma, las entidades se aseguraban de que, pese a las posibles fluctuaciones del tipo de interés, y posibles tendencias a la baja, en ningún momento el prestatario pagaría un tipo de interés cercano a 0 %. Esto dio lugar a que detrás del velo de las “hipotecas a tipos variables” se escondiesen las “hipotecas a tipo fijo”, porque el interés aplicable nunca sería inferior al punto porcentual de la cláusula suelo, operando como un tipo fijo.

Ahora bien, aunque el Pleno no entra a debatir sobre la idea de por qué considera realmente que la cláusula suelo forma parte de los elementos esenciales, leyendo la Sentencia se puede llegar a la conclusión de que sus motivos se apoyan en la tesis de la sentencia de apelación, basándose en que la limitación del tipo de interés que produce la activación de estas cláusulas es un factor de determinación del precio del contrato, porque “determina el mínimo que habrá de pagar el prestatario” formando parte integrante de uno de los elementos esenciales del mismo. Por lo tanto, el cliente, a la hora de contratar un préstamo, interesa conocer las condiciones esenciales de tal préstamo, siendo esta estipulación una de las más importantes para su posición futura de prestatario, esto es, el tipo de interés (determinante al completo del precio del préstamo hipotecario⁴¹). Sin embargo, esta valoración no nos puede llevar a la conclusión de que si una cláusula afecta al precio

⁴⁰ Actualmente prohibida por el art. 21.3 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en adelante LCCI.

⁴¹ Párrafo 180 de la STS 9 de mayo de 2013. VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A., “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (1916/2013) Consumidores, Condiciones Generales Abusivas. Cláusula Suelo en los Préstamos Hipotecarios. Efectos de su Nulidad” en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, Biblioteca Jurídica Digital BOE, 2013, pp. 10 y 11. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013-9

sea elemento esencial, porque sería incorrecto⁴² (ni tampoco a concluir que realmente esta cláusula deba ser catalogada como elemento esencial).

A lo largo de los años, el Tribunal Supremo ha seguido reiterando esta decisión de inclusión de la cláusula suelo en los elementos esenciales del contrato (a modo expositivo, véase las SSTs 464/2014 de 8 de septiembre, 364/2016 de 3 de junio, 170/2018 de 23 de marzo, 489/2020 de 23 de septiembre, 487/2022, de 16 de junio, y 781/2023, de 22 de mayo, entre otras).

B) CLÁUSULA DE REDONDEO AL ALZA DEL TIPO DE INTERÉS [*Cláusula Financiera Tercera o Tercera bis*]

La cláusula de redondeo al alza entra también en juego en los préstamos referenciados a tipo variable, de modo que, si la suma del porcentaje de interés más el diferencial es distinta a un punto entero (e.g. 1%), medio punto (1,5%), o un cuarto de punto (1,75%), tal resultado de la suma se redondeará, al alza, a uno de esos resultados más próximos (e.g. un 0,98% se redondearía a un 1%, un 0,45 se redondearía a un 0,50%, o un 0,74 se redondearía a un 0,75%).

Las SSTs 663/2010 de 4 de noviembre y 651/2010 de 2 de noviembre, en conexión con la STJUE 3 de junio de 2010, asunto C-484/08, declararon su carácter abusivo, pero no llegaron a determinar si las consideraban como un elemento esencial o accesorio. De igual manera, las Sentencias que le sucedieron, 861/2010 de 29 de diciembre, 75/2011, de 2 de marzo, en adelante, tampoco lo hicieron. Posteriormente, diversas Audiencias abrieron una nueva interpretación, postulándose a favor del carácter accesorio de esta cláusula y de la cláusula suelo, como en las SSAP de Cáceres 544/2012 de 19 de diciembre, Valencia 43/2013, de 5 de febrero, Barcelona 111/2013, de 19 de marzo, Huelva rec. nº 151/2013, de 21 de marzo, entre otras.

La argumentación que defienden en cambio las Audiencias se centra en que la cláusula suelo y la cláusula de redondeo no forman parte del precio del préstamo, que es cierto y determinado, sino que son accesorias puesto que pueden llegar a aplicarse o no, dependiendo de la variación de los tipos de interés, además, si se eliminasen, el préstamo seguiría teniendo plena vigencia y eficacia. Añadiendo a tales argumentos que existen un gran número de préstamos comercializados que no tienen estas cláusulas, y que resultan igualmente operativos.

C) COMISIÓN DE APERTURA [*Cláusula Financiera Cuarta*]

La cláusula de comisión de apertura, en resumidas cuentas, es una estipulación por la que se le impone al prestatario la obligatoriedad de abonar un importe, ya sea en una cantidad fija de dinero (e.g. 250 €) o en un porcentaje sobre el capital prestado (0,25% sobre 100.000€), pagadero de una sola vez en el momento de apertura del préstamo. La controversia con esta cláusula se promovió debido a que la entidad bancaria no llegaba a justificar a qué respondía esa comisión, cuando realmente debería responder a la realización de un servicio efectivamente prestado que justificase su imposición.

Inicialmente, el Tribunal Supremo defendió, de nuevo, la tesis de que la comisión de apertura formaba parte de los elementos esenciales del contrato⁴³, no obstante, a raíz de la STJUE de 16 de

⁴² CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014...” *cit.* El autor argumenta que si tomásemos esa conclusión como válida, otro tipo de cláusulas, como las relativas a la forma de pago, sistemas de cálculo, facultades de modificación unilateral del precio, etcétera, no entrarían dentro de tal concepto.

⁴³ STS 44/2019 de 23 de enero.

marzo de 2023 asunto C-565/21 referenciada (en unión con la STJUE 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 (c. CY v. Caixabank, S. A.) y C-259/19 (c. LG y PK v. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A.)), se concluyó que esta comisión debía considerarse como un elemento accesorio del contrato. El TS asentó este giro interpretativo en su reciente Sentencia 816/2023, de 29 de mayo, en su FJ 7º, aunque las diferentes Audiencias Provinciales ya mantenían un recorrido interpretativo similar al del TJUE. Posteriormente, las Audiencias reiteraron de nuevo el carácter accesorio de esta comisión⁴⁴.

El TJUE, a fin de tratar de responder a por qué la comisión de apertura no se introduce en los elementos esenciales, en su Sentencia de 16 de marzo de 2023, asunto C-565/21 referenciada, apoyándose igualmente en la de 12 de enero de 2023, asunto C-395/21 (c. D.V. v. M.A.), explica que lo que podríamos entender por elementos esenciales (u objeto principal del contrato en palabras de la Directiva) se encuentra en la propia definición del concepto de préstamo hipotecario. Es decir, el prestamista pone a disposición del prestatario una cantidad de dinero, comprometiéndose a reembolsarlo el prestatario junto con los intereses (si se pactan) en unos plazos previstos (§§ 18-23). Por lo tanto, como la fundamentación de la comisión de apertura (al menos en la teoría) responde a la prestación de servicios relacionados con el estudio, concesión o tramitación del contrato suscrito, aunque afecte al precio (porque aumentará al incluirse esta comisión), no puede resultar viable su calificación como elemento esencial por los mismos motivos que se llevan reiterando (porque en caso de aceptarlo, cualquier elemento que afecte al precio o a los intereses lo sería)⁴⁵.

D) COMISIÓN DE POSICIONES DEUDORAS [Cláusula Financiera Cuarta]

La cláusula de comisión de posiciones deudoras vencidas (también llamada comisión de impagados, o comisión por descubiertos) es una cláusula que establece una penalización para el prestatario por la que se verá obligado a abonar una cantidad de dinero (e.g. 35€) ante el impago del préstamo o crédito (de la cuota o intereses), justificándose en “la gestión personalizada realizada por la entidad ante tal descubierto”. El TS la trató en profundidad en su STS 566/2019 de 25 de octubre, calificando que no nos encontrábamos ante una cláusula penal. No obstante, pese a declarar también la abusividad de este tipo de cláusulas, no llegó a plantear el carácter de esta cláusula en la citada Sentencia.

Sí que encontramos, por ejemplo, una justificación (semejante a las anteriores) en la SAP de Albacete 417/2023 de 21 de septiembre, en su FJ 4º:

la comisión por reclamación de posiciones deudoras no forma parte del objeto principal del préstamo, teniendo un carácter meramente accesorio, toda vez que la actividad que determina su devengo, las gestiones del Banco para la reclamación extrajudicial de cada impago que se pueda producir, no es inherente al préstamo, ni necesaria para su existencia, siendo totalmente prescindible. Así resulta si consideramos que es posible que no se produzcan incumplimientos por el prestatario y que dicha cláusula no se aplica a los gastos generados

⁴⁴ SSAP Girona 467/2023 de 8 de junio, Murcia 313/2023 de 29 de mayo, Ourense 368/2023 de 25 de mayo, Segovia 139/2023 de 23 de mayo, Alicante 273/2023 de 19 de mayo, Islas Baleares 403/2023 de 18 de mayo, Palmas de Gran Canaria 595/2023 de 5 de mayo, Huelva 153/2023 de 1 de marzo Soria 45/2023 de 13 de febrero, y Oviedo 314/2023 de 15 de mayo, entre otras tantas.

⁴⁵ LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M., “La comisión de apertura en los préstamos hipotecarios, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia de nuevo” en *Diario La Ley* nº 10273, Sección Tribuna, 24 de abril de 2023, La Ley. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEA MtMSbF1CTEAAmMzEzNDQ7WY1KLizPw827DM9NS8kIS13MSSktQiWz9HAPJavc4qAAAAWKE>

por la reclamación judicial del incumplimiento definitivo, que son los derivados del proceso, regidos por sus propias normas.

Por lo tanto, igual tesitura se nos plantea en esta cláusula, no es un elemento inescindible del préstamo, puede subsistir sin ella, y puede no activarse nunca durante toda la vida del préstamo, concluyéndose que se ha de calificar como accesorio.

E) GASTOS HIPOTECARIOS [Cláusula Financiera Quinta]

Al momento de suscripción de un contrato de préstamo, son varios los pasos necesarios que han de cumplirse para concederlo. Entre ellos encontramos la elevación a público de la Escritura, la inscripción en el Registro de la Propiedad de la hipoteca, la tasación del inmueble a efectos valorativos y la tramitación de todo ello en una gestoría. Los gastos que originan tales servicios son los que se han imputado de forma abusiva a los prestatarios en esta cláusula por parte de las entidades, debiendo cargar con el pago de los mismos sin posición de negociación o reparto.

En la STS 705/2015, de 23 de diciembre, se empezó a declarar la nulidad de dichas cláusulas por contravenir el art. 89.3 del TRLGDCU. Posteriormente, las Sentencias 49/2019 de 23 de enero, 474/2018 de 20 de julio, y 35/2021 de 27 de enero fueron afinando la doctrina asentada sobre la nulidad de la misma, con una intervención del TJUE con su Sentencia de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19. De todas ellas, ninguna se plantea, de nuevo, si la cláusula se encuadra en los elementos esenciales o accesorios del contrato, aunque la derivación lógica ya nos da la respuesta.

El problema que podríamos encontrar a la hora de clasificar esta cláusula es centrar el objetivo no en el abono de los gastos sino en las propias operaciones a las que responden, lo cual nos induciría a error. No obstante, esta cláusula no hace referencia al protocolo a seguir, sino al abono de los aranceles y gastos derivados de los mismos, que no puede considerarse como elemento esencial del préstamo por las mismas razones que las anteriores cláusulas.

F) INTERESES DE DEMORA [Cláusula Financiera Sexta]

La cláusula de intereses de demora también ha resultado abusiva siempre y cuando se estipulase un tipo de interés superior en más de 2 puntos al interés remuneratorio, como se estableció en la STS 469/2015, de 8 de septiembre (y 265/2015, de 22 de abril)⁴⁶. Esta establece la indemnización que debe abonar el prestatario cuando se retrase en el pago de las cuotas (en efecto, una duplicidad de penalización junto con la comisión de posiciones deudoras).

Aquí el Tribunal Supremo, amablemente, nos adelantó la respuesta a la pregunta: en efecto, se trata de otro elemento accesorio (FJ 3º), aunque, no nos da motivos más allá de que “no define el objeto principal del contrato ni la adecuación entre el precio y la prestación”.

⁴⁶ El límite que opera actualmente para establecer el interés de demora fue introducido por la LCCI no pudiendo ser superior en 3 puntos al interés remuneratorio pactado, conforme a su art. 25.1

G) VENCIMIENTO ANTICIPADO [*Cláusula Financiera Sexta bis o Séptima*]

Por último, otra de las cláusulas que han sido declaradas abusivas, es la cláusula de vencimiento anticipado, por la que se faculta al prestamista a dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo ante el impago de cualquiera de las cuotas. Esta cláusula fue declarada abusiva por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 463/2019, de 11 de septiembre, tras la apertura de la posible declaración de abusividad derivada de la STJUE 26 de marzo de 2019 asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17.

La posibilidad de incluir en los préstamos hipotecarios esta cláusula es opcional (por ello se incluye como *bis* en la Orden de 5 de mayo de 1994; de igual manera, art. 693 LEC), no siendo algo esencial para la subsistencia del préstamo, o que incida de manera alguna en el objeto principal del contrato, por lo tanto, de nuevo, nos encontramos con otra cláusula de carácter accesorio⁴⁷.

H) CONCLUSIONES

Una vez expuesto, *grosso modo*, cuáles han sido los criterios que han llevado (en algún caso) a cada órgano juzgador a decantarse por la calificación de una cláusula como elemento esencial (objeto principal del contrato/relación calidad-precio) o accesorio, y cómo se ha esquivado ofrecer razonamientos al respecto⁴⁸, o incluso cómo podemos encontrar disparidades interpretativas, pasamos a comentar las conclusiones del presente apartado.

Lo que sí que está claro, a la luz de la jurisprudencia expuesta, es que la necesidad de intentar dotar de un significado a estos términos (con la conceptualización de la Directiva por un lado y la de la propia jurisprudencia por otro) es una tarea para nada fútil. Entendemos que, cuando hablamos de elementos esenciales del contrato tenemos que remitirnos a los engranajes propios que permiten el funcionamiento del contrato de préstamo hipotecario, como alude la jurisprudencia europea.

Es decir, **(I)** el capital amortizable, el interés referenciado, y el plazo de devolución, deberían ser catalogados como elementos esenciales. Por lo que, el hecho de que el contrato pueda subsistir o no con esa cláusula puede ser un criterio seleccionador dependiendo de su importancia en el mismo.

En el mismo sentido, **(II)** el hecho de que una cláusula se active o no durante la vida del préstamo puede ser, entre otros, un criterio seleccionador. De manera que, si estuviese activa en todo momento, y cambiase por completo el propio concepto de “préstamo” reiterado, sí que podría considerarse como un elemento esencial, o que al menos, al afectarlo de manera tan extraordinaria, deba calificarse de igual modo⁴⁹. A contraria conclusión se llegaría con cláusulas como las referidas en este apartado, entre las cuales, algunas pueden no llegar a activarse nunca, y por tanto, considerarse como elementos accesorios; o, que pese a estar activas, no tienen semejante peso como para incluirlas en los elementos esenciales.

⁴⁷ ZUMAQUERO GIL, L., “Los efectos derivados del carácter abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado de las hipotecas”, en *Rev. de Derecho Civil*, vol. VIII, nº 2, 2021, p. 245. Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/625>

⁴⁸ CÁMARA LAPUENTE, S., “No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia”, en *Centro de Estudios de Consumo*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2013. Disponible en: https://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/docs/2013_Camara_STS_9_5_2013_abusivas_suelo.pdf

⁴⁹ *Sensu contrario*, cláusula suelo, que podría no activarse nunca a largo de la vida del préstamo ante ausencias de bajadas del tipo de interés de referencia.

(III) En tercer lugar, no todas las cláusulas que afecten al precio del contrato deben catalogarse como esenciales, porque, en esencia, todas las cláusulas materiales podrían quedar excluidas de ser controladas por abusividad (*ex. art. 4.2 Directiva 93/13/CEE*), restando únicamente a tal efecto las formales o puramente normativas, como señalaba Cámara⁵⁰.

Por otro lado, la tesis a la que refiere el tercer sector doctrinal⁵¹ expuesto por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de mayo de 2013, se alejaría, a nuestro juicio, completamente de la normativa de protección de los consumidores, puesto que, resulta completamente lógico que un consumidor medio no le preste importancia a ciertas cláusulas por el mero hecho de que desconoce su aplicación u operatividad, o porque simplemente están entremezcladas en el farragoso clausulado. De modo que, (IV) incluir en los elementos esenciales cláusulas que el consumidor pudo pasar por alto, porque “no eran importantes para él” (hagamos hincapié en las comillas), se opondría a la normativa protectora de los consumidores, y abriría la veda a las entidades para incluir todo tipo de cláusulas a fin de evadir el control de contenido.

Ahora bien, si defendemos este planteamiento, es por otro motivo adicional también controvertido ya adelantado al inicio: (V) aunque una cláusula sea calificada como accesorias, esto no puede por ello evitar al gigante y crucial control de transparencia material. A tal efecto, la amplitud interpretativa del art. 5⁵² de la Directiva 93/13/CEE debe merecer analizar bajo la lupa de la transparencia material también a las cláusulas accesorias, como ya ha aclarado el TJUE.

A modo conclusivo, ¿en qué va a afectar que una cláusula sea o no elemento esencial, si se defiende la tesis de que se le apliquen los mismos controles para ambas? En las consecuencias. (VI) Si una cláusula que es clasificada como elemento esencial (por tanto, necesaria para la existencia del préstamo) es declarada abusiva no transparente y abusiva, se podrá anular por completo el contrato siempre y cuando tal solución no perjudique al consumidor y le ponga en una gravosa situación en la que tenga que asumir una difícil carga económica por motivos no imputables a este. Por lo tanto, el juez podrá valorar la posibilidad de sustituir dicha cláusula por una que estime transparente y acorde a tal situación.

Y, en sentido contrario (VII) si una cláusula se catalogase como accesorias y no fuese transparente (y abusiva), el efecto inmediato que ha de aplicarse es la nulidad de la misma, desapareciendo del contrato y subsistiendo éste junto con el resto de cláusulas no abusivas. No obstante, encontraremos alguna excepción puntual como las referenciadas anteriormente (interés de

⁵⁰ CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014...” *op. cit.*

⁵¹ “Un tercer sector sostiene que para decidir si una cláusula define el “objeto principal” debe atenderse a la importancia que la misma tiene para el consumidor y su incidencia en la decisión de comportamiento económico. De acuerdo con esta posición las cláusulas referidas a situaciones hipotéticas que razonablemente se perciben como algo muy improbable carecen de importancia y entran a formar parte del “objeto principal” del contrato incluso si se refieren al mismo”.

⁵² En este sentido, CÁMARA LAPUENTE (2021) *op. cit.* El art. 5, a tal efecto expone, “[e]n los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible”, lo que a juicio del autor implica que todas las cláusulas, tanto las esenciales como las accesorias, deben estar redactadas de forma clara y transparente. Esto derivaría en que, si bien las esenciales pueden zafarse del control de contenido una vez superada la transparencia (*ex. art. 4.2 de la Directiva 13/93/CEE*), o, al contrario, pueda decretarse su abusividad directa ante la falta de transparencia, sin entrar a analizar el contenido (contrario se encuentra el autor a esto, postulándose a favor de la abusividad ponderada, no directa, analizando la abusividad de la cláusula con los parámetros propios de las cláusulas abusivas [control de contenido]). Y, por otro lado, en igual cauce deben derivar las accesorias, se podrá analizar su contenido, previo análisis de su transparencia material.

demora y vencimiento anticipado⁵³) en las que es necesario sustituir la cláusula por una de cauce legal que cumpla unos parámetros no transparentes, debido a que la supresión total de la misma podría desequilibrar las obligaciones de las partes. Si bien, la regla general que ha de imperar es que la cláusula se excluya del contrato, y no sea sustituida⁵⁴.

III. El principio de transparencia en la contratación bancaria

El sistema de control de las cláusulas insertas en los contratos bancarios (ya sean condiciones generales de la contratación o cláusulas no negociadas individualmente) está compuesto por unas herramientas de cribado cuya función es detectar si existe abusividad en ellas y proteger al prestatario adherente de la imposición de cláusulas que le puedan ocasionar perjuicios en su posición frente a la entidad bancaria. En resumidas cuentas, estos controles se dividen en los siguientes: (i) un primer control, de incorporación o inclusión, que analiza si la cláusula ha superado los requisitos formales de incorporación al formar parte en el contrato; (ii) un segundo, que analiza si el consumidor conocía las consecuencias económicas y jurídicas de dicha cláusula en el momento de suscripción (transparencia material); (iii) y un tercer control, de contenido, que analiza si la cláusula sobrepasa la buena fe y provoca un desequilibrio sustancial de los derechos y obligaciones del prestatario.

III.1. Control de inclusión o incorporación

La cognoscibilidad de las cláusulas que se van a insertar en el contrato es un primordial paso que se debe cumplimentar en el marco de este tipo de contrataciones, permitiendo al consumidor conocer y comprender formalmente qué está firmando. Encontramos aquí este primer control, de transparencia formal, el cual se aplica tanto a los contratos B2B como a los B2C. Se enmarca en los art. 5 y 7 LCGC, de modo que, en el momento de suscripción del contrato: a) el consumidor debe tener oportunidad real de conocer la cláusula (o de firmarla en caso necesario), b) la cláusula debe haber sido redactada de forma transparente, clara, concreta y sencilla, y c) en contraposición, no puede ser ilegible, ambigua, oscura e incomprensible⁵⁵. Con similar redacción quedan recogidos en el art. 80 del TRLGDCU, como veremos.

Pese a que este control recaiga sobre el conocimiento de las cláusulas por parte del adherente, esto no deriva necesariamente en que, si se supera, el consumidor las acepte conforme a las prescripciones del puro consentimiento negocial típico, una a una, sino que supone una aceptación de la existencia

⁵³ Otro claro ejemplo es el IRPH, que al ser una cláusula que afecta al método de cálculo del interés no es un elemento esencial como tal, pero no podemos suprimirla debido a los problemas que plantearía, sino que se decidió sustituir por un tipo de referencia vigente y no abusivo (EURIBOR). Esta cuestión fue resuelta por la STJUE 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18 (c. *M.G.M.G. v. Bankia, S.A.*) (§§ 63 y 70). No obstante, el TS, sigue siendo reacio a aceptar la abusividad de este tipo de interés, como se puede ver en las SSTS 668/2017, de 14 de diciembre de 2017, 595 (y 596, 597 y 598)/2020, de 12 de diciembre, 13/2021, de 19 de enero, 42 (y 43 y 44)/2022, de 27 de enero, 302/2022, de 19 abril, entre otras. El debate sobre esta cláusula sigue estando en el punto de mira tras la Sentencia del TJUE de 13 de julio de 2023, asunto C-265/22 (c. *Z.R. y P.I. v. B. Santander*).

⁵⁴ CARRASCO PERERA, Á., “Las cláusulas abusivas se eliminan, sin más: no cabe reducirlas, moderarlas ni modificarlas”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* n° 3, 2012, pp. 145-147.

⁵⁵ SERRANO BARRIENTOS, A., “Los controles de incorporación, de contenido y de interpretación”, en CASTILLO MARTÍNEZ, M^a. C. (dir) y FORTEA GORBE, J. L. (coord.) *Jurisprudencia sobre Hipotecas y Contratos Bancarios y Financieros*. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 151 y 152.

de la cláusula, no de su contenido⁵⁶. Es decir, este primer control se circunscribe al conocimiento y comprensibilidad gramatical (transparencia formal) de la cláusula como paso previo a analizar si, una vez superado este, tuvo conocimiento y comprensión real de las consecuencias de la misma (transparencia material)⁵⁷.

Conforme al marco normativo expuesto, los requisitos que ha de superar una cláusula para que se considere incorporada de forma transparente al contrato se pueden agrupar en los siguientes⁵⁸:

- A) *Cognoscibilidad*: desde el punto de vista informativo, a tenor de lo dispuesto en el art. 60 del TRLGDCU, el empresario debe facilitar al consumidor, antes de la vinculación del contrato que va a suscribir, información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del mismo, cuya redacción ha de ajustarse a las exigencias anteriores. De este modo, el art. 5.1 de la LCGC nos dice que se ha de informar expresamente al adherente de las condiciones generales que se insertarán en el contrato, facilitándole un ejemplar de éstas. O bien, si el contrato no se formaliza por escrito, se deberá entregar un resguardo justificativo de la contraprestación recibida (art. 5.3 de la LCGC).

Es decir, el consumidor debe tener acceso y conocimiento real del clausulado del contrato (lo cual, en el sector bancario, se consigue con la entrega de la información precontractual), puesto que la garantía de ese acceso dará lugar a que el contenido pueda ser conocido por este potencial contratante. Con su cumplimiento, el consumidor podrá, antes de suscribir el contrato, comparar la oferta expuesta con otras existentes en el mercado, además, es un requisito tan importante para el consumidor debido a que le permite ya no sólo comparar con otras ofertas del mercado dichas condiciones, sino que puede así, en función del contenido, valorar si quedar adherido a tales condiciones (STJUE 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, § 70).

- B) *Comprensión (gramatical)*: por otro lado, desde el punto de vista más estructural (perceptibilidad), la cláusula ha de redactarse de forma accesible y legible, atendiendo al formato tipográfico establecido por el art. 80.1.b) del TRLGDCU⁵⁹. Esta fase del tamiz de la formalidad servirá para que el clausulado contractual pueda ser leído sin complicaciones por el futuro prestatario, es decir, evitando lo que comúnmente se denomina como “letra pequeña”⁶⁰ y exponiendo las cláusulas al completo, sin esconderlas, de forma visible.

⁵⁶ CAÑIZARES LASO, A., “Artículo 80. Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente” en CAÑIZARES LASO, A. (coord.) *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*. Tirant lo Blanch, 2022, pp. 1155.

⁵⁷ CÁMARA LAPUENTE (2016), *op. cit.* pp. 10 y 11.

⁵⁸ MIRANDA SERRANO, L. M., “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas en la contratación bancaria”. *Revista para el Análisis del Derecho* (Indret) n° 2, Barcelona, 2018, pp. 8-10 (disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6392956>). En segundo lugar, remitimos a la siguiente obra para quien quiera indagar más sobre el funcionamiento de este control (teórico y jurisprudencial) en los contratos B2B: CÁMARA LAPUENTE, S., “¿Quién teme al control de incorporación (B2B)?”, *Diario La Ley* n° 9667, 2020, pp. 21 y 22 (Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmNDYwNLU7Wy1KLizPw8WyMDIwMDcwNjkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAOHvdYM1AAAAWKE>)

⁵⁹ El tamaño de la letra ha de ser superior a 2,5 milímetros., el espaciado a 1,15 milímetros, y se deben evitar contrastes de color con el fondo que dificulten la lectura.

⁶⁰ A este respecto, véase la STS 664/1997, de 5 de julio: “la letra es tan diminuta y el texto tan breve, que la compradora difícilmente puede leerlo y comprenderlo”. Como es bien sabido, esta práctica de la “letra pequeña” es el gran antagonista para los consumidores en la contratación seriada, un receptáculo escondido entre el farragoso contenido contractual, que enmascara la oscura parte trasera de los llamativos rótulos de las ofertas.

Y, por último, desde la lupa de la redacción, el contenido de la cláusula ha de redactarse de forma concreta, clara y sencilla (arts. 80.1.a) TRLGDCU y 5.5 LCGC). De este modo, se debe evitar un lenguaje complejo, de difícil comprensión para el consumidor (aunque en sectores como el bancario tal hazaña resulta difícil en ocasiones debido al complejo funcionamiento de los contratos) que se pudiese producir ya sea entremezclando o llevando a ambigüedad el significado esencial de lo que se quiere expresar en dicha cláusula.

La lectura de la operatividad práctica de este control ya nos lleva a dar especial relevancia y entender que éste, sin su parte material (transparencia material) resultaría en muchas ocasiones insuficiente para analizar la operatividad del contrato o de su clausulado. Tomemos el claro ejemplo de una cláusula cuya redacción podría denominarse como “sencilla”, pero cuyas consecuencias económicas desmontan su inocencia; hablamos de la cláusula suelo (ejemplo de su redacción: “el tipo de interés remuneratorio pactado nunca podrá ser inferior a X puntos porcentuales”). He aquí un claro caso de que el consumidor debe conocer realmente el funcionamiento de la cláusula que lee (independientemente de que sea una cláusula esencial o accesorio; debe conocerla siempre que le afecte jurídica o económicamente), entrando en juego la transparencia material en salvaguarda de tal requisito.

En la contratación bancaria, este control se blinda también por la normativa sectorial. Concretamente, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (en adelante, Orden EHA/2899/2011), pone de manifiesto este deber de información precontractual. Ésta, en su art. 6 se establece que se le facilitará al consumidor de forma gratuita información clara, oportuna, suficiente y no engañosa sobre el servicio bancario que pretende contratar. De igual modo, respecto a la información contractual (art. 7), se deberá entregar al cliente una copia del contrato, en formato papel, digital o soporte duradero (art. 11). Y en cuanto a las obligaciones relativas a la Oferta Vinculante (OV) o Ficha de Información Precontractual (FIPER), también vemos garantías recogidas en el artículo 32 undecies y en el Anexo I.⁶¹

A esto hemos de añadir que, como señaló la STS de 8 de septiembre de 2014, la lectura de la escritura pública (por el Notario) y la comprobación de que las cláusulas contractuales coinciden con la información precontractual no suplen, por ellos solos, la superación del resto de requisitos de transparencia; o lo que sería lo mismo, la cumplimentación protocolaria de la normativa sectorial es un requisito adicional al encontrarnos en sede de contratación bancaria. Esto se debe a que, como explicó más adelante en su STS 433/2019 de 17 de julio, el Notario “interviene en el momento final del iter contractual, cuando las voluntades ya están conformadas, y cuando la posibilidad del prestatario de dar marcha atrás deviene excepcional.”

Como ya se ha adelantado en el apartado II.4.2 de este trabajo, la estructura del contrato de préstamo también resulta esencial para que el adherente pueda acceder a estos requisitos formales. Es decir, amén de que la información precontractual ha de coincidir con el contenido contractual, en tal contenido también se han de separar las cláusulas financieras para que tenga una estructura comprensible (art. 29 de la Orden EHA/2899/2011). Esta estructura se consiguió con los requisitos establecidos en las Órdenes de 5 de mayo de 1994 y 16 de junio de 1988 referidas previamente, garantizando que el consumidor lea las cláusulas con un orden y estructura lógicos (Cláusula Financiera Primera “Capital del préstamo”, Segunda “Amortización”, Tercera “Intereses”, etcétera).

⁶¹ Tras la entrada en vigor de la LCCI en 2019 la obligación respectiva a la información precontractual queda garantizada por la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) (art. 10). Esta vino a sustituir a la oferta vinculante, y se encuentra detallada en el Anexo I de la norma. Y, por otro lado, también se introdujo la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE), con la que se debe informar al prestatario de elementos relevantes del contrato (índice de referencia, vencimiento anticipado, gastos, etcétera).

Algunos requisitos de este control (en el ámbito sectorial) ya se ponían de manifiesto en la Orden 5 de mayo de 1994, ya que con ella se pretendía facilitar la comprensión y las implicaciones financieras del contrato con la entrega de información precontractual (art. 3), clasificación de las cláusulas (art. 6) y la intervención del Notario en el acto de otorgamiento (art. 7).

III.1.1. Efectos/consecuencias de la falta de superación del control de incorporación

Una vez expuesto el funcionamiento y requisitos que enmarcan el control de incorporación o inclusión cabe preguntarnos ¿qué va a ocurrir si una cláusula supera o no este control? Pues bien, en caso negativo, de que la cláusula no lo supere, ésta será declarada nula de pleno derecho, conforme a lo dispuesto en el art. 5 LCGC, y se suprimirá del contrato.

Si bien, entra aquí un debate generado por el art. 7.b) de la LCGC, según el cual se entienden incorporadas al contrato aquellas cláusulas ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles cuando se acepten expresamente por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa sectorial. De la lectura del precepto se podría entender que incluso aquellas cláusulas (ilegibles, ambiguas oscuras e incomprensibles) pueden ser transparentes si se prevén en la normativa sectorial y se aceptan por escrito. No obstante, como señala CÁMARA⁶², esto no es así, sino que se trata de una excepción normativa, es decir, aunque una cláusula cumpla los requisitos sectoriales y pueda entrar en dicha excepción, si la información preceptiva no ha sido facilitada al consumidor al celebrar el contrato, no puede considerarse como incorporada de forma transparente al contrato, porque su naturaleza (icástica) es no transparente.

Del párrafo anterior, se pretende extraer la importancia de la entrega de información precontractual (OV, FIPER, FEIN y FiAE) en este sector, la cual debe ser una *conditio sine qua non* para superar el filtro de transparencia de la cláusula analizada. Y, por otro lado, que si bien es cierto que esta entrega puede servir para que el consumidor conozca (por encima) las cargas económicas y jurídicas que la cláusula le supondrá (transparencia material), las obligaciones sectoriales revisten un carácter de transparencia formal.

Por último, y remitiéndonos de nuevo al apartado II.4.2 de este trabajo, en caso de que una cláusula, ya sea elemento esencial o accesorio del contrato, supere este control de transparencia, esto no la convierte en válida, sino que se deberá de acudir al control transparencia material, que comentaremos en el siguiente apartado, para poder seguir analizando su posible abusividad (en tal sentido, se acudirá a este control ya sea una cláusula esencial o accesorio, conforme a los arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE respectivamente).

Iii.1.2. Visualización práctica en la jurisprudencia sobre la comisión de apertura

Como reciente protagonista, ejemplificación de todo ello, encontramos la reciente jurisprudencia sobre la comisión de apertura⁶³ donde el TJUE, en su Sentencia de 16 de marzo de 2023, asunto C-565/21 (§§ 35, 42 y 43) resalta de nuevo la especial importancia de que, conforme a la

⁶² CÁMARA LAPUENTE, “¿Quién teme al control de incorporación...” *op. cit.* pp. 12 y 13.

⁶³ Véase el apartado II.4.2.C) de este trabajo.

normativa nacional, el órgano juzgador verifique tanto la publicidad como la entrega de información precontractual⁶⁴ (a efectos de comprobar el cumplimiento de los deberes de transparencia).

Independientemente de que el cobro de una comisión de apertura efectuado sin responder a servicio efectivo alguno prestado por parte de la entidad, de forma automática y sin acreditación, sea un acto de poca probidad (como tantos otros), lo que nos interesa aquí es comprobar cómo la jurisprudencia ha tratado la inexistencia de información precontractual a la hora de enjuiciar esta cláusula (como decimos, escogida para este apartado por la cercanía temporal de la jurisprudencia y a modo ejemplificativo).

Tras la STJUE de 16 de marzo de 2023, asunto C-565/21, son varias las Audiencias que han enjuiciado casos en los que han declarado nula una comisión de apertura por la falta de acreditación de la existencia de la información precontractual como prueba documental (entre otros motivos). Esto se debe a que, si el consumidor ni siquiera pudo conocer la cláusula, por la falta de prueba de la entrega de información contractual, difícilmente puede así comparar tal oferta con otras del mercado. Máxime, hilvanando este requisito con la transparencia material, si el consumidor no pudo conocer el contenido contractual, está claro que tampoco pudo conocer las cargas económicas y jurídicas del mismo, es decir, no tendría sentido continuar analizando la transparencia material. Entre ellas, a modo expositivo, podemos encontrar las siguientes:

- SAP de Valencia 690/2023, de 13 de noviembre (FJ 3º): “no existe prueba alguna de que la demandante fuera debidamente informada de dicha comisión por cuanto que no se ha aportado información precontractual ni tampoco consta la oferta vinculante, y de la escritura tampoco se desprende que esta información fuera facilitada, siendo esta cuestión carga de la prueba de la parte demandada, por tratarse de una obligación impuesta por la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, de transparencia de condiciones financieras servicios bancarios, vigente al momento de su otorgamiento. Por ello, el primer motivo del recurso interpuesto por la parte demandada debe ser desestimado.”
- SAP de La Rioja 445/2023, de 3 de noviembre (FJ 2º): “[n]o se le ha informado antes de la celebración del contrato ni tampoco hay mención alguna en la propia escritura, y no se puede considerar que un consumidor medio suficientemente informado esté obligado a buscar en una abundante normativa bancaria el concepto de la comisión de apertura. Es la entidad de crédito sobre quien recae la carga de la prueba de este extremo.”
- En igual sentido se pronuncian otras Audiencias: SSAP de Madrid 2564/2023, de 3 de noviembre, Toledo 978/2023, de 27 de octubre (FJ 4º), Salamanca 534/2023, de 27 de octubre (FJ 1º), Murcia 1075/2023, de 26 de octubre (FJ 3º), Soria 195/2023, de 27 de julio de 2023 (FJ 5º), Castellón 395/2023, de 2 de octubre (FJ 2º), Vitoria 1146/2023, de 26 de septiembre (FJ 2º), entre otras.

Por otro lado, en sentido contrario a esta línea jurisprudencial se encuentra aquella que da por superado este requisito de transparencia (incluso sin probar la existencia o examinar la información precontractual) por el simple motivo de que el Notario autorizante reflejó en la escritura que había cumplimentado el protocolo necesario para autorizar la misma. Es decir, se produce una sobreposición de una “presunción de veracidad” del Notario frente a la carga de la prueba de la entidad bancaria; y lo

⁶⁴ Como expusieron las SSTJUE 226 de febrero de 2015, asunto C-143/13 (c. *Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei v. SC Volksbank România SA*), §75, y de 3 octubre de 2019, asunto C-621/17 (c. *Kiss v. Cib Bank*), § 44: la publicidad proporcionada por el prestamista en el marco de una “negociación” contractual también es uno de los elementos que debe analizar el órgano juzgador para comprobar la abusividad de la cláusula.

más sorprendente, frente a siquiera analizar si realmente existió OV o FIPER, o si dicha cláusula se encontraba en esa información precontractual, o si estaba redactada en igual sentido que en el contrato definitivo⁶⁵. Con este tipo de argumentaciones, lo único que se consigue es privar de valor a la inversión de la carga de la prueba operante en este sector, de vital importancia, y permitir que la entidad, sin aportar documento alguno, pueda zafarse del control sin perjuicio alguno.⁶⁶

En resumidas cuentas, esta última justificación de la segunda línea jurisprudencial, a nuestro juicio, es completamente desacertada respecto a la normativa de consumo y al principio de efectividad, ya que corresponde a la entidad probar que realmente informó de manera correcta al consumidor (descargando de él la carga de la prueba y evitando que tenga que soportar el peso de, no sólo el perjuicio derivado de la cláusula abusiva, sino además del procedimiento judicial). Como bien señala la SAP de Vitoria 1133/2023, de 22 de septiembre:

Resulta llamativo que la mera lectura de la escritura permita que se recoja una afirmación rotunda sobre la falta de discrepancia entre lo que es un documento complejo, la oferta vinculante, cuyo tenor desconocemos, y un documento público, con las siete cláusulas financieras que recoge. A ese respecto, no se nos ofrece ninguna explicación.

[A] no haberse acreditado por la entidad financiera que hubiese ofrecido suficiente información precontractual, ni que se entregara a la parte prestataria un ejemplar de las condiciones del préstamo que luego figurarían predisuestas en la escritura, y dado que no nos consta la publicidad supuestamente emitida por la entidad sobre préstamos hipotecarios que pudiesen ser similares al que nos ocupa, nos encontramos ante una cláusula que no es transparente aunque la comisión de apertura que refleja pueda ser lícita.

III.2. Control de transparencia material

Pasando a este segundo control, resulta evidente igualmente que una cláusula no puede ser calificada como transparente si no ha superado también el *segundo filtro* de la transparencia, el de la vertiente material. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 9 de mayo de 2013, haciéndose eco de lo establecido en su anterior Sentencia 406/2012, de 18 de junio, acogió la tesis de la existencia de un *doble filtro de transparencia*, el cual permite cerciorarse de que, el consumidor conocía al momento de contratar la *carga económica* que supone para él celebrar ese contrato (onerosidad o sacrificio patrimonial realizado por la contraprestación económica a obtener); así como la *carga jurídica* (su posición jurídica dentro del contrato, y en la ejecución o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo).

⁶⁵ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., “Control de transparencia material y actuación notarial conforme a la jurisprudencia y la Ley 5/2019 de Contratos de Crédito Inmobiliario”, en *Revista de Derecho Civil* n° 2, vol. VI, 2019, pp. 244 y 245; disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/419>. En palabras de la autora: “como se puede observar, nuestra jurisprudencia advierte que la actuación del notario viene a servir de complemento a la información precontractual en el marco del control de transparencia material y del cumplimiento de los deberes legales impuestos al prestamista a este respecto; pero nunca la intervención del notario excluirá la exigencia de que se proporcione la adecuada y suficiente información al prestatario, con la debida antelación, de forma previa a su vinculación contractual con el prestamista”. Para más información sobre cómo ha evolucionado este requisito tras la entrada en vigor de la LCCI, véase la obra completa.

⁶⁶ En este sentido, encontramos jurisprudencia a favor de esta “presunción” en las SSAP de Navarra 1045/2023, de 19 de diciembre (FJ 1º), de Girona 836/2023, de 11 de diciembre (FJ 11º), de Huelva 779/2023, de 30 de noviembre (FJ 3º), de Huesca 236/2023 de 24 de noviembre (FJ 2º), de Zaragoza 506/2023, de 15 de noviembre (FJ 5º), entre otras.

Posteriormente, en su Sentencia de 8 de septiembre de 2014 desarrolló la caracterización y fundamento de este peculiar control. Éste no deja de ser sino un desarrollo del control de inclusión para los contratos de adhesión, derivado de los deberes contractuales de transparencia del predisponente, por los que debe garantizar al adherente la comprensibilidad real (ya no sólo gramatical) de los aspectos del contrato, de modo que lo que se pretende comprobar es que la entidad informó al cliente de las cargas que asumiría tanto económicas como jurídicas en su posición contractual.

El origen normativo de este control de transparencia se encuentra en la Directiva 93/13/CEE, en sus arts. 4.2 y 5, cuyo problema principal era (y es) su falta de transposición a nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, como advirtió ya Pertíñez⁶⁷ en nuestro ordenamiento jurídico la transposición de estas exigencias deriva de la inclusión de un *principio general de transparencia*; y, dentro de este, encontramos expresamente la obligación de redacción de manera legible, comprensible y concreta (arts. 5.5 y 7.b) LCGC). Esta posición fue suscrita posteriormente por nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de septiembre de 2014, que lo expuso como una *plasmación del principio de transparencia real, implícito en el marco general del control de abusividad*. Es decir, a fecha actual, el control de transparencia en su vertiente material es, y sigue siendo, de construcción y desarrollo jurisprudencial, aunque su origen interpretativo provenga de la normativa europea. Las precisiones expuestas por el TS en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 fueron reiteradas por el TJUE en su Sentencia de 30 de abril de 2014, donde prosiguió analizando el funcionamiento de esta vertiente material de la transparencia.

Este filtro no pretende además sino salvaguardar que el adherente, con conocimiento de causa de las obligaciones que asumirá (económicas y jurídicas), pueda comparar la oferta expuesta por el predisponente y las restantes que se encuentran en el mercado, pudiendo así decidir cuál aceptará para la contratación del producto pretendido. Por este motivo, la aplicación de este control no puede limitarse a aquellas cláusulas que revisten carácter esencial en el contrato, sino que se deben aplicar también a las cláusulas accesorias, como se apuntaba en las SSTJUE 30 de abril de 2014, 26 de febrero de 2015 y 16 de marzo de 2023, criterio asumido por nuestro Alto Tribunal en la Sentencia de 29 de mayo de 2023.

Por lo tanto, la transparencia material se define⁶⁸ como el requisito de que un consumidor medio (*normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz*) cuente con la oportunidad real de *conocer* todas las cláusulas que formarán parte del contrato, así como sus consecuencias. Es decir, las cláusulas se han de redactar de manera *clara y comprensible*, implicando igualmente que, desde la lupa de un consumidor medio, estas deben superar el control de incorporación e inclusión, debiendo informar al mismo de las cargas económicas y jurídicas que supondrá la adhesión al contrato. Y, respecto al momento contractual⁶⁹, el consumidor debe prever, basándose en criterios claros y comprensibles, las cláusulas y sus consecuencias, lo cual implica que tanto antes de la contratación como durante la misma (y su ejecución), se deben cumplir los deberes de transparencia. Además, la falta de

⁶⁷ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “El deber de transparencia en la redacción de las cláusulas contractuales predispuestas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 5.ª) de 10 de mayo de 2001]”, *Revista de Actualidad Civil* n.º 45, La Ley Digital, 2002, *in totum*.

⁶⁸ CÁMARA LAPUENTE, S.: “Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado (AAMN)*, LV, 2014-2015, pp. 594 y 595. Disponible en: http://www.cnotarial-madrid.org/nv1024/paginas/TOMOS_ACADEMIA/055-12-SERGIO_C%3%81MARA_LAPUENTE.pdf

⁶⁹ STJUE 26 de abril de 2012, asunto C-472/10 (*c. Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság v. Invitel Távközlési Zrt*), §§ 23, 24 y 27.

información precontractual no puede ser suplida con información durante la ejecución del contrato, ni con una mera remisión al clausulado o a una disposición legal o reglamentaria, sino que se debe informar al consumidor del contenido de forma correcta (en función de las circunstancias del caso y de los productos o servicios que se trate) con la suficiente antelación durante la ejecución del contrato de cualquier posible modificación.⁷⁰

Junto al concepto de *cláusula abusiva* que veremos más adelante, también encontramos el de *cláusula no transparente*, aquella que no supera los controles de transparencia, cuyo derivado efecto será la abusividad de la misma. A efectos ejemplificativos, véase el FD 13º de la ya reiterada STS de 9 de mayo de 2013, apartado 2.2, donde se concluyó que, ante el análisis de la abusividad de las cláusulas suelo, estas no eran transparente porque (i) había una falta de información suficientemente clara de que es un elemento definitorio del objeto principal del contrato [al limitar el tipo de interés, el precio se ve afectado proporcional y considerablemente], (ii) se insertaron junto con las cláusulas techo, como aparente contraprestación de las mismas, (iii) no había simulaciones en el momento de contratar de los posibles escenarios que mostrasen al prestatario cómo se comportaría ante variaciones del tipo de interés, (iv) también había falta de información previa clara y comprensible al cliente del coste en comparación con otros contratos de préstamo de la entidad o advertencia de que a ese concreto perfil de cliente no se le ofertarían los mismos (préstamos sin cláusula suelo), y (v) se ubicaban entre una abrumadora cantidad de datos, enmascaradas, diluyendo la atención del consumidor (y dificultando por tanto su comprensión).⁷¹

III.2.1. De la falta de transposición del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE a su aplicación a los elementos accesorios

El fenómeno de la creación y perfeccionamiento del principio de transparencia en nuestro ordenamiento ha ido pasando por diferentes etapas e interpretaciones de toda índole hasta terminar, actualmente, en los criterios que el TS plantea en la reciente STS de 29 de mayo de 2023 (sobre la comisión de apertura [elemento accesorio]), donde llegó a aceptar la interpretación del TJUE de que este control se podía aplicar no sólo a los elementos esenciales del contrato conforme al art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE sino también a los accesorios conforme a su art. 5.

No obstante, antes de continuar, asentada ya la distinción entre la transparencia formal (incorporación o inclusión) y la material, es de vital importancia para el lector que toda vez que se haga referencia al término *transparencia* en el ámbito de la Directiva 93/13/CEE, se está haciendo referencia al control completo (formal y material). Es decir, si se alude a que “una cláusula que esté redactada de forma clara y comprensible, por ende, transparente, no será sometida al control de contenido” se está hablando no sólo de la redacción clara y comprensible, sino de la comprensión real de las consecuencias jurídicas y económicas que las mismas tienen sobre el consumidor en su posición contractual.

Como decíamos, todo comenzó⁷² con la negligente falta de transposición del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE a nuestro ordenamiento jurídico, el cual, en resumidas cuentas, pretendía que

⁷⁰ STJUE 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11 (c. *RWE Vertrieb AG v. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*), §§ 51 y 52.

⁷¹ MIRA CANTÓ, A. L., “Control notarial de las cláusulas abusivas”, en CASTILLO MARTÍNEZ, C. C. (dir.), *Jurisprudencia sobre Hipotecas y Contratos Bancarios y Financieros*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 189-201.

⁷² CÁMARA LAPUENTE (2013), “No puede calificarse como cláusula abusiva la que define...”, *cit.* Para una mejor comprensión y crítica doctrinal certera sobre los inicios de este debate, véase la obra completa del autor.

si una cláusula (esencial) resultaba ser transparente esta no sería objeto de control de contenido. Esto derivó en que existiese un vacío legal que debía ser colmado jurisprudencialmente para poder saber si en nuestro ordenamiento resultaría o no de aplicación ese precepto, a efectos de controlar la abusividad de las cláusulas esenciales. En una primera aproximación, el TJUE, en su Sentencia de 3 de junio 2010, asunto C-484/08 (c. *Caja de Aborros y Monte de Piedad de Madrid v. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*) consideró que esta ausencia de transposición no excluía que los Estados miembros pudiesen ampliar el nivel de protección de la Directiva en su normativa interna; de manera que, sorprendentemente, decidió interpretar la normativa española señalando que ésta permitía elevar tal nivel de protección. Esto daba a entender que todo desembocaría en que la no transposición del precepto se debía interpretar a favor de la no inclusión de la regla del art. 4.2, y consecuentemente en la posibilidad de control total sobre las cláusulas esenciales sean o no transparentes (ya que esto supondría un aumento del nivel de protección respecto a lo previsto en la Directiva).

Esta intromisión por parte del TJUE en la interpretación normativa interna dio lugar a que la doctrina⁷³ y la jurisprudencia se pronunciasen al respecto incidiendo en que este vacío legal no se debía colmar con el control total, ya que el “silencio” del legislador en la transposición no fue en pro de tal posición, sino que su voluntad real fue incluir el precepto, pero por negligencia en la transposición parlamentaria nunca se llegó a producir. Tras ello, el TS en su Sentencia de 9 de mayo de 2013 se posicionó en favor de esta segunda tesis.

Para ofrecer un contexto del motivo que originó el contenido de este art. 4.2, todo proviene de las reglas de no injerencia normativa (y por ello, judicial) y de los principios de libertad de empresa y libre autonomía de la voluntad de las partes, por los cuales se pretendía evitar realizar un control de precios que influyese en la libre competencia del mercado⁷⁴. Por ello, la falta de transposición no sólo dio lugar a estas dudas interpretativas, sino que además se cuestionaron también los efectos de la falta de transparencia, puesto que la Directiva nada decía al respecto, lo cual trataremos en el siguiente apartado.

Dejando todo esto de lado, hasta el propio Abogado General NILS WAHL, de la STJUE 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, se cuestionaba los motivos de que el art. 4.2 excluyese la posibilidad de controlar el carácter abusivo de las cláusulas esenciales si se supera la transparencia, ya que se supone que el objetivo principal de la Directiva era proteger al consumidor precisamente. Por eso reiteró la importancia que tenía que los Estados miembros ampliaran el nivel de protección permitiendo controlar la abusividad de las cláusulas a través del control de contenido incluso si se superase la transparencia, cosa que en nuestro país no se llegó a llevar a cabo.⁷⁵

El gran protagonista de este tema, la transparencia en su vertiente material, también ha sufrido incertidumbres interpretativas respecto a su aplicación a elementos accesorios del contrato, como decíamos. El Tribunal Europeo aclaró la cuestión que nuestro Tribunal Supremo tanto tardó

⁷³ A modo de ejemplo grandes autores en esta materia como PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *Revista para el Análisis del Derecho* (Indret) n°3, 2013, pp. 22-24; Disponible en: <https://www.raco.cat/index.php/Indret/article/download/268267/355840/>, y en igual sentido CÁMARA LAPUENTE (2013), “No puede calificarse como cláusula abusiva la que define...” *cit.*, p. 5.

⁷⁴ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2013), *op. cit.* pp. 8 y 9.

⁷⁵ En palabras del Abogado General (p. 8): “... resulta sorprendente que la Directiva 93/13, cuyo principal objetivo es proteger al consumidor, excluya al mismo tiempo que pueda apreciarse el carácter abusivo de las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente y que se sitúan en el propio núcleo del contrato. Esto explica ciertamente que determinados Estados miembros hayan elegido ampliar el nivel de protección otorgado por la Directiva 93/13, no incorporando la limitación derivada del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 en sus normas de transposición.”

en admitir: “la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida en los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13 —los cuales tienen, por lo demás, un alcance idéntico— no puede reducirse sólo al carácter comprensible de aquéllas en un plano formal y gramatical” (STJUE 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13 (§ 73)). Es decir, la tesis que se acogía respecto a la cual se evitaba controlar por transparencia material las cláusulas accesorias debido a que “los consumidores no las tienen en cuenta, ni las leen”⁷⁶ era errónea por varios motivos:

- (I) El adherente, ubicado en el momento temporal de la fase precontractual donde obtiene la información y analiza la publicidad necesaria para optar por las diferentes ofertas del mercado, y actuar así con conocimiento de causa, tendría también en cuenta los elementos accesorios del contrato si se le avisase de las consecuencias jurídicas y económicas que van a derivar de estos. Es decir, no es que no la tenga en cuenta ni las lea, sino que en estos tipos contractuales donde el futuro prestatario se ve sobrepasado por el gran contenido obligacional, no es capaz de atender a todos los elementos de los que no es avisado.
- (II) Ninguna objeción cabe al respecto en cuanto a la afirmación de que si se le advirtiese de cómo funcionan ciertas cláusulas accesorias sí que podría decantarse por otras ofertas del mercado (tendría conocimiento de causa). Entre ellas, de forma ejemplificativa, y dejando de lado la ya declarada abusividad de éstas: la cláusula suelo (pese a la postura del Tribunal Supremo), es una cláusula accesoria cuyas consecuencias económicas son altamente considerables para el consumidor; las comisiones de apertura, máxime en los contratos de crédito hipotecario⁷⁷, también suponen una barrera económica de entrada que tendrá en cuenta; por otro lado, los intereses moratorios que ha de abonar en caso de impago de una cuota también son de merecida importancia para el futuro de su posición contractual, ante los posibles impagos que realice por circunstancias económicas normalmente imprevisibles y ajenas a su voluntad.
- (III) La transparencia formal conforme a la aplicación práctica de la exégesis normativa en la contratación bancaria demuestra que resulta altamente insuficiente (por sí sola) para la comprensión real de la cláusula por un consumidor medio. Más aún, suprimir de este control a estas cláusulas no es sino una puerta abierta a la imaginación del redactor contractual bancario que podrá imponer al adherente todo tipo de cláusulas (que no supongan un desequilibrio conforme al control de contenido) siempre y cuando las redacte de forma “sencilla” y asegure su conocimiento y comprensión formal. Y yendo todavía más lejos, el control de transparencia es una herramienta de vital importancia en nuestro ordenamiento ya que consigue hacer frente al error/vicio del consentimiento y a sus efectos

⁷⁶ En favor de esta tesis (accesorias = no transparencia material), véase por ejemplo PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2013) *cit.* p. 18; también MIRANDA SERRANO, L. M. “Consecuencias de la falta de transparencia material de las cláusulas no negociadas individualmente: a propósito de algunas experiencias en el sector financiero”, *Rev. de Derecho del Sistema Financiero* n° 4, 2022, p. 31, disponible en: <https://rdsfin.com/wp-content/uploads/2022/11/RDSF-num.-4-2-2022-111-155.pdf>; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato”, en *Almacén de Derecho*, 2017, disponible en: <https://almacenederecho.org/clausulas-predispuestas-describen-objeto-principal-del-contrato>; y PANTALEÓN PRIETO, F., “Las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores”, Comares, Granada, 2023, p. 18.

⁷⁷ En este tipo contractual, la comisión de apertura no se suele devengar de igual manera que en los préstamos hipotecarios. Es decir, en los segundos, se devenga una comisión única al inicio del préstamo, no obstante, en los créditos hipotecarios (no en todos) debido a su funcionamiento se devenga una comisión de apertura por cada disposición del capital que realice el prestatario a lo largo de la vida del préstamo. De modo que en estos cobra especial relevancia que se avise de la existencia y funcionamiento de la comisión de apertura, ya que cada vez que quiera acceder al capital tendrá que abonar una cantidad (normalmente porcentual [*e.g.* 0,5% sobre cada disposición de capital que realice]) en concepto de comisión de apertura.

(nulidad total del contrato), debiendo por ello ser acogido como requisito a cumplir en la contratación bancaria.

- (IV) Por último, pero no menos importante, del mismo modo que el art. 4.2 de la Directiva pretende no influir en la libre competencia del mercado, lo cual remarca la genuina importancia de que se clasifique como elemento esencial del contrato sólo a aquellos que realmente lo son (y no a la práctica totalidad de las cláusulas económicas, para eludir así el control de contenido), no existen motivos semejantes para concluir interpretativamente que la Directiva no buscaba aplicar la transparencia material también a los accesorios. Es decir, incluir este control pretende blindar la protección del consumidor frente a la abusividad bancaria y permitirle acceder a sus derechos de información de forma íntegra, también en la vertiente material (con especial ahínco aquellos derivados de la normativa sectorial), lo que sí que persigue la norma. Afortunadamente, el Tribunal Supremo aceptó esta tesis -aunque parece ser que no sin resistencia-, en su Sentencia de 29 de mayo de 2023.

III.2.2. Carácter objetivo del consumidor (medio)

A estas alturas del trabajo, donde el lector podrá tener ya estructurado el esquema mental que compone la transparencia en la contratación bancaria, es aquí donde, una vez comprendidos los términos manejados en este ámbito, podemos introducir el concepto del «consumidor medio». Debido a que la importancia de exponer cuál es el carácter que se le da a la interpretación de este concepto nos servirá de igual modo para poder diferenciar así también los términos *conocimiento, comprensión, consentimiento y negociación*.

Está claro que el conocimiento, en cualquier tipo de contratación, no sólo en la bancaria, es una poderosa herramienta que puede hacer que las posiciones de las partes se equilibren o desequilibren, pudiendo dar lugar a las prácticas abusivas. Es por ello por lo que, a la hora de interpretar la normativa y jurisprudencia expuesta surge la duda sobre si el carácter del consumidor se ha de interpretar de forma objetiva o subjetiva. Si nos decantásemos por la segunda, cada caso en sede judicial revestiría una incesable complejidad para demostrar por qué (y de qué forma) ese consumidor “no pudo conocer o comprender” el contenido de la cláusula atendiendo a su nivel de conocimientos. También conllevaría posiblemente a que se tuviesen que realizar ciertos cribados en atención a la formación de la persona (educación secundaria, formación profesional, grados, másteres, etcétera), a la materia, nivel de experiencia en sede contractual, posibilidad negociadora, entre tantas muchas otras.

Es decir, como resultaría imposible atender caso por caso a cada sujeto, comprobando cuáles son sus niveles de conocimiento, comprensión y capacidad negociadora, se creó para ello la figura del consumidor medio.

Esta figura, como expone Cámara⁷⁸ encuentra su origen en la jurisprudencia europea de finales del siglo XX (STJUE de 16 de julio de 1998, asunto C-210/96 (c. *Gut Springenbeide GmbH, Rudolf Tusky*)), en el marco de la información, publicidad, marcas y prácticas desleales (nótese la amplia trayectoria del concepto, ya que el caso concreto de la Sentencia versa sobre la influencia de la publicidad en la venta de huevos a consumidores). Esta Sentencia introdujo en sus párrafos 31 y 37 el criterio de interpretación objetivo del consumidor medio, siendo aquel “normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”; es decir, para que el órgano juzgador pudiese comprobar si

⁷⁸ CÁMARA LAPUENTE (2022), *cit.*, pp. 152-155.

una determinada práctica comercial podría resultar engañosa para un consumidor, se había de analizar la expectativa que este tenía a la hora de adquirir tal bien y servicio (si de la expectativa a la realidad existía engaño). Si bien, el órgano, podría evacuar informes periciales o encargar la realización de sondeos de opinión para poder decidir de forma más certera en casos complejos (§ 31 de la Sentencia).

Este criterio fue adoptado también por futuras SSTJUE en el ámbito de la contratación bajo condiciones generales de la contratación, como por ejemplo en la de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, sobre hipotecas multidivisa (§ 74)⁷⁹. De forma que, con todo lo anteriormente expuesto, el criterio que ha de tener en cuenta el Juez para poder analizar el cumplimiento de la transparencia es que, para corroborar el carácter claro y comprensible de la cláusula litigiosa, se tendrá en cuenta la publicidad e información ofrecidas por el prestamista en el marco de la negociación del contrato, y se tendrá en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. Lo cual, hilvanado a la transparencia formal y material, equivale a que la cláusula ya no sólo debe estar redactada de forma clara y comprensible formal y gramaticalmente, sino que el consumidor medio también ha de estar en condiciones de comprender el funcionamiento de la cláusula y las consecuencias económicas y obligaciones financieras que derivan de ésta, para poder valorarla correctamente (STJUE 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18, §§ 50 y 51).

Respecto al desarrollo interpretativo que se le dio a este término en sus inicios⁸⁰, utilizado en la verificación del posible engaño o error que podía derivar de la publicidad o etiquetado de productos de consumo en materia de marcas, la primera consideración que se deducía de la jurisprudencia europea era que el consumidor medio era una persona física, no profesional, que adquiriría los bienes o servicios para su consumo final, con el objetivo de satisfacer las necesidades personales o familiares. Por otro lado, los puntos clave del análisis se centraban en la actitud de éste (razonablemente atento y perspicaz) y en su nivel de conocimientos (normalmente informado). Todo ello derivaba en que se analizaran criterios como los factores sociales, culturales o lingüísticos, o como señala el Abogado General Cosmas en sus Conclusiones de 19 de febrero de 1998 del asunto C-385/96 (§ 45), este consumidor se define como “un consumidor con una conducta típica y previsible, desprovisto de conocimientos o exigencias muy especiales (...) capaz de leer y escribir suficientemente en su lengua”. No obstante, ya sabemos que, conforme a la normativa actual, el criterio de “destinatario final” ha desaparecido para dar pie al de “actuación en un ámbito ajeno al de su actividad empresarial o profesional”; si bien, el resto de consideraciones han permanecido inalteradas.

Por último, para cerrar esta referencia al concepto de consumidor medio hemos de incluir una cita a las Conclusiones de la Abogada General Medina de 18 de enero de 2024 sobre el asunto C-450/22, relativo a acciones colectivas en el marco de cláusulas suelo. En esta, las entidades bancarias demandadas plantearon la improcedencia de ejercitar acciones colectivas en el marco de los controles de transparencia, y la no viabilidad de analizar el caso conforme al concepto de consumidor

⁷⁹ Como cita el autor en la obra de la anterior nota a pie de página, este criterio se reiteró en las SSTJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, 10 de junio de 2021, asuntos C-776/19 a C-782/19 (c. *VB. y otros v. BNP Paribas Personal Finance SA*), o en recientes como la de 16 de marzo de 2023, asunto C-565/21 sobre la comisión de apertura.

⁸⁰ GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en *Rev. de Derecho Comunitario Europeo* nº 8, 2004, p. 3. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=909110>.

medio ante la diversidad de entidades, contratos, clientes y cláusulas objeto de litigio⁸¹. La Abogada General ha precisado que tanto las acciones individuales como colectivas son complementarias, y que, en las acciones colectivas, la declaración de cesación sólo afectará al consumidor que es parte del procedimiento (si bien la normativa nacional puede prever que surta efectos *ultra partes*). De modo que el carácter objetivo del consumidor (medio), es una “ficción jurídica que intenta reducir a un denominador común una realidad muy diversa”, el cual “ha sido adaptado a la realidad del comportamiento del consumidor en el marco de la contratación estandarizada”.

Por otro lado, ha confirmado que, tanto para las cláusulas esenciales como accesorias, la Directiva 93/13/CEE no limita el ejercicio de las acciones colectivas, ni siquiera las distingue, sino que, todo lo contrario, de la propia finalidad de la norma se puede concluir que supone otro mecanismo adicional reforzado. Por lo que, independientemente de la multiplicidad de entidades bancarias y cláusulas intervinientes, es a la entidad bancaria a quien sigue correspondiendo probar que ha cumplido los deberes de transparencia para evitar la posible condena. Y, concluye advirtiendo que el hecho de que hubiesen transcurrido varios años entre la fecha de suscripción del contrato y la del ejercicio de la acción, no tiene relevancia para modificar el concepto de consumidor medio, pero sí que podrá analizar el órgano nacional si el consumidor medio contratante antes de los litigios derivados de las cláusulas suelo tenía unas percepciones y atenciones distintas a las del consumidor medio posterior. Por lo tanto, el ejercicio de acciones colectivas contra múltiples entidades en contratos de distintas fechas sigue siendo evaluable a través del carácter objetivo del consumidor, y debe recaer sobre cada entidad probar que cumplió con los deberes de información exigibles, y que sus prácticas cumplieron las exigencias de transparencia.

III.2.3. Distinción entre *conocimiento*, *comprensión*, *consentimiento* y *negociación*

Delimitar el significado de los conceptos «conocimiento», «comprensión», «consentimiento» y «negociación», protagonistas en la redacción doctrinal y jurisprudencial de este sector⁸², resulta una cuestión de vital importancia para entender este complejo tema.

- Conocimiento⁸³: este primer concepto lo encontramos repetido en las tres normas esenciales de este sector (LCGC, TRLGDCU y Directiva 93/13/CEE) por un motivo que ya lo desvela

⁸¹ Entre los distintos autores que pronunciaban a favor de la subjetivación del control de transparencia, véase MIRANDA SERRANO (2022), pp. 7-9; AGÜERO ORTIZ, A., “Análisis jurisprudencial de la evolución del control de transparencia de las cláusulas suelo”, *RevISTA CESCO de Derecho de Consumo*, nº 36, 2020, pp. 92 y 93, disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/2581/1933>; PANTALEÓN PRIETO, F., “Sobre la transparencia material de cláusulas predispuestas de lege lata y de lege ferenda”, *Almacén de Derecho*, 2020, disponible en: <https://almacenederecho.org/sobre-la-transparencia-material-de-clausulas-predispuestas-de-lege-lata-y-de-lege-ferenda>; entre otros. En sentido contrario, véase CÁMARA LAPUENTE (2014) “El control de transparencia de las cláusulas suelo...” *cit.*, pp. 213-215; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., “Control de transparencia, cláusulas abusivas y consentimiento contractual Reflexiones a partir de la última jurisprudencia del TS sobre novación y transacción de cláusulas suelo”, *Revista de Derecho Civil* nº 1, vol. VI, p. 383, disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/download/383/344>, entre otros.

⁸² Respecto a la importancia interpretativa de estos conceptos destacar en especial a CÁMARA LAPUENTE (2021), *cit.* pp. 4-9; consideraciones similares encontramos también en MIRANDA SERRANO (2018), *cit.*, pp. 11-21; ORDUÑA MORENO (2016), *cit.* pp. 8-10; y MARTÍNEZ ESCRIBANO, *op. cit.* pp. 377-380. Todos ellos utilizados para confeccionar el presente apartado.

⁸³ Considerando 20º Directiva 13/93/CEE: “el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas”, Preámbulo de la LCGC: “[e]n uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas”.

este apunte; el término *conocimiento* está íntimamente relacionado con el control de incorporación o inclusión (aplicable tanto a B2B como a B2C). Es decir, el conocimiento está ligado a la información entregada al consumidor referente a la oferta o al propio contrato, de modo que éste debe conocer el clausulado que se insertará en el contrato o que está ya insertado (dependiendo de la fase contractual, por ejemplo, teniendo una copia del contrato o de la OV). De manera que si el empresario no cumple con sus deberes informativos el consumidor no podrá “conocer”, ya que la normativa pretende garantizar la oportunidad real de conocimiento por parte del adherente. Desde la perspectiva del control de transparencia material, este conocimiento implicará que se le entregue al consumidor los documentos necesarios para poder conocer las cargas jurídicas y económicas (sin entrar todavía a si las “entenderá” o no). A grandes rasgos, este concepto pretende garantizar, como paso previo al resto de conceptos, la entrega efectiva de la documentación e información, para que así posteriormente (entrando a partir de aquí el resto de conceptos) el consumidor pueda comprender, evaluar el contenido y compararlo con las diferentes ofertas del mercado, decidiendo si quedar vinculado adhiriéndose o no a esta.

- Comprensión⁸⁴: el segundo paso en este recorrido es la *comprensibilidad*, la cual también tiene una vertiente “formal” y otra “material”. La comprensibilidad formal de la cláusula compone la segunda parte del control de incorporación o inclusión, por el que las cláusulas han de ser redactadas de forma clara, concreta y sencilla, garantizando el acceso al mero entendimiento gramatical al consumidor medio. Por otro lado, la vertiente material, proviene de la transparencia material de la Directiva 93/13/CEE, por la que la transparencia no se agota con tal filtro, sino que además se debe analizar si un consumidor medio podría comprender las consecuencias económicas y jurídicas que derivan de la aplicación de la cláusula, para que pueda así modular su decisión de contratación dependiendo de la oferta a la que quiera acceder. Es decir, desde el punto de vista del carácter objetivo del consumidor, se ha de observar que la cláusula arroja los parámetros de cumplimiento del deber de transparencia para un consumidor medio.
- Consentimiento⁸⁵: el consentimiento negocial en los contratos de adhesión posee un carácter diferenciado del resto de los contratos típicos del Derecho general de las obligaciones y contratos. Esto se debe a que en estos primeros el predisponente incluye en ellos unilateralmente un compendio de cláusulas redactadas sin posibilidad de intervención del adherente, y este último sólo puede aceptar o rechazar la totalidad de las mismas, sin capacidad negociadora. Por lo tanto, el consentimiento se predica únicamente, como decía DE CASTRO⁸⁶ “sobre el objeto y la causa del contrato (arts. 1.261 y 1.262 del C.c.) y no sobre cada uno de los pactos, cláusulas o condiciones de los mismos (comp. arts. 1.255 y 1.647 del Código Civil)”, respecto de las que bastará una referencia general”. Esta afirmación magnifica la importancia de no otorgar la misma validez general al consentimiento en esta fase contractual, ya que el consumidor *consiente* (formal y materialmente) el clausulado general

⁸⁴ Considerando 20º y arts. 4.2 y 5 de la Directiva 13/93/CEE: “*los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles*”,

⁸⁵ CAÑIZARES LASO, A., “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación”, en SENÉS MOTILLA, C., *Jornada Cláusulas abusivas: problemas sustantivos y procesales*, Granada, 2016, pp. 21-31. Disponible en: <https://rajylgr.es/wp-content/uploads/2017/11/jornada-clausulas-abusivas.pdf>.

⁸⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 35, nº 4, p. 1053. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46561>.

que se le impondrá en el contrato, pero después ese consentimiento no será invalidante de la nulidad por abusiva de una cláusula⁸⁷. La motivación de esta tesis se encuentra en el control de transparencia, donde el consumidor medio, una vez tiene conocimiento y comprensión sobre la cláusula, sólo entonces podrá “consentir” su adhesión al clausulado. Por otro lado, como bien puntualiza Cámara⁸⁸ si todo esto fuese analizado desde el punto de vista de la subjetividad del consumidor (de ese consumidor concreto del caso), nos iríamos de la lupa de la transparencia a la de los vicios del consentimiento por error o dolo, ya que la transparencia busca medir el cumplimiento de los deberes del empresario, y no la comprensión de cada concreto consumidor en el caso concreto.

Por lo tanto, por un lado el control de incorporación o inclusión queda configurado como un control de conocimiento⁸⁹, que se aplicará tanto a las cláusulas esenciales como accesorias. En cambio, el control de transparencia material sí que se configura como un control de consentimiento, aplicable tanto para las cláusulas esenciales como para las accesorias. En conclusión, la transparencia, en sentido formal y material, converge como parámetro abstracto de validez desde el punto de vista de un consumidor medio, por el que, a través de ésta se podrá garantizar que preste un consentimiento protegiendo su derecho de información y acceso a las ofertas del mercado (conociendo y comprendiendo las mismas). De este modo, como se expuso en la STJUE 13 de julio de 2023, asunto C-265/22 (c. Z.R. y P.I. v. B. Santander) (§ 53) y 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16 (c. Ruxandra Paula Andriciu y otros v. Banca Românească SA) (§ 51), la exigencia de la redacción clara y comprensible implica que “las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que estos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes”.

- Negociación: como ya se ha adelantado en este trabajo, el rótulo que distingue a las cláusulas objeto de la LCGC y del TRLGDCU es que en la primera se les denomina como “condiciones generales de la contratación” y en el segundo como “cláusulas *no negociadas* individualmente”, pese a que en la práctica vengán a ser términos casi tautológicos (refiriéndonos a los contratos de consumo, y dejando de lado las diferencias que operan en los contratos B2B). Con esto lo que se pretende poner de manifiesto es que la esencia de los contratos de adhesión nace en la ausencia de negociación individual de los mismos, es decir, el adherente no tiene capacidad de negociación con el predisponente, únicamente podrá elegir entre las distintas ofertas del mercado la que mejor se adapte a sus necesidades⁹⁰.

⁸⁷ A este respecto cabe realizar otro apunte. El Tribunal de Luxemburgo, en su Sentencia de 21 de febrero de 2013, asunto C-472/11 (§35), aceptó la posibilidad de que, en el marco de un procedimiento, el órgano juzgador tuviese en cuenta la voluntad del consumidor en el análisis del carácter abusivo de la cláusula, de modo que si éste expresase que (aun sabiendo que es abusiva, y, por tanto, no vinculante) es contrario a que ésta se excluya del contrato, se deberá respetar tal opinión porque se estaría otorgando así un “consentimiento libre e informado” a dicha cláusula.

⁸⁸ CÁMARA LAPUENTE (2021), *cit.*, p. 5.

⁸⁹ Pese a que otros autores lo consideren como un “control de consentimiento”, cuando realmente este título ha de concederse a la transparencia material. Sobre el “control de consentimiento” CAÑIZARES LASO, A. (2022), *op. cit.*, 1157-1158.

⁹⁰ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Las condiciones generales de la contratación: estudio de las disposiciones generales”, Civitas, Madrid, 1991, p. 67. En palabras del autor: “lo que garantiza la libre decisión de los clientes no es la negociación, sino la selección entre opciones alternativas y transparentes”, expone el autor la llamada “teoría del bazar o del zoco” por la que se argumenta que la negociación no es requisito necesario para la existencia de libertad contractual. Esto es, en el mercado de las CGC la libertad contractual proviene de la autonomía privada (art. 1255 CC) y de la voluntariedad contractual del adherente; de modo que, esta libertad contractual se garantiza no con la

Asentada ya la base de la ausencia de negociación, de nuevo, Cámara⁹¹ nos ofrece una certera argumentación para mayor entendimiento: el régimen tuitivo de las cláusulas abusivas sólo opera cuando hablamos de *adhesión*, sin posibilidad de influir en el contenido de la cláusula, ya que si existiese negociación individual de ésta tendríamos que acudir al régimen general del Código Civil sobre el consentimiento (libre y voluntario). Y, como última precisión para no dejar cabos sueltos en este apartado, el hecho de que un consumidor opte por distintas ofertas dentro del mercado no implica negociación sino adhesión, y, sólo en el caso de que ejerza *motu proprio* una actuación “con ánimo de modificar” (y esta modificación tenga lugar) el contenido contractual con una o varias entidades podremos hablar de negociación pura y dura. Del mismo modo que, como veremos en el siguiente apartado, dependiendo de qué acepción le demos a estos conceptos, los efectos derivados de la falta de transparencia (o del error o vicio en el consentimiento) serán distintos.

III.2.4. Efectos derivados de la falta de transparencia material

El art. 5.5 de la LCGC es claro en cuanto a los efectos derivados de la no incorporación, puesto que establece que tal cláusula será declarada nula de pleno derecho. No obstante, dada la ausencia de transposición a nuestro Derecho interno de la transparencia material, deberíamos acudir a la Directiva 93/13/CEE para poder analizar cuál es el efecto que tendrá que una cláusula sea declarada no transparente (materialmente). El problema que nos encontraremos al hacer esto es que no existe tampoco en la normativa europea una conclusión expresa sobre qué efectos tendrá la declaración de una cláusula como no transparente. He aquí el génesis de otro embrollo jurisprudencial que ha derivado en una evolución de interpretaciones.

Lo que sí que está claro, antes de continuar, es que a grandes rasgos la falta de transparencia de una cláusula podría determinar una de las siguientes posibles consecuencias⁹²: (i) la cláusula se tendrá por no incorporada al contrato, expulsándola del mismo, sin entrar a valorar su abusividad por el cauce del control de contenido; (ii) la cláusula devendrá nula automáticamente, declarándola abusiva (*abusividad directa*); (iii) la cláusula, al no superar el filtro de la transparencia, tendrá que proseguir el camino de controles establecidos, procediendo a analizar si ésta provoca un desequilibrio perjudicial y contrario a la buena fe al consumidor, etc. (acudir al control de contenido [*abusividad ponderada*]).

negociación (ya que es inexistente) o con la base del “o lo tomas o lo dejas”, sino con las ofertas del mercado, donde el consumidor podrá rechazar el clausulado de una oferta para acudir a la de otro competidor (teniendo que adaptarse así los ofertantes). Es decir, como expone RAKOFF (*op. cit.*, p. 9), uno de los propósitos (de las grandes empresas) de la estandarización (de los contratos de adhesión) es eliminar la negociación sobre detalles de transacciones individuales. Esta teoría anglosajona revela de forma gráfica esa relación: los consumidores no recurren a la negociación (*bargaining*) a semejanza de la comercialización en un zoco o bazar, sino que realizan compras (*shopping*) eligiendo entre las diferentes ofertas del mercado competitivo.

⁹¹ CÁMARA LAPUENTE (2021), *cit.* p. 8.

⁹² CÁMARA LAPUENTE (2014-2015), *cit.* p. 562 y 563. Para el autor, la solución más acertada sería la primera (no incorporación). Esta solución es la que más cobra sentido si entendemos el régimen de transparencia y abusividad de este tipo de cláusulas, ya que la “abusividad” (art. 3.1 y 6 de la Directiva 93/13/CEE y 82.1 TRLGDCU) es propia del control de contenido, y la “incorporación” (arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, arts. 5 y 7 LCGC y 80.1 TRLGDCU) de los filtros de transparencia. Es decir, si una cláusula no es clara y comprensible para el consumidor (formal y materialmente), esta no se incorpora al contrato, sin ambages, directamente. Esta posibilidad conllevaría a que, aplicando las consecuencias de la falta de incorporación (LCGC), estas consecuencias también se podrían aplicar a los contratos entre empresarios.

Nuestro Tribunal Supremo se decantó, en sus inicios (sobre la cláusula suelo), por la segunda de las opciones, la abusividad directa. Así se estableció en las Sentencias de 9 de mayo de 2013 y 8 de septiembre de 2014⁹³ al establecer, en esta última, que este control de transparencia se conformaba *como parte integrante del control general de abusividad*. Posteriormente⁹⁴, el TJUE, a efectos de continuar con la interpretación de la Directiva para colmar las posibles contradicciones interpretativas o lagunas generadas, aclaró que este control no es sino un paso previo al control de contenido.

En palabras del mismo, en la STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 (§61): “[s]i, atendiendo a la respuesta dada a la primera cuestión prejudicial, el tribunal remitente llegara a considerar que la cláusula III/2 forma parte del «objeto principal del contrato», en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, sólo está excluida no obstante la apreciación del carácter abusivo de esa cláusula si está redactada de forma clara y comprensible”. Esta precisión se podía interpretar de diversas formas, puesto que lo que daba a entender es que, si una cláusula es transparente (conforme al art. 4.2 de la Directiva), ésta no será sometida al control de contenido; pero, la determinación de su falta de transparencia no excluía su apreciación del carácter abusivo (¿apreciación del carácter abusivo = abusividad directa? O ¿apreciación del carácter abusivo = proceder a analizar su abusividad a través del control de contenido?). Posteriormente, el Tribunal Europeo afinó este argumento (remitiéndose al párrafo citado, 61), en su Sentencia de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, por la que aclaró lo siguiente (§72): “tales cláusulas deberán ser objeto de una apreciación de su posible carácter abusivo si se comprueba que no están redactadas de forma clara y comprensible, circunstancia que también corresponde verificar al tribunal remitente”. Con esta última frase, se podía ya entender qué debía ocurrir si una cláusula no estaba redactada de forma clara y comprensibile (= no era transparente): deben ser objeto de una apreciación de su posible carácter abusivo, es decir, pasar por el control de contenido.

Pese a las numerosas certeras interpretaciones que realiza el Tribunal de Luxemburgo sobre la Directiva 93/13/CEE, en ocasiones nuestro Alto Tribunal prefiere asumir las que él considera propias y continuar con ellas. Tras las SSTJUE mencionadas en el párrafo anterior, el TS continuó determinando la abusividad directa derivada de la falta de transparencia⁹⁵. Así se declaró en la STS 138/2015, de 24 de marzo, en su FJ 3º: “[e]l art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad (...), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor” (en otras palabras: falta de transparencia = abusividad directa). Si bien, esta solución, como explicaba Cámara⁹⁶ provenía de la figura del *Transparenzgebot* del Derecho alemán, ya que el TS en el párrafo siguiente explica que el motivo de esta consecuencia está en que, al no ser transparente la cláusula, el consumidor no pudo comparar entre las distintas ofertas del mercado al no poder hacerse una representación fiel de la carga económica del contrato. De modo que, entiende que esta falta de transparencia equivale a un desequilibrio

⁹³ CÁMARA LAPUENTE (2016), *cit.* p. 10.

⁹⁴ CÁMARA LAPUENTE (2014-2015), *cit.* p. 592 y 593.

⁹⁵ CÁMARA LAPUENTE (2014-2015), *cit.* pp. 601-608.

⁹⁶ CÁMARA LAPUENTE (2014-2015), *cit.* p. 575 y 603. Como señala el autor, la figura del *Transparenzgebot* en el derecho alemán, concretamente en el artículo 307 del Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), incorporó una nueva perspectiva para los efectos de la transparencia en el apartado 1 del precepto. Según este (en el que se ubica el control de contenido), una cláusula también *puede* causar un desequilibrio a la otra parte y ser contraria a la buena fe si no es clara y comprensible. Esto dio lugar a que, tras unas primeras sentencias en las que se declaró el carácter abusivo directo por falta de transparencia, en la actualidad se ha optado por una abusividad ponderada (en Alemania). De modo que nuestro TS acogió (sin refrendo normativo europeo o interno, ni jurisprudencia europea (relativa al derecho interno) o interna, esta posibilidad de abusividad directa ante un desequilibrio (en este caso, subjetivo).

subjetivo de precio y prestación. En materia de cláusulas suelo (protagonista de estos inicios), el TS siguió manteniendo hasta nuestros días esta consideración de abusividad ponderada (véase las SSTs 334/2017 de 25 de mayo, 528/2019 de 9 de octubre, 22/2021 de 21 de enero, 985/2022 de 21 de diciembre, y 1557/2023 de 13 de noviembre, entre otras).

La STJUE 26 de enero de 2017, asunto C-421/14 (c. *Banco Primus, S.A., v. Jesús Gutiérrez García*) volvió a reiterar que la transparencia suponía un paso previo en a la declaración de abusividad (§ 64), de manera que, si una cláusula (elemento esencial), no ha sido redactada de forma clara y comprensible, “incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar el carácter abusivo de dicha cláusula y, en particular, si ésta causa, en detrimento del consumidor de que se trate, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato”.

No obstante, fuera del ámbito de las cláusulas suelo (donde no se abandonó la abusividad directa) el Tribunal Supremo sí que admitió que una cláusula que la falta de transparencia no supone *per se* un desequilibrio (y su consecuente abusividad), sino que se debe analizar también si la provoca además un “desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe” (STS 25 de mayo de 2017 en remisión a la 9 de mayo de 2013). Por lo tanto, las conclusiones que sacamos del presente apartado son las siguientes:

- La consecuencia más certera para una cláusula (ya sea un elemento esencial o accesorio, ya que a ambas se les debe aplicar este control) si no supera el control de transparencia es tenerla por no incorporada al contrato, directamente, aplicando las reglas de la LCGC y sin tener que pasar al marco normativo y jurisprudencial de la abusividad. Esta consecuencia es la más precisa porque, si el consumidor no tuvo oportunidad real de conocer y comprender la cláusula, difícilmente puede subsistir en un contrato en el que ni siquiera son negociadas las condiciones. Esto conllevaría a que se pudiese aplicar también esta consecuencia a los contratos entre empresarios, en virtud del régimen de la LCGC.
- Actualmente, la tesis de abusividad directa sigue reinando en materia de cláusulas suelo, cubiertas por la interpretación del Derecho alemán sobre la posible abusividad directa por falta de transparencia cuando la cláusula cause un desequilibrio (a estas alturas, sin posibilidad de cambio interpretativo).
- Por otro lado, el Tribunal Supremo ha admitido que la falta de transparencia no deviene *per se* en abusividad, sino que se debe continuar analizando a través del control de contenido (es decir, acepta la tesis de la abusividad ponderada; véase el supuesto de la comisión de apertura con la jurisprudencia reseñada, o la STS 597/2020, de 12 de noviembre respecto al IRPH (FJ 8º)).
- No obstante, la tesis de la abusividad ponderada puede resultar útil también para darle la razón a la entidad bancaria (como veremos en el caso del IRPH) de manera que, aunque esté claro que la cláusula no supera de ninguna manera el control de transparencia, se continúa analizando a través del control de contenido moldeando unos requisitos para su superación que la cláusula sí que pueda encajar en ellos, debido a que los conceptos de “contravención de la buena fe” y “vulneración del desequilibrio de los derechos y obligaciones del adherente” son susceptibles de una amplia variedad de interpretaciones. En resumidas cuentas, la abusividad ponderada puede utilizarse como un arma de doble filo con la que el tribunal, si desea, declare la no abusividad de la cláusula. Por lo que, utilizarla discrecionalmente, provoca un desvalor de las exigencias de la transparencia y del cumplimiento de los deberes informativos de las entidades.

III.2.4.1. Prescripción de la acción restitutoria: a propósito de los gastos hipotecarios

En la actualidad, el plazo de prescripción de la acción restitutoria sigue siendo un debate que se abre con cada declaración de abusividad de las cláusulas, debido de nuevo a la ausencia de regulación. El TS declaró en su Sentencia 265/2015, de 22 de abril⁹⁷ que la declaración de nulidad de una cláusula de un negocio jurídico tiene ineludibles consecuencias aplicables de oficio, *ex lege*. Esto se traduce en que, en el ámbito de la nulidad de las cláusulas abusivas, la propia declaración de nulidad es la acción ejercitada como principal, y, derivada de ésta, se producen *ex lege* los efectos restitutorios de lo abonado indebidamente por el consumidor en la aplicación de la misma durante su vigencia. De forma que, en principio, no sería necesario acudir a otro procedimiento para pedir la restitución de las cantidades (excepto si la entidad no cumpliese), ya que este efecto restitutorio ha de ser “automático”.

Ahora bien, aunque la acción de nulidad de una cláusula abusiva sea imprescriptible, la acción restitutoria derivada sí que puede estar sujeta a plazo⁹⁸. En este sentido, el TJUE intervino en su Sentencia de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, para responder a si, conforme a la interpretación de la normativa europea, se podía fijar un plazo de prescripción de 5 años conforme al art. 1964.2 CC para la acción restitutoria en esta materia, diciendo lo siguiente (§ 84):

el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que, a la vez que reconoce el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sujeta a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esta declaración, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad.

(...) un plazo de prescripción de cinco años aplicable a la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula abusiva no parece, en principio y sin perjuicio de la apreciación por parte del órgano jurisdiccional remitente de los elementos mencionados en el anterior apartado 85, que pueda hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva 93/13.

También determinó que el cómputo de dicho plazo no se podía iniciar en el momento de celebración del contrato, ya que, además de que en el momento de suscripción es posible que ni siquiera se hubiese declarado la abusividad de una cláusula como la de gastos hipotecarios, esto haría excesivamente difícil que el consumidor ejercitase sus derechos conforme a la normativa europea y vulneraría los principios de efectividad y seguridad jurídica (§ 91).

A raíz de esta interpretación el Tribunal Supremo y la Audiencia Provincial de Barcelona asumieron que la acción debía estar sometida a plazo de prescripción, dejando de lado la posibilidad de que se considerase ambas acciones como una sola y esta fuese imprescriptible. A raíz de ello, el TS planteó un Auto el 22 de julio de 2021 formulando una serie de cuestiones prejudiciales respecto

⁹⁷ Sirviéndose de sus anteriores Sentencias para fundamentarlo, véase las SSTS 102/2015 de 10 de marzo, 557/2012 de 1 de octubre, 1189/2009 de 11 de febrero, 81/2003 de 11 de febrero y 920/1999 de 9 de noviembre.

⁹⁸ En este sentido, así lo han recordado recientemente, a modo de ejemplo, las SSTJUE de 25 de enero de 2024, asuntos acumulados C-810/21 a C-813/21 (§ 43) y 10 de junio de 2021, asuntos acumulados C-776/19 a C-782/19 (§ 39). Véase también para una explicación con jurisprudencia anterior MARÍN LÓPEZ, M. J., “La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados” *Revista CESCO de Derecho de Consumo* N° 22/2017, pp. 3 y 4, disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1436/1200>.

a si el inicio del cómputo del plazo se podía interpretar conforme a la normativa en el sentido de que se iniciase: (i) o bien desde que se declare por sentencia firme la nulidad de la cláusula abusiva; (ii) o bien desde que se fijó doctrina jurisprudencial sobre los efectos restitutorios (23 de enero de 2019); (iii) o bien desde la propia fecha de las SSTJUE de 9 de julio 2020, asuntos acumulados C-698/18 (c. *SC Raiffeisen Bank SA v. JBT*) y C-699/18 (c. *BRD Groupe Société Générale SA v. KC*), o de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19. Sin embargo, este asunto todavía sigue pendiente de ser resuelto por el Tribunal europeo, encontramos otro que sí que lo ha sido.

Hablamos de la STJUE 25 de enero de 2024, asuntos acumulados C-810/21 a C-813/21 (c. *v. Caixabank, S.A.; v. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A.; v. Banco Santander, S. A.; y v. Banco Sabadell, S. A.* respectivamente), por el que la Audiencia Provincial de Barcelona decidió realizar similares cuestiones a este Tribunal pero teniendo en cuenta el marco jurídico del Derecho catalán, esto es el art. 121-20 de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña (en adelante Código Civil catalán), por el que se establecía que el plazo de prescripción no era de cinco años sino de diez.

En síntesis, esta Audiencia expuso al TJUE otra consideración respecto a los plazos: (i) ¿se puede empezar a computar el plazo desde que la cláusula agota sus efectos con la liquidación del último de los pagos? (momento en el que, según ésta, el consumidor “conoce los hechos determinantes de la abusividad” [o, mejor dicho, conoce los hechos, pero ni se imagina su posible abusividad], ¿o es necesario que el consumidor disponga de información añadida sobre la valoración jurídica de los hechos? (lógicamente); (ii) y de ser aceptada esta última (tesis de la información jurídica de los hechos) ¿debe supeditarse el inicio del cómputo del plazo a la existencia de un criterio jurisprudencial consolidado sobre la nulidad de la cláusula o el tribunal nacional puede tomar en consideración otras circunstancias distintas? Y, por último, planteó lo siguiente (iii) ¿en qué momento debe el consumidor estar en condiciones de conocer el carácter abusivo de la cláusula y los derechos que le confiere la Directiva [93/2013], antes de que el plazo de prescripción empiece a correr o antes de que el plazo expire?

Es aquí donde el TJUE reitera la importancia de que, aunque se permitan establecer plazos de prescripción, estos no pueden vulnerar los principios de efectividad y equivalencia (§§ 42-44). Por lo que, conforme al principio de efectividad, el consumidor debe disponer de un plazo materialmente suficiente para preparar e interponer un recurso (acción) para invocar sus derechos conferidos por la normativa europea, “en forma de pretensiones, de naturaleza restitutoria, basadas en el carácter abusivo de una cláusula contractual” (§ 47). Y, conforme al mismo, el plazo sólo puede ser compatible con este principio si el consumidor conocía sus derechos antes de iniciar o de que expirase.

Por todo lo anterior, el TJUE establece que el plazo no puede comenzar a computarse antes de que el consumidor conociese la abusividad de la cláusula, sino que para ello deberá primero conocerlos, junto con sus derechos conferidos por la Directiva 93/13/CEE, para poder iniciarse el cómputo (§ 49), por lo que no puede iniciar el cómputo con el pago de la última factura (§ 55).

Y, respecto a la segunda cuestión, el TJUE ha declarado que este inicio tampoco se puede establecer en el momento en el que se consolidó la jurisprudencia nacional respecto a los gastos, por el simple hecho de que el consumidor se halla en una situación de inferioridad respecto al profesional, de modo que “no cabe presumir que la información de que dispone el consumidor, menor que la del profesional, incluya el conocimiento de la jurisprudencia nacional en materia de derechos de los consumidores, por más que dicha jurisprudencia esté consolidada.” (§§ 56-59). Todo ello bajo la justificación de que, si bien el profesional bancario tiene la obligación de estar informado de los aspectos jurídicos relativos a las cláusulas que incluye en sus contratos celebrados con consumidores, no se puede esperar el mismo deber para estos

últimos, ya que la celebración de estos contratos que contengan este tipo de cláusulas tiene para ellos un carácter ocasional o incluso excepcional (§§ 60-61).

A la luz de todo lo anteriormente expuesto, cabe realizar las siguientes conclusiones:

- (I) Aunque está claro que ni el TS ni la AP de Barcelona aceptarán la tesis de la imprescriptibilidad de la acción, nosotros sí que defendemos que sería la más acertada conforme al Derecho de consumo interno y europeo. Máxime, cuando en el caso de los gastos hipotecarios ya existe una limitación temporal de su posibilidad de reclamación, ya que es a partir de la entrada en vigor de la LCCI (16 de junio de 2019) cuando se reguló por primera vez el reparto de la obligación de pago de los mismos, momento a partir del cual ya no es posible reclamarlos (siempre y cuando las entidades se ajusten a tal norma).
- (II) A raíz de estas consideraciones del TJUE, si se declarase el sometimiento a plazo, es dudoso que el inicio del cómputo pueda recaer en hechos temporales como los planteados en las cuestiones prejudiciales (nos referimos ahora a la cuestión que sigue en pie respecto al TS). Debemos tener en cuenta que la interpretación de esta materia en todo momento se debe hacer desde el punto de vista del consumidor medio, por lo que ¿está un consumidor medio al día de la jurisprudencia nacional o europea? O más aún ¿puede un consumidor medio saber qué cláusulas de su contrato son abusivas sin haber sido declaradas como tales por un juez? Ambas respuestas son negativas. Si aceptamos la tesis de la prescripción de la restitución de los gastos, el único momento temporal a partir del cual se puede iniciar el cómputo es el de o bien la interposición de la reclamación extrajudicial, o bien el de la firmeza de la sentencia que declare la nulidad de la cláusula. Todas las demás posibilidades limitarían el ejercicio de los derechos de los consumidores y favorecerían, una vez más, a las entidades bancarias y sus comportamientos abusivos.
- (III) Por todo ello, esperamos que tanto el Tribunal Supremo como el resto de órganos contrarios a la no prescripción se decanten por un plazo prudencial para poder reclamar los gastos. Y, como pequeña puntualización a modo de corrección de las cuestiones prejudiciales del TS pendientes de resolución: aunque STS de 23 de enero de 2019 sentara doctrina sobre la nulidad de la cláusula, en esta todavía no se decidió cuales iban a ser los gastos que se debían devolver al prestatario, no fue hasta la STS 35/2021 de 27 de enero cuando se corrigió la doctrina asentada (estableciendo que la entidad debía devolver el 50% de aranceles notariales, 100% de los del Registro de la Propiedad, 100% de los honorarios de gestoría y 100% de los honorarios de los gastos de tasación del inmueble).. Tampoco debemos olvidar en ningún momento algo que no se ha puesto de manifiesto: la prescripción se interrumpe (art. 1973 CC) por el ejercicio de la acción ante los Tribunales, reclamación extrajudicial del acreedor, y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda; de ahí la motivación del TS de proponer como posible fecha de inicio 2019, ya que así se reduciría considerablemente el porcentaje de potenciales reclamaciones si no se han realizado ninguna de las anteriores acciones en aras de interrumpir la prescripción.

III.2.5. Diferencia del error/vicio del consentimiento: *e. G. Los contratos swap*

Por último, queda tratar de forma breve la referencia al error/vicio del consentimiento. Esta figura sí que la encontramos en nuestro ordenamiento interno, los preceptos del Código Civil que lo encuadran dicen lo siguiente al respecto: “[s]erá nulo el consentimiento prestado por error”(1265 CC), y “[p]ara que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen

dado motivo a celebrarlo” (1266.1 CC). De la lectura de los anteriores artículos queda claro que el error recae sobre el consentimiento, que es un elemento esencial del negocio. Por otro lado, de la exégesis literal de éstos, también queda claro que el error debe recaer sobre lo que en este ámbito ya hemos denominado como elementos esenciales del contrato. Ahora bien, ¿qué dice nuestro Tribunal Supremo sobre estas figuras?

En primer lugar, la STS de 9 de mayo de 2013 nos dice que la figura de la transparencia se sitúa “fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del ‘error propio’ o ‘error vicio’”, en igual sentido se pronuncia en las SSTs 18 de junio de 2012 y 8 de septiembre de 2014. Más adelante, en su Sentencia de 8 de junio de 2017, realiza una pequeña diferenciación exponiendo que, la transparencia realiza un control *objetivo* de la cláusula y del proceso de contratación, y en el error/vicio se evalúan las circunstancias personales de los contratantes (control *subjetivo*); y, con estas últimas circunstancias se podrá analizar ya no sólo la existencia de error sino también la excitabilidad del mismo y, más importante aún, “es necesario que el error sea sustancial por recaer sobre los elementos esenciales que determinaron la decisión de contratar y la consiguiente prestación del consentimiento”. Detalla posteriormente que, en el caso del error, el efecto que tendrá será la anulación total del contrato, debiendo las partes restituirse recíprocamente de lo percibido en virtud de la otra por tal contrato (con sus frutos e intereses).

Por lo tanto, en sede de contratación bancaria, encontramos como mayor exponente y representante del error/vicio del consentimiento a los contratos *swap*⁹⁹ (de permuta financiera), en resumidas cuentas, un complejo producto financiero¹⁰⁰. Estos, como ya adelantó el TJUE en su Sentencia de 30 de mayo de 2013, asunto C-604/11 (§§ 33 y 34) se han de clasificar como productos de inversión complejos, lo que conlleva a que tengan que superar unos requisitos adicionales para su comercialización¹⁰¹.

⁹⁹ Como cita para este párrafo y los que siguen en este apartado, véase FARRANDO MIGUEL, I., “Test de conveniencia, test de idoneidad y error vicio de los contratantes de *swaps*” en YZQUIERDO TOLSADA, M., *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)* n° 10, Biblioteca Jurídica Digital BOE, 2018, *in totum*. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2018-21.

¹⁰⁰ Los contratos *swaps* no son los únicos contratos que han sido catalogados como productos financieros complejos, también encontramos entre estos a: los seguros de vida *unit linked* (STS 769/2014, de 12 de enero), adquisición de bonos emitidos por Lehman Brothers (STS 376/2015, de 7 de julio), participaciones preferentes de Landsbanki (STS 489/2015, de 16 de septiembre) o Bancaja (STS 603/2016, de 6 de octubre) o Catalunya Banc (STS 401/2017, de 27 de junio), bonos estructurados (STS 728/2016, de 19 de diciembre), entre otros. En este sentido, véase PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. *La nulidad contractual en la jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 40-42.

Para que un producto se catalogue como tal, se ha de contrastar si se no se puede adecuar a los parámetros del art. 79 bis LMV, o 57 del Reglamento Delegado (UE) 2017/565 de la Comisión de 25 de abril de 2016. Por ejemplo, si el producto no se puede reembolsar de forma frecuente a precios conocidos por el público (y resulta complicado conocer su valor en cualquier momento), el inversor puede perder un importe superior al que reembolsó inicialmente en la adquisición y no existe información pública completa que permita al inversor minorista medio comprender las características del producto, podríamos estar ante un producto de inversión complejo.

¹⁰¹ Todo ello derivado de las directivas MiFID I y II: Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, y DIRECTIVA 2014/65/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 15 de mayo de 2014 relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE. Por ello, quedaban sujetos a la Ley del Mercado de Valores vigente en cada momento con sus respectivas exigencias de comercialización.

La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV) establecía en su art. 79 *bis* una serie de obligaciones de información a los clientes bancarios cuando nos encontramos ante ventas de productos de inversión¹⁰², por el que se le debía de entregar al cliente información comprensible y adecuada de las características y riesgos del producto, al tratarse de inversores no profesionales y existir asimetría informativa. De modo que, como exponía la STS 97/2018 de 26 de febrero, en estos casos, lo que vicia el consentimiento es la falta de conocimiento del producto contratado y de sus riesgos, que lleva al cliente inversor no profesional a realizar una representación mental equivocada del objeto del contrato, pero no el incumplimiento *per se* de los deberes de información (aunque estos sí permiten presumir la inexistencia de conocimiento).

En palabras del Tribunal Supremo (STS 32/2016 de 4 de febrero) la entidad no sólo debe informar al cliente y cerciorarse de que conoció el producto y sus riesgos, sino que además debía evaluar que “en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía”, y que (STS 264/2018 de 9 de mayo) esta información, que permite a la entidad “evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar” se obtiene a través de la realización de varios test. Por lo que, cuando nos encontrásemos ante clientes minoristas (arts. 78 bis LMV y 203-205 TRLMV¹⁰³), se deberán realizar los test de idoneidad y conveniencia previstos en los arts. 79 bis.6 LMV y 213 TRLMV¹⁰⁴ el primero y 79 bis.7 LMV y 214 TRLMV el segundo.

En conclusión, en los casos de permuta financiera, lo que se está valorando es si ese cliente en concreto podía tener conocimiento del objeto del contrato y de sus riesgos, debiendo la entidad, una vez analizado el carácter minorista o profesional del inversor, proporcionarle información clara, comprensible y suficiente para que conozca forma previa el producto concreto y sus riesgos, y realizando los test de idoneidad y conveniencia. Por lo que, si ese consumidor concreto no conocía el producto y su consentimiento estaba viciado, nos separamos de la transparencia para entrar al error/vicio del consentimiento y la anulación total del contrato, con la subsiguiente restitución.

IV. Concepto de cláusula abusiva y control de contenido

No podía faltar en este trabajo, cuya intención es estudiar el principio de transparencia en la contratación bancaria, una referencia al «control de contenido». Si bien la transparencia formal y material se fundamenta sobre el deber de información y analiza si un consumidor medio puede conocer y comprender realmente el contenido obligacional de la cláusula, con sus implicaciones

¹⁰² Actualmente esta norma se encuentra derogada a raíz del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (TRLMV). Igualmente encontramos recogidos tales deberes en los arts. 212 y ss. de este último.

¹⁰³ Referimos a ambas normas porque la LMV estuvo en vigor hasta el año 2015, a partir de entonces, dependiendo del momento de contratación, se evalúa según el TRLMV.

¹⁰⁴ Conforme al art. 79 bis de la LMV, los conceptos se podrían entender de la siguiente manera:

Idoneidad: implica que debe valorarse dependiendo del tipo de producto, situación financiera del cliente, capacidad de soportar pérdidas, objetivos de inversión, y que, en definitiva, ese producto se ajuste a su nivel de tolerancia del riesgo y capacidad de soportar pérdidas. Además, se deberá proporcionar esta declaración de idoneidad en soporte duradero, donde se especifique el asesoramiento proporcionado y de qué manera se ajusta éste a las características del cliente minorista.

Conveniencia: implica que el cliente le facilite a la entidad información sobre su experiencia y conocimiento sobre el tipo de producto financiero concreto en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Además, si dicha información es insuficiente la entidad le deberá advertir que no realice la operación ya que no es adecuada para él.

económicas y jurídicas, el control de contenido va más allá, analizando si dicha cláusula es contraria a la buena fe y causa un desequilibrio en perjuicio del consumidor, a fin de reestablecer tal equilibrio entre las partes haciendo frente a los comportamientos abusivos.

En este control, también denominado *control de abusividad*, es donde encontramos el concepto de *cláusula abusiva*, aquella que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales. Este concepto, pese a que se ubica en las tres normas esenciales en torno a las que gira esta materia (art. 8.2 LCGC, 82.1 TRLGDCU y 3.1 Directiva 93/13/CEE) es genuino de los contratos de consumo, de modo que quedan fuera de su ámbito de aplicación las relaciones entre empresarios. Así lo anuncian tanto el art. 82.1 TRLGDCU, por el que se considerarán abusivas las cláusulas establecidas “en perjuicio del consumidor y usuario”, y el apartado 2 del art. 8 LCGC, por el que se requiere, para considerar nula una CGC abusiva, que “el contrato se haya celebrado con un consumidor”¹⁰⁵. En igual sentido lo ha expuesto el Tribunal Supremo en su Sentencia 639/2017 de 23 de noviembre: “este tribunal ha sentado una jurisprudencia estable en esta materia, contenida en las sentencias 367/2016, de 3 de junio, 30/2017, de 18 de enero, 41/2017, de 20 de enero, 57/2017, de 30 de enero, y 587/2017, de 2 de noviembre, en la que hemos afirmado que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores”.

El hecho de que algunos elementos de la cláusula, o una cláusula aislada, se hayan negociado individualmente, no excluye la aplicación de las normas de abusividad (*cf.* art. 82.2 TRLGDCU). Lo que sí que se tendrá en cuenta es la naturaleza del bien o servicio contratado, así como las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, y el resto de cláusulas del contrato (*cf.* art. 82.3 TRLGDCU). Existen también una serie de cláusulas que son, en todo caso abusivas, conforme a lo previsto en el art. 82.4 TRLGDCU)¹⁰⁶.

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, los dos elementos esenciales que se han de valorar para declarar la abusividad, son la «contravención de la buena fe contractual» y el «desequilibrio importante de los derechos y obligaciones del consumidor». Además, este control es apreciable de oficio por parte del órgano juzgador, por lo tanto, en el momento en el que reciba un asunto, deberá proceder a realizar este control con la debida diligencia (STJUE 27 de junio de 2000, asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98 (§§ 28 y 29).

En este sentido, sirviéndonos del caso de la STJUE 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11 (*c. Mohamed Aziz v. Catalunya Caixa*) (§68) para poder determinar si se está causando un *desequilibrio* al consumidor, ante ausencia de pacto, se ha de analizar la normativa aplicable del Derecho nacional, debiendo deducir el juez nacional “*si – y, en su caso, en qué medida –*” el contrato posiciona al consumidor en una posición más desfavorable de la que prevé el derecho nacional. Esta idea, como señala

¹⁰⁵ MORENO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 31-56.

¹⁰⁶ Aquellas que:

- a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario,
- b) limiten los derechos del consumidor y usuario,
- c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,
- d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,
- e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o
- f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

Carballo¹⁰⁷ fue desarrollada posteriormente por el TJUE en su jurisprudencia¹⁰⁸, añadiendo que este desequilibrio no requiere que sea necesariamente económico (haciendo cargar al consumidor con altos costes en virtud de esa cláusula), sino que puede ser jurídico, si se produce una lesión suficientemente grave a su situación como parte contractual, restringiéndole derechos previstos en la normativa nacional, obstaculizando su ejercicio, o imponiendo obligaciones adicionales no previstas en la normativa.

Conforme a la citada Sentencia, por lo que a la *buena fe* respecta, el juez ha de valorar si el profesional pudo estimar razonablemente, al momento de contratar, que, tratando de manera leal y equitativa al consumidor, éste aceptaría una cláusula como tal en el marco de una negociación individual. Y, como señaló el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de mayo de 2013, esta buena fe “es necesario proyectarla sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido”.

Respecto al momento temporal que ha de tenerse en cuenta¹⁰⁹ para valorar el carácter abusivo de la cláusula, se ha de tener en cuenta el momento de celebración del contrato, como indicaba la citada STS de 23 de noviembre de 2017: “en materia de protección de consumidores los controles de transparencia y abusividad tienen que realizarse en el momento en que se celebra el contrato con condiciones generales, ya que afectan a la prestación del consentimiento (arts. 1.261 y 1.262 CC y 5 LCGC)”.

Cuando hablamos de cláusula abusiva, vienen a nuestra mente operaciones contractuales de diversa índole, véase préstamos bancarios o seguros, no obstante, en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE, la protección de los consumidores también pueden extenderse a nuestra profesión, a la abogacía; nos referimos a las hojas de encargo profesional. La STJUE de 15 de enero de 2015, asunto C-537/13, declaró que esta Directiva podía ser de aplicación a los contratos de servicios jurídicos suscritos entre un profesional y una persona que actuase bajo el concepto de consumidor. Este es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante, SAP) de Segovia 9/2020, de 21 de enero, que reiteró la abusividad declarada en instancia de una hoja de encargo de un conocido despacho de abogados, en la que se estipulaba que el despacho, además de sus honorarios, obtendría las costas procesales y los intereses, dada la falta de comprensibilidad del desequilibrio económico que esto provocaría, y la diferencia entre la anterior hoja de encargo suscrita¹¹⁰.

Y para finalizar este apartado, como ya nos adelantaba ALFARO¹¹¹ en 1998, este control se justifica en el marco de la contratación por adhesión donde se predisponen e imponen al consumidor las cláusulas, de modo que ante esta regulación unilateral del contenido del contrato por parte del empresario, no existen garantías que permitan predecir que ese contenido contractual sea *justo*; es decir, si fuese injusto, el contratante simplemente rechazaría firmarlo, no obstante en este tipo de contrataciones el consumidor desconoce qué puede determinarse como “justo”. Por lo tanto, expone,

¹⁰⁷ CARBALLO FIDALGO, M., “Hacia un concepto autónomo y uniforme de cláusula abusiva. La jurisprudencia del TJUE y su recepción por los tribunales españoles”. *Revista para el Análisis del Derecho* (Indret), Barcelona, 2019, pp. 9 y 10.

¹⁰⁸ STJUE de 16 de enero de 2014, asunto C-226/12 (c. *Constructora Principado, S.A., v. José Ignacio Menéndez Álvarez*), §30.

¹⁰⁹ PÉREZ NEVOT, *cit.* p. 165 y 166.

¹¹⁰ ORDUÑA MORENO, *op. cit.* p. 63.

¹¹¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Cláusulas abusivas, cláusulas predisuestas y condiciones generales”, en *Anuario jurídico de La Rioja* nº 4, 1998, pp. 62 y 63. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=188499>.

ante esta carencia de autorregulación privada de la relación contractual (que se daría si existiese negociación), “es esta falta de control “privado” la que explica por qué siguen existiendo tantas cláusulas desequilibradas en nuestra práctica mercantil y la que justifica la intervención del legislador para asegurar la defensa de los derechos contractuales del que se adhiere a tales cláusulas.”

En este sentido la reciente STJUE de 25 de enero de 2024, asuntos acumulados C-810/21 a C-813/21 (§§ 58-61) declaró que esta información de la que dispone el profesional, superior a la del consumidor, sigue siendo preponderante incluso después de la celebración del contrato. Esto lleva a que, una vez se consolida la jurisprudencia nacional, la entidad bancaria está preparada y actúa en consecuencia. Si bien, esto no puede predicarse de la misma forma para el consumidor medio, el cual no incluye entre su información el conocimiento de la jurisprudencia nacional consolidada en materia de derechos de los consumidores que le permita reconocer el carácter abusivo de las estipulaciones y estar al día respecto a las declaraciones de abusividad en sede jurisprudencial. De modo que no se puede exigir al consumidor conocimientos sobre la jurisprudencia nacional que se vaya consolidando, dado el carácter ocasional o incluso excepcional de la celebración de este tipo de contratos.

V. Operatividad en la aplicación práctica

V.1. IRPH

Para dar comienzo a este apartado¹¹², nos serviremos de la STS 669/2017 de 14 de diciembre, la cual definió al Índice de Referencia de los Préstamos Hipotecarios (en adelante, IRPH). Este índice se ha insertado en los préstamos hipotecarios desde 1994 hasta nuestros días, concretamente, a raíz de la Circular 5/1994, de 22 de julio, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, se introdujo por la primera Circular (en adelante, Circular 5/1994) este nuevo índice de referencia en su Norma Sexta bis, constituyendo un total de seis índices¹¹³, bajo la habilitación de la disposición adicional segunda de la Orden de 5 de mayo de 1994. En el apartado tercero de la Norma, se introdujeron hasta tres tipos distintos de IRPH: *Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por los a) bancos, b) cajas de ahorro o c) entidades de crédito*. No obstante, estos dos últimos (IRPH de cajas de ahorro y de entidades de crédito) desaparecieron a raíz de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, el 1 de noviembre de 2013, sustituyéndose a partir de entonces ese tipo de interés por el establecido en la escritura como sustitutivo, y quedando vigente únicamente el IRPH de bancos¹¹⁴.

¹¹² SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 245-253.

¹¹³ Junto con los tres tipos de IRPH, se introdujo: el índice CECA (índice de la Confederación Española de Cajas de Ahorro), el tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre 2 y 6 años, y el Tipo vigente en el mercado interbancario de Madrid (*Madrid InterBank Offered Rate*, MÍBOR). Este último desapareció en 1999 con la sustitución de este por el *Euro Interbank Offered Rate* (EURIBOR).

¹¹⁴ Por si resultase de interés, la forma de cálculo de estos tipos se sitúa en la Norma sexta bis de la Circular 8/1990. A modo de ejemplo, el IRPH-Cajas se calcula de la siguiente forma: $Ica = \text{Sumatorio } ica/nca$. Siendo *ica* la media aritmética de los tipos de interés de los préstamos suscritos o renovados en cada caja de ahorro (con las peculiaridades expuestas en el Anexo), y *nca* el número de cajas declarantes. En resumidas cuentas, cada mes las cajas de ahorro enviaban al Banco de España esa media aritmética, si bien, esa media no toma en cuenta únicamente el tipo de interés nominal (TIN) del préstamo, sino la Tasa Anual Equivalente (TAE), la cual no sólo contiene el TIN sino también los gastos, algunas comisiones, y la frecuencia de pago (mensual, trimestral, etc.). Por lo tanto, lógicamente este tipo va a ser superior al EURIBOR (el cual refiere al tipo medio de interés

Como señala la Sentencia, este tipo de interés suponía

la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, que hubieran sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiriese el índice por los bancos (IRPH-Bancos), las cajas de ahorro (IRPH-Cajas) o el conjunto de bancos, cajas de ahorros y sociedades de crédito hipotecario (IRPH-Entidades).

Respecto a su publicación e información, la Norma segunda de la Circular 5/1994 estableció que los responsables de los distintos tipos de IRPH debían remitir al Banco de España, dentro de los quince primeros días de cada mes, información sobre los tipos medios de las operaciones de crédito y depósito realizadas en España que hubiesen sido iniciadas o renovadas el mes anterior. En conexión con esto último, la Norma sexta bis de la misma Circular, en su apartado 3.b) obligaba a que el Banco de España difundiese de forma adecuada estos índices, y los publicase, en todo caso, mensualmente en el BOE.

Es destacable, antes de adentrarnos en la jurisprudencia, que la Exposición de Motivos de la Circular 5/1994 ya advertía que este tipo de interés, al tener en cuenta la TAE, sería superior al resto de tipos del mercado, de modo que para poder paliar tal efecto sería necesario que el diferencial que se le agregase al tipo nominal fuese negativo.

Como decíamos, la STS de 14 de diciembre de 2017 asentó unas cuantas consideraciones respecto al IRPH, las cuales podríamos resumir en los siguientes:

1. El IRPH es un índice de referencia regulado legalmente, pero es a la Administración Pública a quien le compete controlar que el índice se ajuste a la normativa, no siendo susceptible de control de transparencia en virtud de los arts. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE y 4 LCGC, al encontrarnos ante una cláusula que reproduce lo dispuesto en una norma.
2. Por otro lado, la cláusula por la que se incluye el mismo en el contrato es una condición general de la contratación, pero, como entiende que se trata de un elemento esencial del contrato, sólo se puede analizar que esté redactada de modo claro y comprensible, y sea transparente.
3. La cláusula es gramaticalmente clara y comprensible, permitiendo al prestatario conocer, comprender y aceptar que el interés variable de su hipoteca se calculará conforme a un tipo fijado y controlado por el Banco de España. De modo que supera el control de inclusión.
4. En cuanto a la transparencia (material), se debe analizar si el consumidor (medio) era conocedor de que dicha cláusula era un elemento esencial y si conocía cómo se calculaba el interés. Por otro lado, presume que, al ser esencial, su importancia es tal que es imposible que el consumidor no fuese consciente de las implicaciones económicas y jurídicas.
5. Respecto a la publicación, entiende que un consumidor medio es capaz de conocer los distintos tipos de interés de referencia y comparar su aplicación en atención a las ofertas de las entidades. Además, apunta que no se le puede obligar a una entidad a utilizar u ofrecer varios índices oficiales, así que tampoco se le puede exigir que explique pormenorizadamente

al que el mercado interbancario *estima* que ofrecerá sus préstamos entre sí), ya que no sólo se estaría incluyendo el porcentaje del tipo de interés de referencia (*e.g.* EURIBOR), sino además el diferencial, más las comisiones, más los gastos. Es por ello por lo que, ante las manipulaciones bancarias de estos índices de referencia se introdujo un nuevo tipo en 2019, el €STR (*Euro Short-Term Rate*), el cual se basa en datos puros y duros, y no en estimaciones o encuestas de las entidades bancarias.

cómo se calculan. Y, del mismo modo, tampoco se le puede exigir a la entidad que le exponga las distintas opciones de índices al cliente.

6. Cuestiona el Alto Tribunal que este tipo sea siempre más caro que el EURIBOR, y también que el banco supiese que el IRPH le iba a resultar más beneficioso que el EURIBOR.

Después de este pronunciamiento, la siguiente Sentencia de gran importancia cronológicamente se trata de la ya citada STJUE 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18, originada a partir de una cuestión prejudicial por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Barcelona. En esta, el TJUE estableció lo siguiente:

1. Respecto al art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE: para que una cláusula quede excluida conforme al mismo, ha de reproducir lo dispuesto en una norma legal o reglamentaria y dicha disposición ha de tener carácter imperativo¹¹⁵. De modo que, según el marco jurídico interno aplicable, estas Circulares no obligaban a la entidad a aplicar uno de los seis distintos tipos de interés de referencia, teniendo por tanto carácter dispositivo, simplemente la Circular recogía los requisitos que debían de cumplir tales índices para que las entidades pudieran utilizarlos. En resumidas cuentas, el TJUE tumba el argumento de que esta cláusula se pueda acoger al art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE, estando por tanto dentro del ámbito de aplicación de la norma europea.
2. Respecto a la aplicación del control de transparencia material: señala que aunque una cláusula se encuentre en el marco del art. 4.2 de la citada Directiva (elemento esencial), sigue siendo igualmente necesario que la misma esté redactada de forma clara y comprensible no sólo gramaticalmente¹¹⁶, independientemente de que el precepto no haya sido transpuesto al ordenamiento interno (cuestión actualmente ya zanjada, aunque no por su transposición precisamente).
3. Sobre el deber de información: entiende el Tribunal que, desde la perspectiva del consumidor medio, la obligación no se cumple únicamente con la redacción clara y comprensible, sino que además se debe informar al cliente sobre la cláusula y sus consecuencias, para que pueda decidir si quedar vinculado o no al contrato¹¹⁷, dada su posición de inferioridad respecto al profesional y su nivel de información. Si bien, esta exigencia se puede cumplir con la publicación en el BOE del índice, junto con las obligaciones de la normativa interna sectorial que explique, entre otras cosas, la evolución en el pasado del índice.
4. Por último, respecto a la posibilidad de que el IRPH sea sustituido por el juez por otro índice de referencia: confirma tal posibilidad, alegando que si la cláusula es declarada abusiva, el contrato no puede subsistir sin la misma, y la no subsistencia causase un perjuicio al consumidor, se puede contemplar la posibilidad de sustituirlo por otro que conforme al Derecho nacional tenga carácter supletorio¹¹⁸.

¹¹⁵ Conforme a las SSTJUE 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13 (c. *Monika Kašionová v. SMART Capital, a.s.*) párrafo 79, y 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16 (c. *Andrić y otros*), párrafos 29 y 30.

¹¹⁶ Conforme a la STJUE 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, apartado 41.

¹¹⁷ Conforme a las SSTJUE 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, apartado 44, 30 de abril de 2014 citada, apartado 70, 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15 y C-307 y 308/15 (c. *Francisco Gutiérrez Naranjo y otros*), apartado 50, y 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16 citada, apartado 48.

¹¹⁸ Aplicando por analogía lo que se estableció respecto al vencimiento anticipado en la STJUE 26 de marzo de 2019, asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17.

A raíz de esta STJUE, nuestro Tribunal Supremo volvió a pronunciarse al respecto en su Sentencia 595/2020, de 12 de noviembre, por la que consideró que estas exigencias de transparencia se cumplían con: i) la publicación en el BOE de los elementos principales relativos a su cálculo, resultando estos asequibles a cualquier persona que tuviese intención de contratar un préstamo; y ii) el cumplimiento del deber de información de las entidades de crédito conforme a la normativa interna, exponiendo la evolución del IRPH durante los dos años anteriores al momento de celebración, así como el último valor disponible. Si bien, en sentido negativo, declaró que no se incluía en este deber de transparencia la exposición del funcionamiento matemático/financiero del índice ni la comparación con otros tipos de referencia.

Y, por otro lado, continuaba diciendo que, aunque la cláusula no superase el control de transparencia esto no la hacía automáticamente abusiva (criterio utilizado a su conveniencia), debiendo analizarla a través del control de contenido. A tal efecto, confirma que no se vulnera la buena fe, primer elemento de este control, al tratarse de un índice oficial aprobado por la autoridad bancaria, que no es perjudicial para el prestatario y beneficioso para la entidad, además apunta que las Administraciones Públicas recomendaron su uso para la adquisición de viviendas de protección oficial (VPO) (aunque el Defensor del Pueblo justamente advirtió lo contrario). Respecto al desequilibrio importante, este debe de valorarse en el momento de suscripción del contrato, por lo que no se puede tomar en consideración que el desenvolvimiento de este índice fuese más caro que otros a futuro.

Pese a lo anteriormente expuesto, como recoge ALCALÁ¹¹⁹ la próxima jurisprudencia del TS sobre esta cláusula prosiguió el camino de no declarar abusiva la cláusula, véase las SSTs 13/2021, de 19 de enero, 67/2022, de 1 de febrero, 423/2022 de 25 de mayo, y el resto que detalla. Además, como punto importante que tratar, el TJUE en su Auto de 17 de noviembre de 2021, asunto C-655/20 (c. *Marc Gómez del Moral Guasch v. Bankia, S. A.*) desarrolló la obligación de transparencia del art. 5 de la Directiva 93/13/CEE señalando que el profesional no está obligado a definir el índice y sistema de cálculo dentro de la cláusula, ni a entregar un folleto informativo precontractual sobre la evolución de éste, debido a su publicación en el BOE, *siempre que*, de estos datos y del resto de información facilitada por el profesional un consumidor medio esté en condiciones de comprender el funcionamiento del índice y sus repercusiones económicas.

Por último, en este histórico de sentencias sobre el IRPH, debemos citar la STJUE 13 de julio de 2023, asunto C-265/22, en la que, a raíz de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Palma de Mallorca, consideró que la aplicación de un diferencial negativo al IRPH, al encontrarse situada en el preámbulo de la Circular 8/1990 y no en el clausulado de la misma, implica que el juez debería analizar si se puede exigir razonablemente a un consumidor medio, ajeno a la investigación jurídica (lugar donde se sitúa el preámbulo de una norma), conocer tal apunte, para poder ser capaz de obtener información suficiente para evaluar las consecuencias económicas de tal implicación. Y, en lo relativo al control de abusividad, señaló que es importante ya no sólo sus dos partes (buena fe y desequilibrio), sino que se debe comparar también el modo de cálculo de tal índice con el resto de los previstos por la cláusula, el resto de tipos generalmente aplicados y el tipo legal de interés, así como el resto de tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha de suscripción del contrato, comprobando de tal manera si la aplicación de este índice le está suponiendo un desequilibrio importante de sus derechos y obligaciones.

¹¹⁹ ALCALÁ JIMÉNEZ, M., “Dosier. Préstamos hipotecarios referenciado al IRPH Sentencia del TJUE de 13 de julio de 2023 TOL9.640.978”, *Revista Tirant Online*, 2023, *in totum*, pero especialmente pp. 9 y 10. Utilizado para la elaboración del recorrido histórico jurisprudencial en este apartado.

Tras la jurisprudencia establecida al respecto, las distintas Audiencias se pronunciaron al unísono en un sentido prácticamente idéntico, confirmando la validez de la cláusula de IRPH. En este sentido declaraban que existe falta de transparencia material, pero no abusividad, al superar el control de contenido. Véase a modo de ejemplo la SAP de Jaén 822/2023, de 13 de julio (FFJJ 3º y 4º), donde la Sala considera que esta cláusula supera la transparencia formal, dada la alta comprensibilidad gramatical que permite a los prestatarios comprender que el tipo variable supone la suma del índice resultante y el diferencial. Sobre la transparencia material, se considera también cumplida por la publicación mensual en el BOE y el marco legal del mismo. No obstante, en este caso constatan que no se entregó por parte de la entidad información relativa a las consecuencias económicas de la aplicación del índice, por lo que, ante la falta de transparencia material, proceden a analizar el contenido. Considera que no existe desequilibrio ya que éste no es menoscabado por la posible evolución divergente del IRPH respecto a otros índices, y tampoco se vulnera la buena fe, al encontrarnos ante un índice oficial y aprobado por la autoridad bancaria. En síntesis, reitera al completo la doctrina del TS a la que añade lo dispuesto por el TJUE y concluye que supera el control de contenido (resultando la cláusula válida).

Este criterio también ha sido suscrito por las siguientes (de modo que no se repetirán los fundamentos asumidos en ellas): SSAP de León 422/2023, de 13 de julio (FJ 2º), Navarra 1037/2023, de 19 de diciembre (FJ 3º)¹²⁰, Valencia 494/2023, de 14 de diciembre (FJ 2º), Almería 1184/2023, de 28 de noviembre (FJ 2º)¹²¹, Alicante 543/2023, de 3 de noviembre (FJ 2º), Cuenca 264/2023, de 31 de octubre (FJ 1º)¹²², Sevilla 1579/2021, de 27 de noviembre (FFJJ 2º-8º), Barcelona 482/2023, de 23 de octubre (FFJJ 2º-4º), Oviedo 591/2023, de 17 de octubre (FFJJ 1º-4º), Granada 333/2023, de 11 de octubre (FFJJ 1º y 2º), Melilla 70/2023, de 10 de octubre (FJ 5º), A Coruña 599/2023, de 28 de septiembre, Barcelona 534/2023, de 27 de septiembre, Lleida 683/2023, de 22 de septiembre, Las Palmas de Gran Canaria 1012/2023, de 21 de septiembre, Madrid 2120/2023, de 13 de septiembre, entre otras.

Ahora que ya conocemos la evolución jurisprudencial que ha tenido esta cláusula nos podemos preguntar ¿por qué realmente debe declararse abusivo el IRPH? Exponemos los siguientes razonamientos:

- (I) En una operación de préstamo hipotecario la entidad obtiene beneficios a través de (entre otros tantos conceptos) los intereses que devengue la cantidad prestada, a mayor interés

¹²⁰ Como punto diferente, esta Audiencia añade que el hecho de que el diferencial de la escritura no sea negativo (conforme a la Circular 5/1994 ya tratada) no implica automáticamente abusividad ya que no se prevé una obligación como tal en nuestro ordenamiento jurídico (como vimos, simplemente se expuso en el Preámbulo de la misma).

¹²¹ Añade esta otro punto a tener en cuenta, conforme a las STS 303/2020, de 15 de junio, 314/2020 de 17 de junio y la reciente (e incorrectamente citada por la Audiencia) 1514/2023, de 31 de octubre, que en este caso, aunque no se alegó en autos como motivo a tener en cuenta, la entidad no habría tenido legitimación pasiva para soportar la acción de nulidad de la cláusula de IRPH, al encontrarnos ante una compraventa subrogada en la que no existe novación (por ampliación de capital y de la garantía hipotecaria, o por modificación de plazo o condiciones).

¹²² Pese a que esta también suscribe, para variar, la jurisprudencia expuesta del TS, incluye una cuestión capital en estos casos: las Audiencias (y el resto de órganos del poder judicial) pueden discrepar de la jurisprudencia del TS siempre que mantengan una decisión fundada en Derecho. Esto se debe a que la jurisprudencia del TS complementa el ordenamiento y tiene vocación de ser observada por los órganos inferiores, pero estos pueden discrepar (salvo en los casos en los que asiente doctrina en recursos de casación en interés de la ley). Es decir, las Audiencias pueden mantener criterios distintos, o complementar incluso los mismos, siempre y cuando fundamenten correctamente tales decisiones, sobre todo en comparación con el TS (lo cual, como hemos visto, no resulta complicado), aunque estarán supeditados por la doctrina jurisprudencial.

mayores beneficios. El mayor problema que han tenido los grandes índices de referencia para hipotecas a tipo variable es que son los propios bancos quienes deciden cuál va a ser ese porcentaje de interés; y por ende ¿qué decide el prestatario en esta operación? Absolutamente nada.

- (II) Sí que es cierto que este índice está publicado en el BOE, y que su fórmula de cálculo se puede consultar en las normas previstas. Ahora bien, las entidades tienen plena capacidad de manipulación del mismo, el cual se conforma por igual por todas y cada una de las que envían los datos (no constatables públicamente) independientemente del número de clientes. Además, el hecho de incluir tanto los tipos fijos y variables, diferenciales, gastos y comisiones para su cálculo hace que se convierta en un índice que en ningún momento bajará de la media de los diferenciales; tanto por el hecho de que se incluyan los tipos fijos como por el hecho de que se incluyan los diferenciales (que actúan como “suelo” para el caso de que el índice de referencia sea cercano a 0 o inferior)¹²³ máxime si tenemos en cuenta que, desde el 2012 al 2022 (años en los que el EURIBOR experimentó el descenso al 0% e incluso llegó a ser negativo) el IRPH nunca bajó del 1,4%¹²⁴.
- (III) Por lo tanto, para poder analizar correctamente la transparencia del índice, dado que las entidades bancarias conocían a la perfección cómo se conformaba el índice y qué efectos y evolución tendría (en ningún momento perjudiciales para sus intereses), se debería haber cumplido con la entrega de documentación sobre el sistema de cálculo del índice, su evolución pasada y comparación con otros índices; además de la alternativa de contratar con otros índices.¹²⁵
- (IV) El IRPH no es fácilmente accesible y comparable para un consumidor *medio*, ya que ni conoce que se le debe aplicar un diferencial negativo (por su cálculo conforme a la TAE) puesto que es materia de *investigación jurídica*, ni conoce realmente que su cálculo es fraudulento (ya que no tiene acceso a los datos reales ni conoce los complejos términos matemático/financieros)¹²⁶. De modo que, si bien es cierto que por la lógica matemática

¹²³ Así ha sido expuesto, pudiendo contrastarse en ETXEBERRÍA MURGIONDO, J. “Nota acerca del IRPH. Un análisis desde la estadística”, *Informe Jurídico*, 2016, *in totum*. Disponible en: https://futurfinances.com/wp-content/uploads/2016/07/Nota_acerca_del_IRPH_Dr_Juan_Etxeberria.pdf; ORTIZ PÉREZ, M., y ERAUSKIN VÁZQUEZ, J. M., “IRPH Cajas, ¿una simple media de los tipos de interés medios ponderados?” *Revista Aranzadi Doctrinal* n° 7, 2017, *in totum*; CÁMARA LAPUENTE, S. “IRPH y STS 14.12.2017: dos colosos con pies de barro. El art. 1.2 de la Directiva 93/13 no blindará en realidad cualquier cláusula que reproduzca “normas”. Transparencia lejos del suelo” en YZQUIERDO TOLSADA, M., *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)* n° 9, Biblioteca Jurídica Digital BOE, 2017, *in totum*. Disponible en [abrir_pdf.php\(boe.es\)](http://abrir_pdf.php(boe.es)); AGÜERO ORTIZ, A., “El control de transparencia de las cláusulas relativas a índices de referencia y sus efectos El IRPH en la llamada jurisprudencia menor tras la STJUE 3.3.2020”, *Revista para el Análisis del Derecho (Indret)* n° 4, 2020, p. 6. Disponible en <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/375588>.

¹²⁴ *Vid.* BOU BAUZÁ, G. “Estudio sobre las irregularidades del índice IRPH que pueden conllevar su supresión por vía administrativa”, Ministerio de Consumo, 2022, *in totum*, pero especialmente pp. 34-36. Disponible en <https://www.caib.es/sites/consumidor/f/442320>. **No obstante, encontramos obras recientes en las que**

¹²⁵ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “El devenir de la cláusula IRPH tras la STJUE 3 marzo 2020: transparencia, carácter abusivo e integración”, *Revista La Ley Digital* n° 9548, 2020, p. 4.

¹²⁶ CÁMARA LAPUENTE (2017) “IRPH...” *op. cit.* pp. 229 y 230; MANRIQUE DE LARA JIMÉNEZ, J. “El juicio de abusividad en las cláusulas de referenciación a índices IRPH” *ElDerecho.com*, Lefebvre, 2022, pp. 22 y 23. Disponible en <https://elderecho.com/juicio-abusividad-en-clausulas-de-referenciacion-indices-irph>; ORDUÑA MORENO, F. J. “Doctrina jurisprudencial del TJUE: claves conceptuales a propósito del IRPH”,

que hemos explicado anteriormente, este índice es menos volátil -a la baja, que no al alza- que el resto de sus congéneres, esto es precisamente lo que lleva a pensar a una persona que estudie el tema que esta característica tal vez esconda algo oscuro. Precisamente la obligación de informar y de ser transparente recae sobre el profesional, y no sobre el consumidor, máxime en (según el TS) un elemento *esencial* del contrato.

- (V) Por lo tanto, en virtud de la jurisprudencia y doctrina expuesta: a los requisitos de transparencia acogidos por el TS, se ha de añadir que se exponga al prestatario su método de cálculo, se le proporcione comparación con otros tipos de interés y se le posibilite elegir entre los otros conforme a sus evoluciones. De este modo, respecto al control de contenido: desde el punto de vista de la buena fe, el profesional por supuesto que podría haber esperado que el cliente no contrataría un préstamo referenciado al IRPH si conociese bien su funcionamiento, ya que no se le trató de manera leal y equitativa; y, respecto al desequilibrio, la imposibilidad de ejercitar sus derechos comparando entre las distintas ofertas y sin ser avisados del riesgo intrínseco de su hipoteca, hace que se impongan consecuencias económicas y jurídicas perjudiciales al consumidor en el marco de la contratación, posicionando al profesional en una situación (para él) previsiblemente más ventajosa y ausente de prejuicios.
- (VI) Como último apunte, ¿qué ocurriría, si considerásemos al IRPH un elemento accesorio del contrato y la cláusula fuese declarada nula? Tanto las SSTS como las SSAP mencionadas en este apartado han tenido en cuenta en todo momento que el IRPH es un elemento esencial del contrato. Ahora bien, si entendiésemos que es accesorio, como entiende la SJPI nº 1 de Donostia 227/2015, de 29 de junio, nos encontramos ante la situación planteada en el apartado II.4.2 de este trabajo, las cláusulas accesorias nulas no se sustituyen por otras (excepción sólo admisible para las esenciales en caso de perjuicio al prestatario) sino que se suprimen del contrato. Entiende la Sentencia que la naturaleza primigenia del contrato de préstamo, en nuestro ordenamiento, es puramente gratuita, ya que los arts. 1753 y 1755 CC disponen que sólo se devengarán intereses cuando así se hubiese pactado; el art. 1740 CC (sobre el préstamo) sólo nos dice que se entrega una *cosa no fungible* para que la otra parte la utilice *durante un período de tiempo* con la condición de que *devuelva otro tanto de la misma especie o calidad* (es decir, no que *devuelva algo superior*, que ocurre al pactar intereses, sino lo entregado). Esto conllevaría a que, excluida dicha cláusula del contrato (accesoria), este podría subsistir perfectamente sin la misma y no perder su esencia, convirtiéndose en un préstamo “gratuito”, que no devengaría intereses para el prestatario.¹²⁷

V.2. Hipotecas multidivisa

Para poder comprender el concepto de hipoteca multidivisa, antes de pasar a analizar la evolución jurisprudencial¹²⁸ de este contrato, podemos remitirnos a la STS 323/2015, de 30 de junio (FJ 7º):

Revista de Derecho Vlex nº 198, 2020; SEGURA MOREIRAS, A., “Una defensa de la mayor transparencia de las cláusulas de referenciación IRPH en contratos de financiación bancaria” *Revista para el Análisis del Derecho* (Indret) nº 3, 2020, p. 14, disponible en https://indret.com/wp-content/uploads/2020/07/1565_Segura_Su%C3%A1rez.pdf.

¹²⁷ BALLUGERA GÓMEZ, C., “Crítica de la doctrina del control de transparencia del Tribunal Supremo. De la STS 9 mayo 2013 a la de 14 diciembre 2017”, *Revista de Derecho vLex* nº 165, 2018.

¹²⁸ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., (2019), “Los contratos de crédito inmobiliario...” *op. cit.*, pp. 210-221.

Lo que se ha venido en llamar coloquialmente "hipoteca multdivisa" es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el Libor (London Interbank Offerd Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres).

Este tipo de préstamos no dejan de ser sino préstamos hipotecarios a tipo variable en los que se incluye una cláusula por la que se presta un capital en una divisa distinta a la nacional o local, y se incluye en éste un índice de referencia relativo a esa divisa (en sumas ocasiones el LIBOR¹²⁹). La aplicación de este instrumento en la práctica pretendía que, al utilizar como referencia una divisa de otro país (normalmente yenes japoneses o francos suizos) en el que el tipo de interés era más bajo que el euro, las cuotas y cantidad pendiente de amortización se recalculasen periódicamente conforme a la divisa escogida¹³⁰. En este sentido, el adjetivo "multidivisa" no se daba en la totalidad de estos préstamos, ya que en algunos de ellos sí que se permitía cambiar de divisa (entre, por ejemplo, el yen, franco o incluso el propio euro) si el prestatario preveía su variación en su contra, pero en otros la divisa referenciada era fija, sin posibilidad de cambio alguno¹³¹.

Los problemas que ha sufrido el cliente en este tipo de operaciones, en las que han sido protagonistas, sobre todo, aquellas hipotecas con imposibilidad de cambio de divisa conforme a la fluctuación, ha venido dado por unos factores que vemos reiteradamente reflejados en este trabajo¹³². El primero es la ausencia de información precontractual a efectos de cumplimentación del control de transparencia, que conlleva que el cliente desconozca las consecuencias económicas y riesgos que implica la suscripción de este modelo contractual. En este sentido se pronunció el TJUE en su ya citada Sentencia de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13¹³³, donde consideró, conforme a lo apuntado por el Abogado General WAHL, que la cláusula por la que se calculaba el importe de devolución del

¹²⁹ El LIBOR desapareció definitivamente el 30 de junio de 2023, y, a similitud del EURIBOR, este primero se calculaba con similares procedimientos como los que comentábamos en el IRPH con la transición al ESTR, de modo que se propuso dar el paso al (SOFR) *Secure Overnight Financial Rates*, que es un índice americano que se basa en transacciones reales, y no en estimaciones o encuestas que hacen completamente manipulable el índice de referencia. Para más información sobre estos temas, consúltense los documentos de la página web de la CNMV donde publicaba las noticias al respecto <https://www.cnmv.es/portal/Benchmark/Indices-Referencia.aspx>. Como único punto que nos interesa tener en cuenta para el presente apartado es que el LIBOR se calculaba para varias monedas extranjeras: dólar estadounidense (LIBOR USD), libra esterlina (LIBOR GBP), yen japonés (LIBOR JPY) y franco suizo (LIBOR CHF); de ahí que se recurriese a este como índice de referencia.

¹³⁰ BALLESTER CASANELLA, B., *La naturaleza de la hipoteca multdivisa*, Dykinson SL, 2018, pp. 9 y 10.

¹³¹ NAVAS NAVARRO, S., "Cláusula sobre divisa extranjera en préstamos hipotecarios y falta de transparencia", *Revista CESCO de Derecho de Consumo* n° 14, 2015, pp. 4 y 5. Disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/798>. Como indica la autora, la fluctuación de las divisas depende de diversos factores, que un cliente minorista difícilmente puede conocer y tener en cuenta, como son la inestabilidad política del país, desequilibrios económicos o presupuestarios del mismo, poder adquisitivo de la moneda, intercambios comerciales internacionales, perspectivas de rentabilidad de los sectores empresariales, y la propia incertidumbre de los mercados.

¹³² NAVAS NAVARRO, *op. cit.* pp. 8-10.

¹³³ Este famoso caso trata de un contrato de préstamo hipotecario denominado en divisa extranjera (en singular). Lo peculiar de este tipo contractual es que la entrega del capital se realizaba en forintos húngaros (HUF) (moneda nacional), tomando como referencia la cotización de compra del franco suizo (CHF) (moneda extranjera), pero, por otro lado, el importe de las cuotas mensuales que el prestatario debía devolver, se calculaban (mensualmente) conforme a la cotización de venta de la divisa extranjera.

préstamo conforme al precio de cotización de *venta* de la divisa extranjera, que no había sido negociada (y además, no era transparente) suponía un elemento esencial de este tipo contractual.

El Tribunal de Luxemburgo reiteró que la obligación de redacción clara y comprensible formal y material alcanza a “todas las cláusulas del contrato” (§ 67), de manera que en este tipo de contratos, un consumidor medio (“normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso”) debía poder conocer no sólo la existencia de la diferencia entre el tipo de cambio de venta y compra de la divisa extranjera (la primera tomada en cuenta para calcular la cuota mensual a devolver y la segunda para calcular el importe a entregar por la entidad al cliente al momento de suscripción del contrato), sino también poder evaluar las consecuencias económicas (“potencialmente importantes”) que le supone aplicar el tipo de cambio de venta para el cálculo de las cuotas a devolver, siendo esto último su esencial obligación de pago y el coste total de su préstamo. Todo ello sumado a la obligación de que la entidad, ante la asimetría negociadora y de información *inter partes*, exponga al cliente de forma transparente el funcionamiento del mecanismo de conversión de la divisa y las consecuencias que acarrea para con sus obligaciones. Ya que todo ello conforma la garantía necesaria (que como mínimo se debe cumplir) que permite al consumidor disponer de esa información para poder evaluar si desea así quedar vinculado por el contrato y adherirse a las condiciones predisuestas por el profesional (§§ 70-75).

El TJUE consideró además que, conforme al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE (relativo a la no vinculación de las cláusulas abusivas para el consumidor, y la posibilidad de subsistencia del contrato sin éstas), se permite al juez nacional que, ante cláusulas declaradas abusivas con las que el contrato no podría subsistir si fuese eliminado, las sustituya por una disposición supletoria del Derecho nacional, a efectos de no perjudicar al consumidor frente a las posibles consecuencias económicamente perjudiciales que le supondría. Ya que, si se anulase por completo el contrato, el consumidor tendría que devolver el importe del préstamo, superando posiblemente su capacidad económica, lo que supone penalizar más al adherente que al prestamista, a quien no se le disuadiría de insertar este tipo de cláusulas (§§ 82-85).

A donde precisamente queríamos llegar con estos párrafos es al núcleo de que, como señalábamos anteriormente, resulta sumamente importante diferenciar correctamente dentro de cada contrato, conforme al mismo y conforme al Derecho interno, los elementos esenciales de los accesorios, ya que el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE introdujo una regla de no injerencia en estos primeros por vía del control de contenido, si fuesen transparentes, para no vulnerar el núcleo de la relación contractual (*essentialia negotii*), la cual se interpretó en nuestro ordenamiento jurídico acogiendo el precepto, en vez de ampliar la protección base prevista por la Directiva y controlar por contenido dicha cláusula (que habría sido más certero).

Volviendo a lo anterior, la importancia de la diferenciación se pone de manifiesto en puntos como este en los que, ante una cláusula declarada esencial como esta, la cual condiciona por completo el funcionamiento del préstamo (de la fluctuación de la divisa dependerá la cuota mensual, intereses pactados, intereses de demora y resto de gastos [en esencia, todas las obligaciones pecuniarias]), si confirmásemos que es abusiva, el contrato ha de correr el riesgo de ser suprimido por completo, siempre que no se perjudique al consumidor. Ahora bien, se ha de procurar también condenar de forma correcta a la entidad por la imposición de un modelo contractual no transparente y abusivo, para que así el consumidor no se vea en la situación de ser superado en su capacidad económica, ya que, si simplemente se anula el contrato, y ambas partes se restituyen lo pactado, nulas consecuencias tendría para las entidades realizar prácticas abusivas (cosa que está ocurriendo hasta la actualidad).

En síntesis, ante elementos esenciales abusivos, o bien se permite al consumidor sustituir la cláusula por una que estime oportuna (que valorará el juez), o bien se declara nulo el contrato al completo y se le impone una efectiva condena a la entidad. Ya que la actual regulación de la transparencia y abusividad, como vemos en la práctica, no hace sino beneficiar a las entidades y evitar efectos disuasorios en sus prácticas abusivas, ¿realmente estamos protegiendo al consumidor o confeccionando un marco jurisprudencial que busca lagunas jurídicas en interés de la banca?

Entrando al apartado de los riesgos que supone esta operación¹³⁴, estos son lógicamente mayores que los que entrañan un préstamo a tipo variable normal y corriente debido al propio riesgo de fluctuación de la moneda, sumado a la variación del tipo de interés. Es decir, la fluctuación de la moneda, como decíamos, influye directamente en el importe de cuota de amortización periódica (capital más intereses). Si la moneda se aprecia respecto al euro, el prestatario se enfrentará a una consecuente subida de la cuota de amortización, que puede llevar a que conforme pasan los años se adeude un capital mucho más elevado que el capital inicial entregado por el prestamista. De igual modo influye en sentido negativo, si la moneda referenciada se devalúa respecto al euro, todo disminuirá.

Por lo tanto, podría resultar lógico igualmente concluir que nos encontramos ante un producto financiero complejo para el adherente medio, un instrumento financiero al que se le ha de aplicar, a similitud de los *swaps*, la LMV con sus consiguientes obligaciones de información previstas en la normativa. Pues bien, el TJUE, en su Sentencia de 13 de diciembre de 2015, asunto C 312/14 (c. *Banif Plus Bank Zrt. v. Márton Lantos y Mártonné Lantos*) consideró, a diferencia que la anteriormente citada STS, que este tipo de productos no constituyen un *servicio o actividad de inversión*, conforme al art. 4.1.2 de la Directiva MiFID I, al ser actividades puramente accesorias, que no sirven para llevar a cabo una inversión sino para obtener fondos para la compra de un bien de consumo o para la prestación de un servicio, pero no para gestionar un riesgo de cambio o especular con el tipo de cambio de la divisa. Nuestro Alto Tribunal en cambio, lo consideró como un producto derivado complejo, por cuanto la determinación o cuantificación del importe de las cuotas dependía del índice de referencia (activo subyacente), en este caso según la cotización de la moneda extranjera en el mercado de divisas.¹³⁵

La siguiente resolución clave en este historial jurisprudencial que encontramos es la STS 608/2017, de 15 de noviembre, en la que se acogió lo anteriormente expuesto por la STJUE de 3 de diciembre de 2015. Respecto a la posible infracción del control de transparencia por parte de la entidad, entra el TS a debatir si la “negociación” de la divisa extranjera que se tomará como referencia, del importe en euros y del plazo de devolución (entre otros elementos), supone como tal una *negociación* como la que hemos expuesto en el apartado 3.2.3 de este trabajo (lo que excluiría que se calificase como condición general de la contratación). Concluyendo que esto no supone como tal una negociación de las cláusulas del contrato, puesto que esto no deja de ser sino un paso fundamental para fijar las obligaciones contractuales de este modelo contractual.

Continúa exponiendo cuáles han de ser las obligaciones que el prestamista debió cumplir para superar el control de transparencia, entre ellos se encuentra la obligación de informar al cliente de los riesgos que suponía el juego (fluctuación) de la moneda referenciada respecto a la nacional, para que pudiesen observar cómo las fluctuaciones podían afectar al importe de las cuotas y poner en riesgo su capacidad económica; de modo que un consumidor medio, pese a que pueda conocer

¹³⁴ Valiéndonos para ello de la STS de 30 de junio de 2015 citada.

¹³⁵ RUEDA TORTUERO, Á., “Transparencia y consumidores en las hipotecas multidivisa: especial referencia a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario”, *Revista CEFLegal*, 220, 2019, p. 19-22. Disponible en: <https://revistas.cef.udima.es/index.php/ceflegal/article/view/9863>.

las fluctuaciones de la moneda, no puede conocer sin la información precisa cómo afecta esta variación a sus futuras obligaciones de pago. Además, este riesgo no sólo está relacionado con la posible influencia sobre la cuota a amortizar, sino también con el capital final pendiente de amortizar, el cual se verá también afectado por las fluctuaciones. Recalca el tribunal que este último riesgo (capital total pendiente de amortización) es de suma importancia para la decisión del prestatario ya que, conforme a la funcionalidad de estos préstamos, el prestatario puede verse obligado a abonar de una sola vez el capital, ya sea por la facultad de vencimiento anticipado de la entidad o porque quiera cancelar la hipoteca.

Como buen apunte importante que realiza el Alto Tribunal, la alegación de la entidad de que el prestatario pudo cambiar la moneda referenciada en cualquier momento, esto no es del todo cierto ya que esa facultad (mensual en este caso) sólo la podrá ejercer al inicio de cada periodo de mantenimiento de moneda e interés (al inicio), pero en este tipo de operaciones la moneda puede variar significativamente en cuestión de semanas, por lo que sólo podría evitar un riesgo futuro; si bien reitera que el prestatario poco podía realizar si no se le informó de sus facultades. Por todo lo expuesto, el TS¹³⁶ declaró la falta de transparencia de las cláusulas sobre denominación en divisa del préstamo, lo cual suponía que el clausulado era abusivo al provocar un desequilibrio grave, contrario a la buena fe, y con ello la supresión de las cláusulas, pero la subsistencia del contrato:

La falta de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar, no es inocua para el consumidor sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no pudo comparar la oferta del préstamo hipotecario multdivisa con las de otros préstamos, o con la opción de mantener los préstamos que ya tenían concedidos y que fueron cancelados con lo obtenido con el préstamo multdivisa, que originó nuevos gastos a los prestatarios, a cuyo pago se destinó parte del importe obtenido con el nuevo préstamo.

La situación económica de los prestatarios se agravó severamente cuando el riesgo de fluctuación se materializó, de modo que no solo las cuotas periódicas de reembolso se incrementaron drásticamente, sino que la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se incrementó en vez de disminuir a medida que iban pagando cuotas periódicas, lo que les resultó perjudicial cuando el banco ejerció su facultad de dar por vencido el préstamo anticipadamente y exigir el capital pendiente de amortizar en un proceso de ejecución hipotecaria, que resultó ser superior al que habían recibido del prestamista al concertar el préstamo.

También se agravó su situación jurídica, puesto que concurrieron causas de vencimiento anticipado del préstamo previstas para el caso de depreciación del euro frente a la divisa en que se denominó el préstamo, por más que la causa de vencimiento anticipado que empleó Barclays para hacer uso de su facultad fuera el impago de las cuotas.

Encontramos también otros fallos en sede del TS, que van consolidando su jurisprudencia, como el caso de la STS 666/2020, de 11 de diciembre, en la que el abogado solicitaba en su demanda inicial la *nulidad parcial* mientras ejercitaba la acción fundada en vicios del consentimiento. Como ya

¹³⁶ Así lo ha continuado reiterando en posteriores Sentencias como las 599/2018 de 31 de octubre, 454/2020 de 23 de julio, 188/2021 de 31 de marzo, 29/2022 de 18 de enero, y 1387/2023 de 10 de octubre, entre tantas muchas otras.

hemos visto en este trabajo, el error/vicio del consentimiento conlleva la nulidad total del contrato, no cabe modular su nulidad o sustituir la cláusula como si nos encontrásemos en ámbito del principio de transparencia. Ante esto, el TS estimó el motivo y declaró que el error sustancial, relevante e inexcusable vicia por completo el contrato, y consecuentemente no puede subsistir, por lo que, al no haberse ejercitado una acción subsidiaria de nulidad por abusividad de la cláusula, no podía prosperar el motivo. Por otro lado, encontramos también la STS 642/2020, de 27 de noviembre, se produjo un viraje del control de transparencia subjetivo, desde el punto de vista del consumidor medio, a admitir que “no existen medios tasados para obtener el resultado que con el requisito de la transparencia material se persigue: un consumidor suficientemente informado”, por lo que admite que se valoren en el proceso otro tipo de pruebas adicionales que vayan más allá de las exigencias típicas de la transparencia.¹³⁷

Como último punto a tratar en este apartado, ¿cómo se están resolviendo este tipo de casos en las distintas Audiencias Provinciales? A la luz de esta jurisprudencia del TS, se han pronunciado en similar sentido declarando la nulidad por abusiva de este tipo de cláusulas ante la falta de información y las consecuencias descritas. Véase en este sentido las SSAP de Barcelona 546/2023, de 22 de noviembre, de Madrid 2579/2023, de 13 de noviembre (FJ 2º), de Granada 452/2023, de 10 de noviembre, de Valencia 463/2023, de 10 de noviembre, de las Islas Baleares 639/2023, de 6 de noviembre (FJ 4º), de Zamora 344/2023, de 25 de octubre, de Almería 1021/2023, de 24 de octubre, de Navarra 722/2023, de 20 de octubre (FJ 4º), y de La Rioja 62/2022 de 4 de marzo, entre otras.

Si bien, también encontramos casos en los que se declara que la cláusula sí supera el control de transparencia ante la entrega de documentación precontractual que expone el funcionamiento de la cláusula. Por ejemplo, véase la SAP de León 288/2023, de 26 de octubre, en relación con la STS 418/2023, de 28 de marzo, en las que consideraron que el “documento de primera disposición” entregado por Bankinter resultaba suficiente para declarar la validez y transparencia del clausulado:

se deduce que fue aquél informado con antelación suficiente, "con ejemplos y explicaciones fáciles de entender, de que: (i) la apreciación de la divisa en la que contrataba el préstamo implicaría un incremento (a) de la cuota y (b) en el capital pendiente de amortizar; (ii) el contravalor en euros del capital pendiente puede superar el contravalor inicial del préstamo, situación que se describe en el cuadro con las simulaciones; (iii) en caso de optar el prestatario por un cambio de divisa, el riesgo sobre el capital vivo se materializa, es decir, habrá que estar al capital pendiente en euros en el momento en que se realiza el cambio, al igual que ocurre en el caso de amortización anticipada.

Y, vemos otras en las que se intenta esgrimir por la demandada la doctrina del “retraso desleal en el ejercicio de acciones”, por el que se requiere que el derecho no se haya ejercitado durante un largo tiempo y que la conducta del titular del derecho sea desleal. No obstante, señala la SAP de Huelva 732/2023 de 14 de noviembre, en conexión con la STS 1346/2023, de 3 de octubre, que además de tales requisitos, se requiere que concurra una conducta que objetivamente haya creado en la otra parte (entidad) confianza en que la acción no se ejercitaría. Es decir, tales requisitos no se cumplen por el hecho de que el prestatario no ejerza su derecho y siga pagando las cuotas, ya que la demanda fue interpuesta en 2018, un año después de que se dictase en 2017 la última Sentencia del TS aclaratoria sobre este tema.

¹³⁷ CÁMARA LAPUENTE (2021), *cit.* pp. 7 y 8. Como analiza el autor, se ha producido en las hipotecas multidivisa un viraje “hacia una aplicación más restrictiva del control de transparencia en el caso concreto, sin alterar sus fundamentos jurídicos”.

VI. Conclusiones

1. Como hemos podido comprobar a lo largo de todo el trabajo, la contratación bancaria esconde una gran cantidad de debates que cuestionan las actuaciones de las entidades financieras y la introducción de cláusulas no transparentes y abusivas en sus contratos a lo largo de las décadas. Por ello, resulta de suma importancia conformar de forma correcta en nuestro ámbito nacional el esquema del sistema de controles de transparencia y abusividad que conocemos, dada la ausencia de regulación normativa completa al respecto y el continuo perfeccionamiento en nuestra jurisprudencia. De este modo, hemos planteado que el control de transparencia material, acogido en nuestro ordenamiento jurídico en forma de principio, debía aplicarse tanto a los elementos esenciales como a los accesorios del contrato, para preservar que el adherente pudo conocer realmente el funcionamiento material del completo clausulado y de sus implicaciones jurídicas y financieras, puesto que el control de incorporación o inclusión resulta insuficiente para garantizar la información que debe recibir el consumidor. Con esto, se garantiza que el adherente pueda comparar entre las distintas ofertas del mercado con conocimiento de causa, y elegir así por cuál quiere quedar vinculado.
2. Definir qué son elementos esenciales o accesorios dentro de un contrato de préstamo hipotecario es una tarea sumamente técnica y compleja, pero desde luego necesaria y vital. Si la falta de transposición del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE se interpretó en nuestro ordenamiento como una inclusión del mismo, lo cual implica que las cláusulas esenciales no se controlan por contenido si son transparentes, es necesario esclarecer estos conceptos y no dejar en manos del órgano juzgador competente que elija su calificación entre elementos esenciales/accesorios a su conveniencia. Por lo tanto, dentro de un contrato de préstamo hipotecario, tanto el capital pendiente de amortización, como el interés pactado, así como el plazo de devolución son los elementos esenciales del mismo. No obstante, el hecho de que una cláusula afecte económicamente al contrato no define su esencialidad, tampoco si se activa o no durante la vida del préstamo, o si el consumidor la considera o no “importante”, pero puede servir para determinarla. A modo ejemplificativo, las cláusulas suelo, de interés al alza, de intereses de demora, de vencimiento anticipado, de comisión de apertura, de gastos hipotecarios y muchas otras más, por mucho que supongan una influencia económica importante en las obligaciones económicas al adherente, siguen siendo elementos accesorios, los cuales han de analizarse obligatoriamente también a través del control de transparencia material.
3. Todavía existen cuestiones que podrían haber sido interpretadas de una manera más certera conforme a la exégesis normativa y jurisprudencial de estos controles. Entre ellas, la falta de transposición del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE debería servir como alerta para que se transponga, aumentando el nivel de protección de los consumidores, permitiendo controlar también por contenido las cláusulas esenciales transparentes. O, por otro lado, sigue siendo una interesante tesis que plantea que los efectos derivados de la falta de transparencia de una cláusula sean la no incorporación de la misma al contrato, sin proseguir con el análisis la abusividad de la misma, ya que eso es ámbito del control de contenido; si la cláusula no garantiza que un consumidor medio pudiese conocerla y comprender las cargas jurídicas y económicas que le supondría, esta debe expulsarse directamente del contrato. Lo que sí que está claro es que, si una cláusula esencial es declarada abusiva, pone en riesgo la subsistencia del contrato, pudiendo anularse al completo, *siempre y cuando no perjudique al consumidor*, ¿por qué no planteamos la posibilidad de modular las consecuencias para que no perjudique al consumidor y poder anular el contrato y permitirle acceder a otro tipo contractual que sí que

se ajustaba a lo que inicialmente solicitó a la entidad? Pese a este motivo, sólo excepcionalmente cabrá sustituir la cláusula por una de cauce legal que sea transparente, y que no perjudique al consumidor. Y, respecto a las cláusulas accesorias, su consecuencia exclusiva ha de ser la supresión del contrato, sin posibilidad de sustitución, pudiendo subsistir el contrato sin la misma ya que no afecta al núcleo esencial del negocio.

4. Con base en lo anteriormente expuesto, podemos también concluir que el control de incorporación o inclusión, también llamado de transparencia formal, garantiza únicamente el conocimiento por parte del adherente del contenido obligacional, y su comprensión gramatical, conformándose como un “control de conocimiento”. Por este motivo, el control de transparencia material va más allá, garantizando que el consumidor no sólo tenga conocimiento formal, sino también material, que comprenda cómo funciona la cláusula y se le advierta de los riesgos y consecuencias jurídicas y económicas de la misma, por lo que este sí que se configura como un “control de consentimiento”. La transparencia en la contratación bancaria garantiza que el cliente, futuro prestatario, en el marco de estas complejas operaciones, tenga acceso al contenido contractual y pueda comprender gramaticalmente el mismo junto con sus implicaciones, y podrá a sí emitir un verdadero consentimiento, libre e informado. Una vez emita el consentimiento, y quede adherido al contrato, es posible que se determine que el empresario pudo prever que el consumidor no habría contratado, en el marco de una negociación individual, si se le hubiese informado correctamente, vulnerando la buena fe, y que la misma suponga un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones del prestatario; es decir, no abandonaremos el estudio jurídico de la posible abusividad sin acudir antes al último de los controles, el de contenido.
5. Desafortunadamente, en sede jurisprudencial se están desvirtuando y cohibiendo estos controles, alejándonos a veces de la finalidad del Derecho de consumo. Prueba de ello es la jurisprudencia del TJUE, que en ocasiones ha advertido que, entre las acciones que puede realizar un consumidor medio no se encuentra la investigación jurídica, es decir, no se le puede pedir a un consumidor medio que sea capaz de analizar el preámbulo de una norma o que conozca al instante la doctrina jurisprudencial que el TS asienta. La entidad bancaria, en cambio, tiene una multiplicidad de factores a su favor: impone cláusulas prerredactadas que sólo pueden ser aceptadas -que no negociadas-, posee una alta superioridad informativa (conoce a la perfección cómo funcionan las cláusulas y cuáles serán las consecuencias -sobre todo las perjudiciales-), sí que es capaz de estar al día con la última jurisprudencia sobre las cláusulas abusivas y actúa a tal efecto, y en numerosas ocasiones se ve incluso favorecida por la misma, y en otras obtiene leves consecuencias por la inclusión de cláusulas abusivas en sus contratos.
6. La utilización reiterada de términos jurídicos en estos textos no puede alejarnos de la realidad en la vida cotidiana. Para un “consumidor medio”, el cual suscribe un contrato de estas características muy probablemente una vez en toda su vida, las consecuencias económicas que se derivan de aplicar cláusulas que realmente son abusivas pero no han sido declaradas como tales, le pueden suponer un riesgo o una salvación en su economía personal. De este modo, el principio de transparencia se materializa en la contratación bancaria evitando que el consumidor incurra en futuros perjuicios que no pudo prever en el momento de emisión de su consentimiento. También, como hemos indicado, le permite actuar con conocimiento de causa, ya que, de nuevo, los profesionales bancarios tienen pleno conocimiento del contenido completo del contrato y de las consecuencias del mismo. Y, en conclusión, en la práctica jurídica hemos podido comprobar como las entidades bancarias, pese a las

declaraciones de abusividad de determinadas cláusulas, terminan obstaculizando la posibilidad de que el cliente recupere la posición en la que se encontraba en el momento de contratar si no se hubiese aplicado la cláusula abusiva. Esto deriva en que, en la actualidad, estos pleitos provocan “atascos” en sede judicial debido a la masificación de procesos en los que no se pudo obtener una satisfacción extraprocesal.

VII. Referencias bibliográficas

- AGÜERO ORTIZ, A., “Análisis jurisprudencial de la evolución del control de transparencia de las cláusulas suelo”, *Rev. CESCO de Derecho de Consumo*, n° 36, 2020, disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/2581/1933>
- AGÜERO ORTÍZ, A., “El control de transparencia de las cláusulas relativas a índices de referencia y sus efectos El IRPH en la llamada jurisprudencia menor tras la STJUE 3.3.2020”, *Revista para el Análisis del Derecho (Indret)* n° 4, 2020. Disponible en <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/375588>
- ALCALÁ JIMÉNEZ, M., “Dossier. Préstamos hipotecarios referenciado al IRPH Sentencia del TJUE de 13 de julio de 2023 TOL9.640.978”, *Revista Tirant Online*, 2023.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales*, en Anuario jurídico de La Rioja n° 4, 1998. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=188499>
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato”, en *Almacén de Derecho*, 2017, disponible en: <https://almacenederecho.org/clausulas-predisuestas-describen-objeto-principal-del-contrato>
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Derecho bancario”, *Rev. jurídica* 2, Universidad Autónoma de Madrid, 2000. Disponible en: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/3006/14190_2RJ280.pdf
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación: estudio de las disposiciones generales*, Civitas, Madrid, 1991
- BALLESTER CASANELLA, B., *La naturaleza de la hipoteca multidivisa*, Dykinson SL, Madrid, 2018
- BALLUGERA GÓMEZ, C., “Crítica de la doctrina del control de transparencia del Tribunal Supremo. De la STS 9 mayo 2013 a la de 14 diciembre 2017”, *Revista de Derecho vLex* n° 165, 2018.
- BOU BAUZÁ, G. “Estudio sobre las irregularidades del índice IRPH que pueden conllevar su supresión por vía administrativa”, *Ministerio de Consumo*, 2022. Disponible en <https://www.caib.es/sites/consumidor/f/442320>
- CÁMARA LAPUENTE S., “Artículo 3. Conceptos de consumidor y usuario y de persona consumidora vulnerable” en CAÑIZARES LASO, A. (coord.) *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*. Tirant lo Blanch, 2022.
- CÁMARA LAPUENTE, S., “Hacia el carácter abusivo directo de las cláusulas no transparentes”, *Rev. jurídica sobre consumidores*, n° especial, marzo 2021, Vlex. Disponible en: https://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/docs/transparencia_camara_2021.pdf.
- CÁMARA LAPUENTE, S., “¿Quién teme al control de incorporación (B2B)?”, *Diario La Ley* n° 9667, 2020. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmNDYwNLU7Wy1KLizPw8WyMDIwMDcwNjkEBmWqVLfnJIZUGqbVpTnEqAOHvdYM1AAAAWKE>
- CÁMARA LAPUENTE, S. “IRPH y STS 14.12.2017: dos colosos con pies de barro. El art. 1.2 de la Directiva 93/13 no blinda en realidad cualquier cláusula que reproduzca ‘normas’. Transparencia lejos del suelo” en YZQUIERDO TOLSADA, M., *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)* n° 9, Biblioteca Jurídica Digital BOE, 2017. Disponible en:

https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/articulo.php?id=COM-D-2017-11

- CÁMARA LAPUENTE, S., “Control de cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios”, en *Almacén de Derecho*, 2017. Disponible en: <https://almacenederecho.org/control-clausulas-predispuestas-contratos-empresarios>.
- CÁMARA LAPUENTE, S., “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014 (3903/2014). El control de transparencia de las cláusulas suelo como causa única y directa de su carácter abusivo (crítica y reconducción hacia el control de incorporación)”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir.) *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, Biblioteca Jurídica Digital BOE, 2016. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013-11
- CÁMARA LAPUENTE, S.: “Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado (AAMN)*, LV, 2014-2015. Disponible en: http://www.cnotarial-madrid.org/nv1024/paginas/TOMOS_ACADEMIA/055-12-SERGIO_C%C3%81MARA_LAPUENTE.pdf
- CÁMARA LAPUENTE, S., “¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? De la STJUE de 3 de junio 2010 (Caja de Madrid, C-484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (pleno) de 9 de mayo de 2013 sobre las cláusulas suelo”, en *Cuadernos de Derecho Transaccional* vol. 5, nº 2, Universidad Carlos III de Madrid, 2013. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5006924>
- CÁMARA LAPUENTE, S., “No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia”, en *Centro de Estudios de Consumo*, Universidad de Castilla - La Mancha, 2013. Disponible en: https://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/docs/2013_Camara_STS_9_5_2013_abusivas_suelo.pdf.
- CANIZARES LASO, A., “Artículo 80. Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente” en CANIZARES LASO, A. (coord.) *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*. Tirant lo Blanch, 2022.
- CANIZARES LASO, A., “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación”, en SENÉS MOTILLA, C., *Jornada Cláusulas abusivas: problemas sustantivos y procesales*, Granada, 2016. Disponible en: <https://rajylgr.es/wp-content/uploads/2017/11/jornada-clausulas-abusivas.pdf>
- CARBALLO FIDALGO, M., “Hacia un concepto autónomo y uniforme de cláusula abusiva. La jurisprudencia del TJUE y su recepción por los tribunales españoles”. *Revista para el Análisis del Derecho (Indret)*, Barcelona, 2019.
- CARRASCO PERERA, Á., “Las cláusulas abusivas se eliminan, sin más: no cabe reducirlas, moderarlas ni modificarlas”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* nº 3, 2012.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 35, nº 4. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4656>
- DÍAZ ALABART, S., *Manual de Derecho de Consumo*, Reus, Madrid, 2016.
- ETXEBERRÍA MURGIONDO, J. “Nota acerca del IRPH. Un análisis desde la ESTADÍSTICA”, *Informe Jurídico*, 2016. Disponible en: https://futurfinances.com/wp-content/uploads/2016/07/Nota_acerca_del_IRPH_Dr_Juan_Etxeberria.pdf
- FARRANDO MIGUEL, I., “Test de conveniencia, test de idoneidad y error vicio de los contratantes de swaps” en YZQUIERDO TOLSADA, M., *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)* nº 10, Biblioteca Jurídica Digital BOE, 2018, *in totum*. Disponible en:

https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2018-21

- GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J. y PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos de adhesión y la contratación electrónica”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.) *Tratado de Contratos*, vol. 2, 2ª ed., Tirant lo Blanch, 2013.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en *Rev. de Derecho Comunitario Europeo* n° 8, 2004. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=909110>
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J. Mª., “La comisión de apertura en los préstamos hipotecarios, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia de nuevo” en *Diario La Ley* n° 10273, Sección Tribuna, 24 de abril de 2023, La Ley. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmMzEzNDQ7Wy1KLizPw827DM9NS8kls13MSSktQiWz9HAPJavc4qAAAAWKE>
- MANRIQUE DE LARA JIMÉNEZ, J. “El juicio de abusividad en las cláusulas de referenciación a índices IRPH” *EIDerecho.com*, Lefebvre, 2022. Disponible en <https://elderecho.com/juicio-abusividad-en-clausulas-de-referenciacion-indices-irph>
- MARÍN LÓPEZ, M. J., “La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados” *Revista CESCO de Derecho de Consumo* n° 22/2017. Disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1436/1200>
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., “Control de transparencia, cláusulas abusivas y consentimiento contractual Reflexiones a partir de la última jurisprudencia del TS sobre novación y transacción de cláusulas suelo”, *Revista de Derecho Civil* n° 1, vol. VI. Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/download/383/344>
- MATO PACÍN, N., *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017.
- MIRA CANTÓ, A. L., “Control notarial de las cláusulas abusivas”, en CASTILLO MARTÍNEZ, C. C. (dir.), *Jurisprudencia sobre Hipotecas y Contratos Bancarios y Financieros*, Tirant lo Blanch, 2019.
- MIRANDA SERRANO, L. M. “Consecuencias de la falta de transparencia material de las cláusulas no negociadas individualmente: a propósito de algunas experiencias en el sector financiero”, *Rev. de Derecho del Sistema Financiero* n° 4, 2022, disponible en: <https://rdsfin.com/wp-content/uploads/2022/11/RDSF-num.-4-2-2022-111-155.pdf>
- MIRANDA SERRANO, L. M., “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria”. *Revista para el Análisis del Derecho (Indret)* n° 2, Barcelona, 2018. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6392956>
- MORENO GARCÍA, L., “*Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal*”, Tirant lo Blanch, 2019, Valencia.
- NAVAS NAVARRO, S., “Cláusula sobre divisa extranjera en préstamos hipotecarios y falta de transparencia”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* n° 14, 2015. Disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/798>
- ORDUÑA MORENO, F. J. “Doctrina jurisprudencial del TJUE: claves conceptuales a propósito del IRPH”, *Revista de Derecho Vlex* n° 198, 2020.
- ORDUÑA MORENO, F. J., *Derecho de Consumo y correcto funcionamiento de los mercados*, Tirant Lo Blanch, 2023, 1ª ed.
- ORTÍZ PÉREZ, M., y ERAUSKIN VÁZQUEZ, J. M., “IRPH Cajas, ¿una simple media de los tipos de interés medios ponderados?” *Revista Aranzadi Doctrinal* n° 7, 201.

- PANIAGUA ZURERA, M. y MIRANDA SERRANO, L. (dir.), “La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción del derecho de los consumidores”, en *Derecho (privado) de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- PANTALEÓN PRIETO, F., “Las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores”, Comares, Granada, 2023.
- PANTALEÓN PRIETO, F., “Sobre la transparencia material de cláusulas predispuestas de lege lata y de lege ferenda”, *Almacén de Derecho*, 2020, disponible en: <https://almacenederecho.org/sobre-la-transparencia-material-de-clausulas-predispuestas-de-lege-lata-y-de-lege-ferenda>
- PÉREZ NEVOT, J. A., “El concepto de consumidor”, en CASTILLO MARTÍNEZ, M^a. C. (dir) y FORTEA GORBE, J. L. (coord.) *Jurisprudencia sobre Hipotecas y Contratos Bancarios y Financieros*. Tirant lo Blanch, 2019.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos de adhesión y la contratación electrónica”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Tratado de contratos*, tomo II, 3^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *Revista para el Análisis del Derecho (Indret)* n^o3, 2013; Disponible en: <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/268267/355840/>
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. *La nulidad contractual en la jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “El deber de transparencia en la redacción de las cláusulas contractuales predispuestas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 5.^a) de 10 de mayo de 2001]”, *Revista La Ley Digital* n^o 45, 2002.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “El devenir de la cláusula IRPH tras la STJUE 3 marzo 2020: transparencia, carácter abusivo e integración”, *Revista La Ley Digital* n^o 9548, 2020.
- RAKOFF, TODD D., “Contracts of Adhesion, An Essay in Reconstruction”. *Harvard Law Review*, vol. 96, n^o 6, 1983. Traducido al castellano por PALACIOS LLERAS, A. en *Rev. de Derecho Privado*, núm. 37, diciembre de 2006, Universidad de Los Andes.
- RUEDA TORTUERO, Á., “Transparencia y consumidores en las hipotecas multidivisa: especial referencia a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario”, *Revista CEFLegal*, 220, 2019. Disponible en: <https://revistas.cef.udima.es/index.php/ceflegal/article/view/9863>
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., “Control de transparencia material y actuación notarial conforme a la jurisprudencia y la Ley 5/2019 de Contratos de Crédito Inmobiliario”, en *Revista de Derecho Civil* n^o 2, vol. VI, 2019; disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/419>
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., “Cláusulas suelo en préstamos con no consumidores: control de transparencia vs. buena fe”, en *Revista de Derecho Civil* n^o 4, vol. III, 2016; disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5764553>
- SANTOS MORÓN, M^a. J., y MATO PACÍN, M^a. N. (coord.), “El derecho de consumo y el consumidor”, en *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencial actual*. Tecnos, Madrid, 2022.
- SEGURA MOREIRAS, A., “Una defensa de la mayor transparencia de las cláusulas de referenciación IRPH en contratos de financiación bancaria” *Revista para el Análisis del Derecho (Indret)* n^o 3, 2020. Disponible en: https://indret.com/wp-content/uploads/2020/07/1565_Segura_Su%C3%A1rez.pdf

SERRANO BARRIENTOS, A., “Los controles de incorporación, de contenido y de interpretación”, en CASTILLO MARTÍNEZ, M^a. C. (dir) y FORTEA GORBE, J. L. (coord.) *Jurisprudencia sobre Hipotecas y Contratos Bancarios y Financieros*. Tirant lo Blanch, 2019

VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A., “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (1916/2013) Consumidores, Condiciones Generales Abusivas. Cláusula Suelo en los Préstamos Hipotecarios. Efectos de su Nulidad” en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, Biblioteca Jurídica Digital BOE, 2013. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013-9.

VAQUERO LÓPEZ, C., “Mercados financieros on line y protección procesal de los consumidores, cuestiones de competencia judicial internacional a la luz de la decisión del TJUE en el asunto Reliantco Investments”, en *Rev. De Estudios Europeos* n^o 78, 2021, Universidad de Valladolid.

ZUMAQUERO GIL, L., “Los efectos derivados del carácter abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado de las hipotecas”, en *Rev. de Derecho Civil*, vol. VIII, n^o 2, 2021. Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/625>.

VIII. Listado de jurisprudencia

TJUE

1. STJUE de 25 de enero de 2024, asuntos acumulados C-810/21 a C-813/21 (c. *v. Caixabank, S.A.; v. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A.; v. Banco Santander, S. A.; y v. Banco Sabadell, S. A.* respectivamente)
2. STJUE de 21 de diciembre de 2023, asuntos acumulados C-38/21, C-47/21 y C-232/21 (c. *v. BMW Bank GmbH; v. C. Bank AG; y v. Volkswagen Bank GmbH y Audi Bank*, respectivamente)
3. STJUE de 13 de julio de 2023, asunto C-265/22 (c. *Z.R. y P.I. v. B. Santander*).
4. STJUE de 8 de junio de 2023, asunto C-570/21 (c. *I. S., K. S. e YYY. S.A.*)
5. STJUE 16 de marzo de 2023, asunto C-565/21 (c. *Caixabank, S.A. v. X*)
6. STJUE de 12 de enero de 2023, asunto C-395/21 (c. *D.V. v. M.A.*).
7. STJUE de 10 de junio de 2021, asuntos C-776/19 a C-782/19 (c. *VB. y otros v. BNP Paribas Personal Finance SA*)
8. STJUE de 10 de diciembre de 2020, asunto C-774/19 (c. *A. B., B. B. v. Personal Exchange International Limited*)
9. STJUE de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 (c. *CY v. Caixabank, S. A.*) y C-259/19 (c. *LG y PK v. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A.*)
10. STJUE de 9 de julio 2020, asuntos acumulados C-698/18 (c. *SC Raiffeisen Bank SA v. JBi*) y C-699/18 (c. *BRD Groupe Société Générale SA v. KC*)
11. STJUE de 2 de abril de 2020, asunto C-500/18 (c. *AU v. Reliantco Investments LTD*)
12. STJUE de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18 (c. *M.G.M.G. v. Bankia, S.A.*)
13. STJUE de 3 de octubre de 2019, asunto C-208/18 (c. *Jana Petručová v. FIBO Group Holdings Limited*)
14. STJUE de 3 octubre de 2019, asunto C-621/17 (c. *Kiss v. Cib Bank*)
15. STJUE de 26 de marzo de 2019, asuntos acumulados C-70/17 (*Abanca C.B., S.A. v. A.G.S.S*) y C-179/17 (*Bankia, S.A. v. A.A.L.M y V.Y.R.R*)
16. STJUE de 4 de octubre de 2018, asunto C-105/17 (c. *Komisia za zashita na potrebitele v. Evelina Kamenova*)
17. STJUE de 25 de enero de 2018, asunto C-498/16 (c. *Maximilian Schrems v. Facebook I.L.*)
18. STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16 (c. *Ruxandra Paula Andriciuc y otros v. Banca Românească SA*)
19. STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14 (c. *Banco Primus, S.A., v. Jesús Gutiérrez García*)

20. STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15 y C-307 y 308/15 (c. *Francisco Gutiérrez Naranjo y otros*)
21. STJUE de 3 de diciembre de 2015, asunto C-312/14 (c. *Banif Plus Bank Zrt. v. Márton Lantos y Mártonné Lantos*)
22. STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14 (c. *Horățiu Ovidiu Costea v. SC Volksbank România SA*)
23. STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13 (c. *Bogdan Matei, Ioana Ofeția Matei v. SC Volksbank România SA*)
24. STJUE de 15 de enero de 2015, asunto C-537/13 (c. *Birutė Šiba v. Arūnas Devėnas*)
25. STJUE de 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13 (c. *Monika Kušionová v. SMART Capital, a.s.*)
26. STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 (c. *Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai v. OTP Jelzálogbank Zrt*)
27. STJUE de 16 de enero de 2014, asunto C-226/12 (c. *Constructora Principado, S.A., v. José Ignacio Menéndez Álvarez*)
28. STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-604/11 (c. *Genil 48 SL y Comercial HGV SL v. Bankinter SA y Banco Bilbao Vizcaya*),
29. STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11 (c. *RWE Vertrieb AG v. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*)
30. STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11 (c. *Mohamed Aziz v. CatalunyaCaixa*)
31. STJUE de 21 de febrero de 2013, asunto C-472/11 (c. *Banif Plus Bank Zrt v. Csaba Csipai y Viktória Csipai*),
32. STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10 (c. *Banco Español de Crédito, S.A., v. Joaquín Calderón Camino*)
33. STJUE de 26 de abril de 2012, asunto C-472/10 (c. *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság v. Invitel Távközlési Zrt*)
34. STJUE de 3 de junio 2010, asunto C-484/08 (c. *Caja de Aborros y Monte de Piedad de Madrid v. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*)
35. STJUE de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08 (c. *Asturcom Telecomunicaciones, S.L., v. Cristina Rodríguez Nogueira*)
36. STJUE de 10 de abril de 2008, asunto C-412/06 (c. *Annelore Hamilton y Volksbank Filder eG*)
37. STJUE de 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05 (c. *Elisa María Mostaza Claro y Centro Móvil Milenium, S.L.*)
38. STJUE de 25 de octubre de 2005, asunto C-350/03 (c. *E. y W. Schulte v. Deutsche Bausparkasse Badenia AG*)
39. STJUE de 27 de junio de 2000, asuntos acumulados C-240/98 a C244/98, (c. *Océano Grupo Editorial, S.A. y otros*)
40. STJUE de 16 de julio de 1998, asunto C-210/96 (c. *Gut Springenheide GmbH, Rudolf Tuský*)
41. STJUE de 3 de julio de 1997, asunto C-269/95 (c. *Francesco Benincasa v. Dentalkit s.r.l.*)
42. ATJUE de 17 de noviembre de 2021, asunto C-655/20 (c. *Marc Gómez del Moral Guasch v. Bankia, S. A.*)
43. ATJUE de 3 de julio de 2019, asunto C-92/16 (*Bankia, S.A. v. H.R.R.J y S.J.F.E*) y C-167/16 (*BBVA, S.A. v. F.Q.U y M.I.S.G.*)

TS

44. STS 1557/2023, de 13 de noviembre (ROJ: 5006/2023 - ECLI:ES:TS:2023:5006)
45. STS 1514/2023, de 31 de octubre (ROJ: 4544/2023 - ECLI:ES:TS:2023:4544)
46. STS 1387/2023, de 10 de octubre (ROJ: 4198/2023 - ECLI:ES:TS:2023:4198)
47. STS 1346/2023, de 3 de octubre (ROJ: 3906/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3906)
48. STS 816/2023, de 29 de mayo (ROJ: 2131/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2131)
49. STS 781/2023, de 22 de mayo (ROJ: 2377/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2377)
50. STS 418/2023, de 28 de marzo (ROJ: 1068/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1068)
51. STS 985/2022, de 21 de diciembre (ROJ: 4772/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4772)

52. STS 487/2022, de 16 de junio (ROJ: 2337/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2337)
53. STS 423/2022, de 25 de mayo (ROJ: 2081/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2081)
54. STS 302/2022, de 19 abril (ROJ: 1557/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1557)
55. STS 67/2022, de 1 de febrero (ROJ: 359/2022 - ECLI:ES:TS:2022:359)
56. STS 44/2022, de 27 de enero (ROJ: 240/2022 - ECLI:ES:TS:2022:240)
57. STS 43/2022, de 27 de enero (ROJ: 154/2022 - ECLI:ES:TS:2022:154)
58. STS 42/2022, de 27 de enero (ROJ: 153/2022 - ECLI:ES:TS:2022:153)
59. STS 29/2022, de 18 de enero (ROJ: 96/2022 - ECLI:ES:TS:2022:96)
60. STS 857/2021, de 10 de diciembre (ROJ: 4560/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4560)
61. STS 188/2021, de 31 de marzo (ROJ: 1214/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1214)
62. STS 35/2021, de 27 de enero (ROJ: 61/2021 - ECLI:ES:TS:2021:61)
63. STS 22/2021, de 21 de enero (ROJ: 112/2021 - ECLI:ES:TS:2021:112)
64. STS 13/2021, de 19 de enero (ROJ: 212/2021 - ECLI:ES:TS:2021:212)
65. STS 666/2020, de 11 de diciembre (ROJ: 4071/2020 - ECLI:ES:TS:2020:4071)
66. STS 642/2020, de 27 de noviembre (ROJ: 4015/2020 - ECLI:ES:TS:2020:4015)
67. STS 598/2020, de 12 de diciembre (ROJ: 3628/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3628)
68. STS 597/2020, de 12 de noviembre (ROJ: 3756/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3756)
69. STS 596/2020, de 12 de diciembre (ROJ: 3629/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3629)
70. STS 595/2020, de 12 de diciembre (ROJ: 3613/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3613)
71. STS 489/2020, de 23 de septiembre (ROJ: 3027/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3027)
72. STS 454/2020, de 23 de julio (ROJ: 2626/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2626)
73. STS 314/2020, de 17 de junio (ROJ: 1980/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1980)
74. STS 303/2020, de 15 de junio (ROJ: 2172/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2172)
75. STS 566/2019, de 25 de octubre (ROJ: 3315/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3315)
76. STS 528/2019, de 9 de octubre (ROJ: 3134/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3134)
77. STS 463/2019, de 11 de septiembre (ROJ: 2761/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2761)
78. STS 433/2019, de 17 de julio (ROJ: 2503/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2503)
79. STS 49/2019, de 23 de enero (ROJ: 105/2019 - ECLI:ES:TS:2019:105)
80. STS 48/2019, de 23 de enero (ROJ: 104/2019 - ECLI:ES:TS:2019:104)
81. STS 47/2019, de 23 de enero (ROJ: 103/2019 - ECLI:ES:TS:2019:103)
82. STS 46/2019, de 23 de enero (ROJ: 101/2019 - ECLI:ES:TS:2019:101)
83. STS 44/2019, de 23 de enero (ROJ: 102/2019 - ECLI:ES:TS:2019:102)
84. STS 694/2018, de 11 de diciembre (ROJ: 4173/2018 - ECLI:ES:TS:2018:4173)
85. STS 599/2018, de 31 de octubre (ROJ: 3677/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3677)
86. STS 474/2018, de 20 de julio (ROJ: 2859/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2859)
87. STS 264/2018, de 9 de mayo (ROJ: 1622/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1622)
88. STS 195/2018, de 6 de abril (ROJ: 1158/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1158)
89. STS 170/2018, de 23 de marzo (ROJ: 1225/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1225)
90. STS 97/2018, de 26 de febrero (ROJ: 635/2018 - ECLI:ES:TS:2018:635)
91. STS 8/2018, de 10 de enero (ROJ: 8/2018 - ECLI:ES:TS:2018:8)
92. STS 669/2017, de 14 de diciembre (ROJ: 4308/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4308)
93. STS 639/2017, de 23 de noviembre (ROJ: 4116/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4116)

94. STS 608/2017, de 15 de noviembre (ROJ: 3893/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3893)
95. STS 401/2017, de 27 de junio (ROJ: 2571/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2571)
96. STS 334/2017, de 25 de mayo (ROJ: 2016/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2016)
97. STS 16/2017, de 16 de enero (ROJ: 17/2017 - ECLI:ES:TS:2017:17)
98. STS 728/2016, de 19 de diciembre (ROJ: 5378/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5378)
99. STS 603/2016, de 6 de octubre (ROJ: 4290/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4290)
100. STS 316/2016, de 3 de junio (ROJ: 2042/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2042)
101. STS 32/2016, de 4 de febrero (ROJ: 323/2016 - ECLI:ES:TS:2016:323)
102. STS 705/2015, de 23 de diciembre (ROJ: 5618/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5618)
103. STS 489/2015, de 16 de septiembre (ROJ: 4004/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4004)
104. STS 469/2015, de 8 de septiembre (ROJ: 3829/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3829)
105. STS 376/2015, de 7 de julio (ROJ: 3198/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3198)
106. STS 323/2015, de 30 de junio (ROJ: 3002/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3002)
107. STS 227/2015, de 30 de abril (ROJ: 1923/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1923)
108. STS 265/2015, de 22 de abril (ROJ: 1723/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1723)
109. STS 138/2015, de 24 de marzo (ROJ: 1279/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1279)
110. STS 102/2015, de 10 de marzo (ROJ: 1412/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1412)
111. STS 464/2014, de 8 de septiembre (ROJ: 3903/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3903)
112. STS 246/2014, de 28 de mayo (ROJ: 2820/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2820)
113. STS 769/2014, de 12 de enero (ROJ: 254/2015 - ECLI:ES:TS:2015:254)
114. STS 241/2013, de 9 de mayo (ROJ: 1916/2013 - ECLI:ES:TS:2013:1916)
115. STS 557/2012, de 1 de octubre (ROJ: 6225/2012 - ECLI:ES:TS:2012:6225)
116. STS 406/2012, de 18 de junio (ROJ: 5966/2012 - ECLI:ES:TS:2012:5966)
117. STS 75/2011, de 2 de marzo (ROJ: 1244/2011 - ECLI:ES:TS:2011:1244)
118. STS 861/2010, de 29 de diciembre (ROJ: 7551/2010 - ECLI:ES:TS:2010:7551)
119. STS 663/2010, de 4 de noviembre (ROJ: 6062/2010 - ECLI:ES:TS:2010:6062)
120. STS 651/2010, de 2 de noviembre (ROJ: 5792/2010 - ECLI:ES:TS:2010:5792)
121. STS 963/2005, de 15 de diciembre (ROJ: 7510/2005 - ECLI:ES:TS:2005:7510)
122. STS 81/2003, de 11 de febrero (ROJ: 852/2003 - ECLI:ES:TS:2003:852)
123. STS 274/2003, de 21 de marzo (ROJ: 1967/2003 - ECLI:ES:TS:2003:1967)
124. STS 920/1999, de 9 de noviembre (ROJ: 7056/1999 - ECLI:ES:TS:1999:7056)
125. STS 664/1997, de 5 de julio (ROJ: 4793/1997 - ECLI:ES:TS:1997:4793)

AAPP

126. SAP de Navarra 1045/2023, de 19 de diciembre (ROJ: 1422/2023 - ECLI:ES:APNA:2023:1422)
127. SAP de Navarra 1037/2023, de 19 de diciembre (ROJ:)
128. SAP de Girona 836/2023, de 11 de diciembre (ROJ: 1409/2023 - ECLI:ES:APNA:2023:1409)
129. SAP de Valencia 494/2023, de 14 de diciembre (ROJ: 3063/2023 - ECLI:ES:APV:2023:3063)
130. SAP de Huelva 779/2023, de 30 de noviembre (ROJ: 961/2023 - ECLI:ES:APH:2023:961)
131. SAP de Almería 1184/2023, de 28 de noviembre (ROJ: 1701/2023 - ECLI:ES:APAL:2023:1701)

- 132.** SAP de Huesca 236/2023, de 24 de noviembre (ROJ: 353/2023 - ECLI:ES:APHU:2023:353)
- 133.** SAP de Barcelona 546/2023, de 22 de noviembre (ROJ: 11766/2023 - ECLI:ES:APB:2023:11766)
- 134.** SAP de Zaragoza 506/2023, de 15 de noviembre (ROJ: 1864/2023 - ECLI:ES:APZ:2023:1864)
- 135.** SAP de Huelva 732/2023, de 14 de noviembre (ROJ: 861/2023 - ECLI:ES:APH:2023:861)
- 136.** SAP de Madrid 2579/2023, de 13 de noviembre (ROJ: 18048/2023 - ECLI:ES:APM:2023:18048)
- 137.** SAP de Valencia 690/2023, de 13 de noviembre (ROJ: 2802/2023 - ECLI:ES:APV:2023:2802)
- 138.** SAP de Valencia 463/2023, de 10 de noviembre (ROJ: 3055/2023 - ECLI:ES:APV:2023:3055)
- 139.** SAP de Granada 452/2023, de 10 de noviembre (ROJ: 986/2023 - ECLI:ES:APGR:2023:986)
- 140.** SAP de las Islas Baleares 639/2023, de 6 de noviembre (ROJ: 2742/2023 - ECLI:ES:APIB:2023:2742)
- 141.** SAP de Madrid 2564/2023, de 3 de noviembre (ROJ: 16954/2023 - ECLI:ES:APM:2023:16954)
- 142.** SAP de La Rioja 445/2023, de 3 de noviembre (ROJ: 573/2023 - ECLI:ES:APLO:2023:573)
- 143.** SAP de Alicante 543/2023, de 3 de noviembre (ROJ: 1735/2023 - ECLI:ES:APA:2023:1735)
- 144.** SAP de Cuenca 264/2023, de 31 de octubre (ROJ: 394/2023 - ECLI:ES:APCU:2023:394)
- 145.** SAP de Toledo 978/2023, de 27 de octubre (ROJ: 1412/2023 - ECLI:ES:APTO:2023:1412)
- 146.** SAP de Salamanca 534/2023, de 27 de octubre (ROJ: 664/2023 - ECLI:ES:APSA:2023:664)
- 147.** SAP de Murcia 1075/2023, de 26 de octubre (ROJ: 2537/2023 - ECLI:ES:APMU:2023:2537)
- 148.** SAP de León 288/2023, de 26 de octubre (ROJ: 1304/2023 - ECLI:ES:APLE:2023:1304)
- 149.** SAP de Zamora 344/2023, de 25 de octubre (ROJ: 427/2023 - ECLI:ES:APZA:2023:427)
- 150.** SAP de Almería 1021/2023, de 24 de octubre (ROJ: 1503/2023 - ECLI:ES:APAL:2023:1503)
- 151.** SAP de Barcelona 482/2023, de 23 de octubre (ROJ: 11798/2023 - ECLI:ES:APB:2023:11798)
- 152.** SAP de Navarra 779/2023, de 20 de octubre (ROJ: 1454/2023 - ECLI:ES:APNA:2023:1454)
- 153.** SAP de Oviedo 591/2023, de 17 de octubre (ROJ: 3049/2023 - ECLI:ES:APO:2023:3049)
- 154.** SAP de Granada 333/2023, de 11 de octubre (ROJ: 1096/2023 - ECLI:ES:APGR:2023:1096)
- 155.** SAP de Melilla 70/2023, de 10 de octubre (ROJ: 122/2023 - ECLI:ES:APML:2023:122)
- 156.** SAP de Castellón 395/2023, de 2 de octubre (ROJ: 954/2023 - ECLI:ES:APCS:2023:954)
- 157.** SAP de A Coruña 599/2023, de 28 de septiembre (ROJ: 2490/2023 - ECLI:ES:APC:2023:2490)
- 158.** SAP de Barcelona 534/2023, de 27 de septiembre (ROJ: 12007/2023 - ECLI:ES:APB:2023:12007)
- 159.** SAP de Vitoria 1146/2023, de 26 de septiembre (ROJ: 1021/2023 - ECLI:ES:APVI:2023:1021)
- 160.** SAP de Lleida 683/2023, de 22 de septiembre (ROJ: 801/2023 - ECLI:ES:APL:2023:801)
- 161.** SAP de Vitoria 1133/2023, de 22 de septiembre (ROJ: 1011/2023 - ECLI:ES:APVI:2023:1011)
- 162.** SAP de Las Palmas de Gran Canaria 1012/2023, de 21 de septiembre (ROJ: 2015/2023 - ECLI:ES:APGC:2023:2015)

- 163.** SAP de Albacete 417/2023 de 21 de septiembre (ROJ: 649/2023 - ECLI:ES:APAB:2023:649)
- 164.** SAP de Madrid 2120/2023, de 13 de septiembre (ROJ: 13733/2023 - ECLI:ES:APM:2023:13733)
- 165.** SAP de Soria 195/2023, de 27 de julio (ROJ: 272/2023 - ECLI:ES:APSO:2023:272)
- 166.** SAP de León 422/2023, de 13 de julio (ROJ: 926/2023 - ECLI:ES:APLE:2023:926)
- 167.** SAP de Jaén 822/2023, de 13 de julio (ROJ: 874/2023 - ECLI:ES:APJ:2023:874)
- 168.** SAP de Girona 467/2023 de 8 de junio (ROJ: 916/2023 - ECLI:ES:APGI:2023:916)
- 169.** SAP de Murcia 313/2023, de 29 de mayo (ROJ: 1393/2023 - ECLI:ES:APMU:2023:1393)
- 170.** SAP de Ourense 333/2023, de 25 de mayo (ROJ: 409/2023 - ECLI:ES:APOU:2023:409)
- 171.** SAP de Segovia 139/2023, de 23 de mayo (ROJ: 191/2023 - ECLI:ES:APSG:2023:191)
- 172.** SAP de Alicante 273/2023, de 19 de mayo (ROJ: 645/2023 - ECLI:ES:APA:2023:645)
- 173.** SAP de Islas Baleares 403/2023, de 18 de mayo (ROJ: 1958/2023 - ECLI:ES:APIB:2023:1958)
- 174.** SAP de Oviedo 314/2023, de 15 de mayo (ROJ: 1744/2023 - ECLI:ES:APO:2023:1744)
- 175.** SAP de Palmas de Gran Canaria 595/2023, de 5 de mayo (ROJ: 1863/2023 - ECLI:ES:APGC:2023:1863)
- 176.** SAP de Huelva 153/2023, de 1 de marzo (ROJ: 1/2023 - ECLI:ES:APH:2023:1)
- 177.** SAP de Soria 45/2023, de 13 de febrero (ROJ: 43/2023 - ECLI:ES:APSO:2023:43)
- 178.** SAP de La Rioja 62/2022, de 4 de marzo (ROJ: 100/2022 - ECLI:ES:APLO:2022:100)
- 179.** SAP de Segovia 9/2020, de 21 de enero (ROJ: 30/2020 - ECLI:ES:APSG:2020:30)
- 180.** SAP de Huelva rec. nº 151/2013, de 21 de marzo (ROJ: 2/2014 - ECLI:ES:APH:2014:2)
- 181.** SAP de Barcelona 111/2013, de 19 de marzo (ROJ: 2704/2013 - ECLI:ES:APB:2013:2704)
- 182.** SAP de Valencia 43/2013, de 5 de febrero (ROJ: 608/2013 - ECLI:ES:APV:2013:608)
- 183.** SAP de Cáceres 544/2012, de 19 de diciembre (ROJ: 1001/2012 - ECLI:ES:APCC:2012:1001)

JPI

- 184.** SJPI nº 1 de Donostia 227/2015, de 29 de junio (ROJ: 264/2015 - ECLI:ES:JPI:2015:264)