





LA CONTRATACIÓN SERIADA  
Y SUS PATOLOGÍAS.  
LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR.  
UN ANÁLISIS DE LA  
JURISPRUDENCIA

Edita:  
Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.

Impresión:  
Imprenta Félix Arilla, S.L.

D.L.: Z-534-2019

ACADEMIA ARAGONESA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

---

LA CONTRATACIÓN SERIADA  
Y SUS PATOLOGÍAS.  
LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR.  
UN ANÁLISIS DE LA  
JURISPRUDENCIA

DISCURSO DE INGRESO  
EN LA ACADEMIA ARAGONESA  
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN  
LEÍDO POR EL

Excmo. Sr. Don Juan Ignacio Medrano Sánchez

EL DÍA 29 DE SEPTIEMBRE DE 2022

Y CONTESTACIÓN AL MISMO POR EL

Excmo. Sr. Don Julio Arenere Bayo



Zaragoza, 2022



# INDICE

PRELIMINAR .....	11
1. La Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.- .....	11

## PRIMERA PARTE:

I.    TRANSPARENCIA Y ABUSIVIDAD: LA HISTORIA DE UN ENREDO JURÍDICO. ....	15
1. La transparencia. La comprensibilidad del clausulado no negociado.....	16
2. La transparencia como deber de conducta del predisponente .....	17
3. La relación entre transparencia y abusividad .....	19
4. La trascendencia jurídica de la transparencia .....	24
II.   LA POSICIÓN DEFINITIVA DEL TRIBUNAL SUPREMO .....	27
1. Las sentencias del Tribunal Supremo sobre el IRPH, números 595, 596, 597 y 598/2020, de 12 de noviembre.....	27
2. La transparencia hoy. La relación entre los distintos niveles de protección legal frente a la cláusula no negociada .....	29
3. El anteproyecto de ley de modificación del TRLGDCU: el futuro control de contenido.....	31

## SEGUNDA PARTE:

I.    EL CLIENTE COMO NUEVO REFERENTE DE PROTECCIÓN.....	33
1. La paulatina superación de la tutela del consumidor.....	33
2. La tutela del inversor .....	33
3. La ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas: la protección del adquirente de viviendas a construir.....	35

II.	LA PROGRESIVA PROTECCIÓN DEL EMPRESARIO .....	40
	1. La protección del empresario en la ley de condiciones generales de contratación. Su exclusión de la tutela otorgada al consumidor .....	40
III.	LA (FALTA DE) TRANSPARENCIA COMO MOTIVO DE OPOSICIÓN EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN .....	42
	1. La inclusión y la transparencia como causas de oposición. ....	42
	2. El tránsito de la transparencia a la inclusión .....	43
IV.	LA USURA. La tarjeta de crédito revolving .....	45
V.	EL CONTROL DEL PRECIO Y DE LA TRANSPARENCIA COMO MITOS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO .....	47
	1. El control del contenido.....	47
	2. El verdadero problema de la contratación no negociada .....	48

### TERCERA PARTE:

I.	LA CRISIS DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA. EL MAPA DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS .....	50
	1. La incidencia de la abusividad en la ejecución hipotecaria.....	50
	2. La cartularidad y carácter documental de la acción ejecutiva .....	50
	3. El primer hito de la generación del problema .....	51
	4. La respuesta del legislador nacional .....	51
II.	LOS SUPUESTOS MÁS RELEVANTES DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA .....	52
	1. Los intereses moratorios abusivos.....	52
	2. Interés ordinario e interés remuneratorio .....	56
III.	LA FIANZA COMO ACTO DE CONSUMO. LA TÉCNICA DE LA INOPONIBILIDAD .....	59
	1. La fianza como acto de consumo. El vínculo funcional: el interés privado.....	59

2. Las consecuencias de la doctrina del TJUE: la existencia de un “vínculo funcional” del fiador.....	60
3. La noción de “interés privado” en la jurisprudencia. El caso del fiador cónyuge del administrador o socio de la deudora principal .....	61
4. La esfera de oposición del fiador. La técnica de la inoponibilidad....	65
<b>IV. LA LIQUIDEZ.....</b>	<b>66</b>
1. La liquidez en los procesos de ejecución .....	66
2. La liquidez y su relación con la declaración del carácter abusivo de cláusulas financieras .....	67
<b>V. EL VENCIMIENTO ANTICIPADO .....</b>	<b>69</b>
1. El vencimiento anticipado .....	69
2. La validez de la cláusula de vencimiento anticipado .....	70
3. La posición del TS sobre las consecuencias de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado en la ejecución hipotecaria .....	70
4. La cuestión prejudicial de 8 de febrero de 2017. El colapso de la ejecución hipotecaria en los primeros meses de 2017 .....	74
5. La jurisprudencia del TJUE sobre la subsistencia del contrato aquejado de una cláusula abusiva: la respuesta del TJUE a la cuestión prejudicial del TS de 8 de enero de 2017: la STJUE de 26 de marzo de 2019 .....	75
6. La STS de 11 de septiembre de 2019: el fin de una polémica.....	76
<b>VI CONCLUSIÓN.....</b>	<b>81</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>82</b>
<b>Discurso de contestación a cargo del Excmo. Sr. Dr. Don Julio Arenere Bayo .....</b>	<b>85</b>



## PRELIMINAR

### **1. La Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores**

#### **(i) La doble finalidad de la Directiva.**

La contratación seriada o en masa se caracteriza, entre otros particulares, por no contraerse a un espacio nacional. Antes al contrario tiende, especialmente en la contratación *on line*, a desconocer los perímetros territoriales.

En la comunidad europea era necesario eliminar las barreras jurídicas que representaban obstáculos al desarrollo del tráfico jurídico comunitario. Lo que exigía lograr un notable grado de uniformidad jurídica entre los distintos países si se pretendía alcanzar un verdadero y libre tráfico de bienes y de servicios .

Por otro lado, se contemplaba la absoluta necesidad de intensificar la protección del consumidor cuyo papel en la contratación estandarizada queda reducido al de ser un mero adherente a unas condiciones generales y, en no poca medida, también a las condiciones particulares. Encontrándose, por tanto, en una situación de grave vulnerabilidad contractual.

La Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores tiene su base legal en el antiguo artículo 100 A del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea TCE (que después sería el 95) así como en el artículo 135 TCE que constituyó el soporte jurídico fundamental de la articulación de una política de consumo por la Comunidad Europea. Concretamente el artículo 153 TCE disponía en su apartado 3, letra a):

*“La Comunidad contribuirá a que se alcancen los objetivos a que se refiere el apartado 1 mediante: a) medidas que adopte en virtud del artículo 95 en el marco de la realización del mercado interior”.*

De acuerdo con este precepto se aprobó la citada Directiva 93/13/CEE que perseguía, por tanto, una doble finalidad: por un lado, la consecución de un mercado interior sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías,

personas, servicios y capitales se encontrara garantizada. Y de otro homogeneizar las legislaciones de consumo de los distintos Estados, debido a que las normativas sobre las cláusulas de los contratos celebrados entre profesionales y consumidores eran muy heterogéneas con intensidades de protección muy diversas, lo cual implicaba que los mercados nacionales de venta de bienes y prestación de servicios a los consumidores fuesen muy diferentes y a que pudieran producirse importantes distorsiones de la competencia entre los vendedores y los prestadores de los servicios, en especial, cuando la comercialización se realiza en otros Estados miembros.

### **(ii) La transposición de la Directiva.**

En orden a la realización de la transposición de la mencionada Directiva a nuestro derecho interno el Consejo de Estado, en Dictamen 2939/1996, de 31 de octubre, establecía tres posibilidades: a) elaborar una Ley especial, transponiendo de forma separada y específica la Directiva; b) modificar parcialmente la entonces vigente Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), a los solos efectos de la transposición de la Directiva; y c) incorporarla a una nueva Ley sobre condiciones generales de contratación (LCGC).

Esta última vía, a juicio del alto órgano consultivo, era la más adecuada, ya que “permitiría extender la protección a los pequeños y medianos empresarios frente a los clausulados generales de las grandes empresas, aprovechando la propuesta del Anteproyecto de Ley de condiciones generales de la contratación elaborada por la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación”.

Finalmente la transposición de la Directiva 93/13/CEE a nuestro ordenamiento jurídico interno tuvo lugar, aunque no de manera completa, en un primer momento mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, que regula las condiciones generales de la contratación (en adelante LGCC), cuya disposición adicional primera contenía la modificación de la LGDCU, dando nueva redacción a su artículo 10 al que se le añadía un nuevo artículo 10 bis.

En definitiva, dos son los textos legales –LGDCU y LCGC- con los que se quiso hacer efectiva la transposición al derecho interno de la Directiva 93/13/CEE, y que constituyeron el marco normativo interno de protección de los consumidores frente a la inclusión de cláusulas abusivas, por parte de los empresarios o profesionales, en las condiciones generales de contratación de los denominados comúnmente como contratos en masa.

El mismo Consejo de Estado, en su Dictamen núm. 3194/97, consideró que la Directiva sobre cláusulas abusivas “parece haber querido conciliar dos modelos de protección: uno de ellos –modelo alemán-, trata de llevar a cabo una protección de todo contratante, incluidos los empresarios, frente a las condicio-

nes generales de contratación; el otro, -modelo francés- pretende proteger a los consumidores frente a todo tipo de cláusulas abusivas, incluidas las que no son condiciones generales de contratación. El resultado final ha sido una norma que no protege a todo contratante, sino sólo a los consumidores, ni frente a todo tipo de cláusulas abusivas, sino solamente frente a las que no hayan sido negociadas individualmente”.

### **(iii) El contenido de la Directiva.**

Desde la perspectiva de la tutela del consumidor, la Directiva perfilará la contratación que pretende someter a control, la no negociada individualmente, y tendrá como objetivo el de frenar la imposición por parte del prestador de servicios de un clausulado estandarizado abusivo y desproporcionado para el mero adherente consumidor. Cláusulas abusivas serán aquéllas que, pese a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes que deriven del contrato (art. 3). Se incluyó en la Directiva un anexo “no exhaustivo” de cláusulas que pueden ser abusivas.

La apreciación de abusividad, además, se debía realizar, según las previsiones de la Directiva, atendiendo a la globalidad de las circunstancias concurrentes al tiempo de su celebración (art. 4.1). Y, esto será uno de los elementos polémicos de la Directiva, se previno que tal abusividad no pueda referirse a la correspondencia entre precio y valor de la prestación: “no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionar como contrapartida, por otra”. Es decir que, en principio, la adecuación del precio al valor de bien o contraprestación que le corresponde a ese precio quedan fuera de la valoración de su carácter abusivo, del control de contenido que pudieran realizar los tribunales. El principio de libertad de pacto, como un valor del Derecho de la Unión, como también lo es en nuestro derecho interno, se concentra en esa inatacabilidad del precio.

El control de la abusividad no opera, por tanto, sobre precio a pagar al prestador del servicio. La Directiva sentará una distinción entre el tratamiento de los elementos esenciales del contrato y los que no lo son, operando respecto de estos últimos siempre el control de contenido. Sin embargo, para que la abusividad se pueda valorar, cuando se pueda, respecto a los elementos esenciales del contrato, tiene que centrarse en la estructura normativa de los derechos y obligaciones de las partes. Aunque sí, a través de el control de esa estructura normativa se pueda terminar incidiendo en el precio. El ejemplo de las cláusulas suelo puede ayudar a clarificar esta aspecto: el tipo de interés es intocable por un tribunal. Pero sí se puede analizar la equidad y justicia material del marco jurídico que conduce a la determinación de ese precio.

El art. 4.2 de la Directiva incluyó una matización a ese límite del control de contenido de los elementos esenciales. Pero tal limitación la formuló con un alcance que no terminó de precisar. Esa excepción a la limitación del control de contenido no opera cuando las cláusulas “se redacten de manera clara y comprensible”. Y sí en caso contrario. A partir de aquí surgirá la polémica: hay que aclarar si la exclusión del control de contenido en cuanto a la relación precio/valor de la prestación no impide tal control, ante la falta de transparencia, o, por contra, concluir que tal control de contenido, entendido en dichos términos, estos es, control de la equidad entre precio y bien o servicio prestado, no es jurídicamente posible en ningún caso y solo cabe el control de la estructura normativa que sirve para terminar concretando el precio. La polémica estaba servida.

Nuestra jurisprudencia ha terminado construyendo, a partir de los textos legales, una triple estructura protectora del adherente. Que si se trata de un consumidor alcanza un nivel de protección particularmente intenso, y con el que se quiere asegurar una contratación en la que el adherente de un consentimiento informado. Y eso se alcanza creando tres barreras de protección: los requisitos de inclusión (aplicables también al no consumidor), los de transparencia cualificada, y el control de contenido o de abusividad.

## PRIMERA PARTE

### I.- TRANSPARENCIA Y ABUSIVIDAD: LA HISTORIA DE UN ENREDO JURÍDICO.

El legislador, conforme a la interpretación y estructura que ha establecido la jurisprudencia, ha diseñado tres controles o barreras con las que se pretende defender al consumidor: el control de inclusión, el de transparencia y el de contenido o de abusividad.

El control de inclusión o de incorporación supone el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato. Mediante el control de incorporación se intenta comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato. La LCGC se refiere a la incorporación de las condiciones generales al contrato en dos preceptos: en el art. 5 para establecer los requisitos de incorporación; y en el art. 7 para establecer cuándo las condiciones generales no quedan incorporadas al contrato<sup>1</sup>.

Se debe aplicar en primer lugar el filtro negativo del art. 7 LCGC; y si se supera, es necesario pasar una segunda criba, ahora positiva, que es la prevista en los arts. 5.5 y 7 de la misma Ley: la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que no quedarán incorporadas al contrato las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

El primero de los filtros mencionados, el del art. 7, consiste, pues, en acreditar que el adherente tuvo ocasión real de conocer las condiciones generales al

---

<sup>1</sup> Conforme al art. 5 LCGC:

- a) Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes.
- b) Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.
- c) No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.
- d) La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

A su vez, a tenor del art. 7, no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que:

- a) El adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, si ello fuera necesario conforme al art. 5.
- b) Sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

tiempo de la celebración. La sentencia 241/2013, de 9 mayo, consideró suficiente que la parte predisponente acredite la puesta a disposición y la oportunidad real de conocer el contenido de dichas cláusulas para superar este control, independientemente de que el adherente o el consumidor realmente las haya conocido y entendido, pues esto último tendría más que ver con el control de transparencia y no con el de inclusión.

El segundo de los filtros del control de incorporación, previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, hace referencia a la comprensibilidad gramatical y semántica de la cláusula.

En suma, para superar el control de incorporación, debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato.

### **1. La transparencia. La comprensibilidad del clausulado no negociado.**

En el marco de ese escenario aflorará primero en la doctrina jurisprudencial interna y después en la del TJUE, el concepto y requisito de transparencia, primero adjetivada con las nociones de material o cualificada, en contraposición a los requisitos de inclusión, ya recogido en la LCGC, que en un primer momento fue llamado de transparencia formal. En los primeros momentos la jurisprudencia identificó esos requisitos de inclusión como transparencia formal, equiparación que debió considerarse que inducía a confusión, de manera que con posterioridad, con acierto entiendo, reservó la noción de transparencia a la inicialmente calificada como material o cualificada.

La noción de transparencia se conecta con la comprensibilidad de lo pactado. Lo que en las previsiones de la Directiva de 93/13 se proyecta con particular relevancia sobre los elementos esenciales del contrato, en términos tales que el adherente o consumidor comprenda el alcance económico de lo que ha pactado.

Conforme a la jurisprudencia del TS y del TJUE, entre otras SSTs 241/2013, de 9 de mayo, 464/2014, de 8 de octubre, 593/2017, de 7 de noviembre, 705/2015, de 23 de diciembre, 247/2019, de 6 de mayo, y 334/2020, de 22 de junio, y SST-JUE de 30 de abril del 2014 (caso Kásler), de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo) y 20 de septiembre de 2017 (caso Ruxandra Paula Andricius y otros), el deber de transparencia comporta que el consumidor disponga “antes de la celebración del contrato” de información comprensible acerca de las condiciones contratadas y las consecuencias de dicha celebración. De forma que el control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica

que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo de este.

Respecto de las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se exige una información suficiente que pueda permitir al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pase inadvertida al consumidor porque se les da un inapropiado tratamiento secundario y no se facilita al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula en la caracterización y ejecución del contrato. También se ha declarado en reiteradas ocasiones (por todas, sentencia 355/2018, de 13 de junio), que no existen medios tasados para obtener el resultado: un consumidor suficientemente informado.

El adecuado conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios. Así se puso también de relieve en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, en que el TS afirma que en cada caso pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia.

## **2. La transparencia como deber de conducta del predisponente.**

En la sentencia del TS de 8 de septiembre 2014 (ponente Orduña Moreno), la transparencia se configura como un deber jurídico de conducta del predisponente, que de no cumplirse acarreará alguna consecuencia jurídica o sanción. En palabras de la citada STS, 8.9.2014, la exigencia de transparencia *“responde a un previo y especial deber de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales”*. En concreto –añade el tribunal-, *“el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada”*.

Y ello pese a la evidente vinculación que tendría que tener la transparencia, es decir, la comprensibilidad del condicionado no negociado con el consentimiento del adherente, pues este consentimiento habría de suponer que el

adherente conoce y acepta incluir el contenido contractual predispuesto por el prestador de servicios. Lo que, parecería, debería llevar la problemática de esa falta de transparencia a la esfera propia de las patologías en el consentimiento contractual. No será ese el planteamiento de la jurisprudencia ni, definitivamente por el legislador.

Y en la conocida STS de 9 de mayo de 2013, el control de transparencia material se perfila como el *“parámetro abstracto de validez de la cláusula pre-dispuesta”* que *“cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo”*.

Y al tiempo de definir esa función de control, la STS de 23/12/2015 advertirá que la misma debe garantizar *“que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él la prestación que va a recibir de la otra parte”* y salvaguardar *“la adecuada elección del consumidor en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia, lo que supone que más allá de la mera exigencia de claridad de los términos de las cláusulas, se pretende asegurar que el consumidor tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto”*.

En descripción más reciente “la transparencia debe concebirse como un valor transversal —de la ciudadanía, de las Instituciones, y del sistema normativo— que nos incorpora plenamente en la Agenda de la Unión Europea, singularmente en la llamada «Europa de los ciudadanos» y en el desarrollo de su modelo de protección genérica de los consumidores, y que se ha convertido ya en incuestionable para acometer con eficacia las imprescindibles reformas estructurales orientadas hacia una rápida y sólida recuperación económica. Y el mecanismo que posibilita su control, según resulta aplicado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), se presenta como la nueva clave de bóveda en la futura arquitectura de nuestro sistema jurídico que en ninguno de sus ámbitos —ni privado ni público— se encuentra actualmente proyectado desde la premisa del control de la transparencia”<sup>2</sup>.

Acababa de nacer en esos momentos, en los que el legislador nacional no había afrontado de manera completa las consecuencias de la falta de transparen-

---

<sup>2</sup> La transparencia como valor transversal. Una aplicación concreta al índice de referencia de los préstamos hipotecarios” Carolina del Carmen Castillo Martínez, en “Actualidad Civil”, mayo 2021

cia prevenidas en la Directiva, la polémica sobre alcance de ese deber de conducta del predisponente. A saber si su infracción convierte la cláusula no negociada en abusiva, o si serían, si es que las tenía, otras las consecuencias por el incumplimiento de ese deber de conducta del predisponente. Problema que no se resolvió hasta la modificación del art. 83 TRLPCYU por la ley 5/2019, reguladora de los contratos del crédito inmobiliario (en lo sucesivo LCCD).

### **3. La relación entre transparencia y abusividad.**

El concepto de transparencia hace referencia, como se ha dicho, a la comprensibilidad del condicionado general del contrato no negociado, el que el predisponente utiliza en la contratación generalizada con su clientela. Se ha configurado, además, como un específico deber de conducta del predisponente.

La abusividad se refiere, por el contrario, al desequilibrio en las obligaciones y derechos de las partes, en perjuicio del adherente. Un condicionado general puede ser transparente y pese a ello ser abusivo. O a la inversa: puede no ser transparente y pese a ello no ser abusivo, no existir desequilibrio en su contenido. Desequilibrio que se refiere al aspecto jurídico. No a la proporcionalidad, según el mercado, entre servicio y precio, por más que el desequilibrio jurídico pueda tener, que lo tendrá ordinariamente, unas consecuencias patrimoniales.

Siendo conceptos diferentes, un criterio minoritario defendió que la falta de transparencia y de comprensibilidad objetiva de alguna de las cláusulas configuraba un comportamiento abusivo que permitía el control de contenido por los tribunales: admitido para las cláusulas relativas al objeto del contrato la posibilidad de un control de la abusividad cuando no son transparentes. Este control no debe detenerse si se cumplen los requisitos de transparencia, sino que deben ir más allá y referirse a su contenido<sup>3</sup>. Este criterio caló en la jurisprudencia del TS, que lo recogió para un supuesto concreto de falta de transparencia en el tráfico jurídico, en particular en el ámbito de los préstamos hipotecarios. Y en concreto en el mecanismo que limitaba la repercusión excesiva en las subidas y bajadas de los tipos de interés, fijando un techo, a partir del cual la subida tales tipos de interés variable no se repercutían al cliente. Pero a la inversa, fijando de modo paralelo un suelo, de suerte que alcanzado el mismo por la tendencia bajista de los tipos de interés, la misma no beneficiaría al prestatario.

---

<sup>3</sup> Pertíñez Vilchez, Francisco, “las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia”, edit Aranzadi, 2004.

Pero ese no era el criterio mayoritario en la doctrina. Alonso Pérez, M<sup>a</sup> Teresa<sup>4</sup> explicaba, a propósito de la STS de 9 de mayo de 2013, el criterio doctrinal mayoritario en ese momento sobre la relación entre transparencia y abusividad: “parece claro, por tanto, que no cabe deducir, como ha hecho la mencionada sentencia, el carácter abusivo de una cláusula, del mero hecho de que no sea transparente. En definitiva, tanto si es transparente como si no lo es, el carácter abusivo habrá que derivarlo de la comprobación de si la cláusula suelo genera, en contra de la buena fe, un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato”<sup>5</sup>.

El art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores<sup>6</sup> previno que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se refería a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible. Este precepto, que no se contenía en las propuestas previas de la Directiva de 1990 y 1992 fue introducido por la preocupación de que los jueces pudieran controlar el equilibrio de los precios. En realidad, según el citado art. 4.2 de la Directiva, la exclusión del control del contenido, del carácter abusivo de estas cláusulas no era absoluta, dado que estaba condicionada a una obligación de transparencia; en concreto, a su redacción clara y comprensible.

La STS 9 de mayo de 2013 (párrafo 207), dedujo que el artículo 4.2 de la Directiva, interpretado a sensu contrario, implicaba que las cláusulas atinentes a la definición del objeto principal del contrato pueden ser declaradas abusivas si no se sujetan a una redacción transparente. Se anticipó así una noción de transparencia inexistente de manera previa en nuestro ordenamiento jurídico, que se configuraba con un alcance diferente al previo requisito de claridad en los térmi-

---

<sup>4</sup> Alonso Pérez, María Teresa, Cláusulas frecuentes en préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda: cláusula suelo, cláusula de vencimiento anticipado y cláusula de intereses moratorios excesivamente elevados, Vivienda y crisis económica “, Edit Thomson Reuters, 2014, pág. 149 y ss.

<sup>5</sup> Alonso Pérez, María Teresa recordaba en el mismo trabajo la postura de autores como Cámara Lafuente, Sergio, que consideraba que el último inciso del art. 4.2 de la Directiva debe considerarse como un requisito de incorporación.

<sup>6</sup> Que no se terminó de transponer hasta la reforma del TRLCU operada por la Ley 5/2019, que dio nueva redacción a su art. 83, a cuyo tenor, “las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”.

nos en los que se incorporan las cláusulas de contratación seriada. Acaba de nacer en la aplicación de los tribunales lo que inicialmente se vino a denominar, ya se ha advertido, la transparencia material, no en contraposición pero sí diferenciada de la transparencia formal, que en la terminología actual, afortunadamente, ha recuperado su denominación inicial: la referida a los requisitos de incorporación<sup>7</sup>.

Aunque se atribuye a la sentencia de 9 de mayo de 2013 la identificación de transparencia con abusividad, existían ya sentencias que se introducían en la materia, eso sí con un cierto grado de imprecisión sobre la cuestión, ya que el criterio esencial era el de que el control de contenido no permite entrar a enjuiciar la justicia y el equilibrio contraprestacional de los elementos esenciales del contrato. Tal control de contenido solo era posible por la vía de los requisitos de inclusión y transparencia (STS 18 de junio de 2012).

La STS 9 de mayo de 2013, en definitiva, consagra con claridad el criterio jurisprudencial de que el carácter abusivo de las cláusulas atinentes al objeto principal del contrato no ha de fundarse en el equilibrio objetivo entre el precio y la contraprestación, control que no sería conforme con los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico y del Derecho de la Unión, sino que ha de ser un control de transparencia. Hasta aquí se puede decir que la sentencia no introduce nada que no hubiera sido afirmado antes. Pero lo novedoso es que aclaraba que este deber de transparencia nada tiene que ver con la claridad y la comprensibilidad de la cláusula en sí misma considerada, sino que ha de valorarse si mediante la inclusión de una cláusula dada en el contrato, la onerosidad del contrato, es decir, el acuerdo sobre el precio y la contraprestación, resulta distinto, en perjuicio del consumidor, del que legítimamente creía haber pactado el cliente o consumidor.

---

<sup>7</sup> La STJUE 3.6.2010 consideró que no era contraria al derecho comunitario una normativa nacional que permitiera controlar las cláusulas relativas al objeto principal del contrato aun cuando hubieran sido redactadas de manera clara y comprensible (art. 4.2 Directiva 13/1993). Y conforme a la STJUE 1.4.2004, compete al juez nacional determinar si una cláusula reúne los requisitos exigidos para ser abusiva. Tras la referida STJUE 3.6.2010 fueron varias las sentencias del Tribunal Supremo que resolvieron sobre el eventual carácter abusivo de ciertas cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato. En ocasiones, el TS eludió el problema, calificando las cláusulas comprometidas como ajenas al precio y, por lo tanto, plenamente sujetas al control de contenido, como el resto de cláusulas del contrato. Es el caso de las resoluciones que declaran abusivas las cláusulas de redondeo al alza en los contratos de préstamo (SSTS 4.11.2010, 29.12.2010, 2.3.2011 y de la STS 12.12.2011), sobre la cláusula que impone en la compra de un vuelo un cargo por la emisión del billete de embarque. También la STS 13.3.2012 consideró que la cláusula que en ciertos contratos de suministro de canales de televisión impone al cliente alquilar un aparato de descodificación no formaba parte del objeto principal, por lo que declara su carácter abusivo con arreglo al art. 89.4 TR-LGDCU, que tiene por tales, las que imponen la contratación al consumidor de bienes o servicios accesorios no solicitados. Otras resoluciones por contra consideraron que las cláusulas sometidas a examen eran abusivas por una falta de transparencia. En este sentido, la TS 25.11.2011 consideró abusiva la cláusula que repercute al comprador el pago del impuesto municipal sobre el incremento de valor de los terrenos (plusvalía) por no haberse ofrecido desde el principio una completa información a los compradores.

En este sentido, la STS 9 de mayo de 2013 define el escenario en el que deben ser controladas las cláusulas atinentes al objeto principal del contrato. Pero siendo esa sentencia el referente más conocido sobre esta cuestión en realidad no fue la más contundente. Aportó la noción de transparencia material como concepto referenciable a la comprensibilidad de las condiciones generales y apuntó la asociación de ese concepto con la abusividad. Y situarnos en la comprensibilidad es colocarnos casi de inmediato en el error en el consentimiento, con un deslinde casi inexistente entre ambos. En el error en el consentimiento se basó la masiva anulación de comercialización de productos financieros, al presumirse el mismo en aquéllos supuestos en los que se incumplieron los deberes legales de información y de formación que la legislación sectorial exigía como deberes de conducta de las entidades bancarias, siquiera no en relación al “consumidor” sino al “cliente”. Figura esta última que paulatinamente viene adquiriendo cada día más peso como sujeto merecedor de una protección que trasciende de la mera condición de consumidor.

Sería la posterior sentencia del TS 08 de septiembre de 2014 (ROJ: STS 3903/2014) la que sentó con más contundencia la diferencia entre el inicialmente denominado control de transparencia formal y el control de transparencia material: “en el ámbito del Derecho de la contratación...el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales” y que “el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado, como para la aplicación del referido control sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta; SSTJUE de 21 de febrero de 2013 , C- 427/11 y de 14 de marzo de 2013 , C-415/11, así como STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014 )”.

Señalando además, en cuanto a su alcance, que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no podía quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la fórmula empleada sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación

contractual ofertada. Este es el alcance que, contempla a estos efectos la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014, C-26/13<sup>8</sup>.

Y la relación entre falta de transparencia con abusividad se hará singularmente patente en la STS 29 de abril de 2015 ( ROJ: STS 2207/2015): “que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. No basta, por tanto, con que las condiciones generales puedan considerarse incorporadas al contrato por cumplir los requisitos previstos en el art. 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es preciso que, además, sean transparentes, en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le supondrá.

El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad (« la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible »), *porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.*

Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración del equilibrio

---

<sup>8</sup> Sentencia que determina que “El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que la cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente par el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas de su cargo”.

objetivo entre precio y prestación, *que con carácter general*, no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación, citando a continuación el TS pronunciamientos propios (STS nº 138/2015, de 24 de marzo) como del TJUE que habían recogido esa distinción entre transparencia formal y material <sup>9</sup>.

#### **4. La trascendencia jurídica de la transparencia.**

Bien se verá que si la transparencia pretende lograr un condicionado general en la contratación no negociada comprensible para un consumidor medio (un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz), este requisito, de creación jurisprudencial, se aproximará y mucho al error en el consentimiento. De hecho ese es el cauce que se siguió en las acciones ejercitadas por los inversores minoristas para lograr la anulación de sus contratos de adquisición de productos financieros que tuvieran cierta complejidad y en cuya comercialización las entidades bancarias no tuvieron cuidado ni de informar ni de que las condiciones generales de esos contratos, por ellas predispuestas, tuvieran una especial claridad. Esa falta de información y de transparencia permitió a la jurisprudencia que resolvió esa litigiosidad en masa afirmar que la falta de transparencia permitía presumir el error del consentimiento. En definitiva se pretende lograr en el adherente un consentimiento informado.

---

<sup>9</sup> En el ámbito de la Unión Europea, la STUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, confirma la corrección de esta interpretación, al afirmar que « la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical » (apartado 71), que « esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva » (apartado 72), que « del anexo de la misma Directiva resulta que tiene un importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo ». La STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove, tras declarar en su apartado 41 que a efectos de la observancia de la exigencia de transparencia, reviste una importancia esencial para el consumidor la exposición de las particularidades del mecanismo mediante el que la entidad predisponente ha de cumplir la prestación pactada de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él, condiciona en su fallo la exclusión del control de abusividad sobre las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato a que « la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él ».

Con la expresión control de transparencia material (o solo transparencia: la jurisprudencia, como se ha anticipado, fue abandonando esa terminología que diferenciaba entre transparencia formal -la relativa a los requisitos de inclusión- y la transparencia material, quedando reservado el concepto de transparencia a esta última) se trata de garantizar que a la hora de contratar el adherente tenga un efectivo conocimiento del objeto principal o parte económica del contrato, porque sólo así cabe hablar de un consentimiento auténticamente libre, formado y emitido con plena libertad de saber.

Este requisito de la transparencia del condicionado general, como comprensivo de la carga jurídica y económica del mismo fue, como se ha explicado, obra de la jurisprudencia <sup>10</sup>.

Podría pensarse que, como en otros muchos aspectos, el TS siguió los criterios del TJUE, que el art. 4bis LOPJ le obliga a acatar. Pero no fue así sino, cabalmente, lo contrario. habría de ser primero el TS el que construyó el perfil de transparencia como requisito del condicionado contractual no negociado propio de la contratación seriada y dicho concepto terminaría calando en la doctrina del TJUE.

El TJUE, en su Sentencia de 3 de marzo de 2020 (relativa al índice de variabilidad de los intereses remuneratorios vinculado al IRPH), en el asunto C-125/18, no aclaró su posición sobre la relación entre transparencia y abusividad, aunque esta idea de solidarizar a la falta de transparencia la abusividad se puede encontrar en la STJUE de 28 de julio de 2016 (asunto C 191/15), donde señala que «en particular, el carácter abusivo de esa cláusula puede resultar de una formulación que no cumple la exigencia de una redacción clara y comprensible enunciada en el artículo 5 de la Directiva 93/13. Dada la situación de inferioridad en que se halla el consumidor con respecto al profesional en lo que se refiere, en particular, al nivel de información, esa exigencia debe ser objeto de una interpretación extensiva.» E igualmente, en su sentencia de 3 de octubre de 2019 (asunto C 621/17), considerando en su apartado 49 que «la transparencia de una cláusula contractual, que exige el artículo 5 de la Directiva 93/13, es uno de los elementos que deben tenerse en cuenta para apreciar si la cláusula es abusiva». Hay autores que consideran que se podría argumentar igualmente la abusividad y nulidad de las cláusulas cuando no superan el control de transparencia por contravenir el «equilibrio subjetivo» deseado por las partes.

Y esta relación entre la falta de transparencia y abusividad se acogería otra vez por el TS en la sentencia de 20 de enero de 2017 (ROJ 124/2017), en la que se afirmaría que “este control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en

---

<sup>10</sup> Aunque, en rigor, su origen es posible residenciarlo en la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendentes que, pese a no contar con una formulación legal en nuestro Derecho, sí ha sido abordada por la doctrina estudiantil de la contratación estandarizada.

la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es más, como hemos resaltado en varias de las sentencias antes citadas, el art. 4.2 de la Directiva conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, porque *la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados*".

El TS citará expresamente en la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15 , C-307/15 y C-308/15 ), que afirmará en su parágrafo 49 que: «el control de la transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato procede del que impone el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 ». Y precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad es lo que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor<sup>11</sup>.

De modo similar MIQUEL GONZÁLEZ señalaría que «naturalmente, la falta de transparencia debe entrañar algún perjuicio para el consumidor, pero éste no ha de consistir en un desequilibrio económico objetivo entre las prestaciones, sino que basta que el contrato en su normal ejecución suponga para él una mayor carga económica respecto de la que razonablemente podía ser prevista, aunque esté justificada objetivamente». E igualmente, hacia esta abusividad por alterar subrepticamente las condiciones económicas que creía legítimamente haber alcanzado el consumidor, aboga Pertíñez Vílchez, quien entiende que la infracción de los deberes de información puede conllevar «la nulidad de una determinada cláusula del contrato por ser abusiva por una falta de transparencia (art. 82 TR-LGDCU), por alterar subrepticamente el acuerdo que creía legítimamente haber alcanzado el consumidor con el prestamista respecto de su obligaciones económicas, a la vista de la información precontractual incompleta aportada por ésta.». En mi opinión, estos criterios doctrinales encubren una clara equiparación entre la falta de transparencia y la abusividad.

---

<sup>11</sup> Añadiendo finalmente que “ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No corresponde a los tribunales la configuración de un tertium genus que no ha sido establecido legislativamente, porque no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores”

## II. LA POSICIÓN DEFINITIVA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

### 1. Las sentencias del Tribunal Supremo sobre el IRPH, números 595, 596, 597 y 598/2020, de 12 de noviembre.

La polémica sobre la relación entre la transparencia y la abusividad se había agudizado en relación a la utilización como referente de la variabilidad de los tipos de interés el IRPH, lo que llevó al planteamiento de una cuestión prejudicial que fue resuelta por el TJUE en su sentencia de 3 de marzo de 2020 (C-125/2018), sentencia que sentó un confuso criterio sobre el tema, pues si bien precisó con claridad los criterios de la norma que regulaba el IRPH en el sentido de considerar que no era derecho interno imperativo y que estaban sometidas al control de transparencia<sup>12</sup>, por contra no terminó de aclarar con el adecuado detalle la relación entre la abusividad y la transparencia.

Ello movió a alguna doctrina a mantener el alcance de la falta de transparencia en la abusividad, en el sentido de que de faltar aquélla, y en el caso del índice IRPH faltaba, era abusiva si suponía un perjuicio al consumidor. Así Pertinex Vilchez advertía que “la falta de transparencia de una de estas cláusulas no supone per se su nulidad, sino sólo en cuanto que sea instrumental a un perjuicio material para el consumidor, consistente en la alteración subrepticia del acuerdo económico que creía haber alcanzado a partir de una información precontractual incompleta o, en términos similares, en una privación de la posibilidad de comparar correctamente la oferta en el mercado”<sup>13</sup>. Lo que cabalmente ya es un

<sup>12</sup> “...el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo relativo 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 de las mismas, y que (44) habida cuenta de tal situación de inferioridad, la Directiva 93/13 obliga a los Estados miembros a establecer un mecanismo que asegure que toda cláusula contractual no negociada individualmente pueda ser controlada para apreciar su eventual carácter abusivo. En este contexto incumbe al juez nacional, atendiendo a los criterios enunciados en el artículo 3, apartado 1, y en el artículo 5 de la Directiva 93/13, determinar si, dadas la circunstancias propias del caso concreto, la cláusula en cuestión cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia que impone dicha Directiva...”, añadiendo que (45) sin embargo, el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, puesto en relación con su artículo 8, permite a los Estados miembros prever en la legislación de transposición de esta Directiva que «la apreciación del carácter abusivo» no abarca las cláusulas previstas en aquella disposición, siempre que tales cláusulas se hayan redactado de forma clara y comprensible”. Para terminar concluyendo que (46) “Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha destacado que esa misma exigencia de redacción clara y comprensible figura en el artículo 5 de la Directiva 93/13, que prevé que las cláusulas contractuales deben respetarla «siempre»...”, de lo que deduce “que la referida exigencia se aplica en cualquier caso, incluso cuando una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva y aun cuando el Estado miembro de que se trate no haya transpuesto esta disposición. Tal exigencia no puede reducirse únicamente al carácter comprensible de la cláusula contractual en un plano formal y gramatical (sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 71)”.

<sup>13</sup> Francisco Pertinex Vilchez: “El devenir de la cláusula IRPH tras la STJUE de 3 de marzo de 2020: transparencia, carácter abusivo e integración”. Diario La Ley 4 de septiembre de 2020.

afirmación diferente de la que la mera falta de transparencia supone un perjuicio y arrastra a la nulidad de la cláusula. Pero que acaba mezclando todo, la transparencia con el error de consentimiento y con la abusividad.

Las cuatro sentencias citadas del TS que resolvieron sobre la abusividad del índice del IRPH (cinco si se tiene en cuenta la relativa a viviendas de protección oficial) tuvieron la virtud de aclarar y fijar la posición definitiva del TS sobre la relación entre la transparencia material y el carácter abusivo de las cláusulas que configuran una condición general<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Previamente la STS identificará el concepto de cláusula general: “

i) El art. 1 LCGC dice que son condiciones generales de la contratación “las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, 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”.

ii) La sentencia 649/2017, de 29 de noviembre, con cita de sentencias anteriores, recuerda que para que se dé el requisito de la “generalidad” de las condiciones generales de la contratación: “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”. También que: “La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario”. iii) Además, la protección específica prevista para los consumidores se aplica a las “cláusulas no negociadas individualmente” ( arts. 80 y 82 TRLGCU). Añade el art. 80.2 TRLGCU que “el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba”. El art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, establece que se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente “cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en los contratos de adhesión”.

v) La doctrina de esta sala ha aclarado que: “a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que, o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula, o debe renunciar a contratar. b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación, aunque varias de ellas procedan del mismo empresario. c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios” ( sentencia 649/2017, de 29 de noviembre, con cita de otras anteriores, y seguida por las posteriores, 489/2018, de 13 de septiembre, 422/2019, de 16 de julio). De acuerdo con esta jurisprudencia, para que una cláusula pueda considerarse negociada en un contrato suscrito por un profesional o empresario con un consumidor es necesaria una prueba suficiente de los hitos en que el proceso de negociación se plasmó ( sentencia 24/2018, de 17 de enero).

v) Recuerda la sentencia del pleno de esta sala 669/2017, de 14 de diciembre, con cita de otras anteriores, que es posible que una cláusula que se refiere al objeto principal del contrato se haya incluido en el clausulado general y se configure como una condición general de la contratación. También que es posible que una cláusula que recae sobre el objeto principal del contrato no haya sido objeto de negociación individual.

Así lo había venido considerando también el TJUE en diversas sentencias relacionadas con intereses remuneratorios de préstamos a consumidores ( STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15; STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16).

En cierta forma puede decirse que el TS volvió así a la casilla de salida, y frente a las variadas interpretaciones que se han pretendido hacer del art. 4.2 de la Directiva, la prevalente es la que entiende que el control de contenido o de abusividad de los elementos esenciales del contrato (recordando que solo en su aspecto normativo) únicamente puede hacerse con relación a lo no transparente, que así no quedan en modo alguno equiparados, sino que este último, en palabras del TS, es antecedente de la abusividad. Otra de las singularidades es que citan sentencias del TJUE que son referentes de los defensores de la equivalencia entre transparencia o falta de la misma y abusividad. Citará además la STS de 9 de mayo de 2013, así como la STJUE de 26 de enero de 2017, caso Banco Primus.

El TS reconocerá sí que en algunas ocasiones se han asimilado en la doctrina del TS falta de transparencia y abusividad (STS 9/5/2012, 24 de marzo de 2015, 29 de abril de 2015 y 8 de junio de 2017, todas ellas referidas a cláusulas suelo), pero ello se explica porque tales condiciones entrañaban un elemento engañoso al aparentar un interés variable cuando era fijo solo variable al alza: “provocan subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación al consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación”.

Es llamativo en ese sentido el voto particular a esas sentencias. En dicho voto particular no se hace cuestión que la mera falta de transparencia no conlleve, per se, la abusividad de una cláusula. Pero sí entiende que las mismas, las relativas al IRPH, lo son por la circunstancia de que, al igual que en las cláusulas suelo, la falta de transparencia permite encubrir una situación de desequilibrio en los derechos y obligaciones. Y en el caso, y a la vista de la norma nacional, entiende que se causó al consumidor un perjuicio, que el voto particular concreta en que se obstaculizara que el prestamista buscara en el mercado otras opciones.

Pero en este sentido, el TS en todas sus sentencias parece anticiparse a esa argumentación del voto particular, advirtiendo que “la redacción actual del art. 83 TRLCU no es óbice para ello, pues no estaba en vigor cuando se concertó el contrato de préstamo hipotecario, ya que se introdujo por la Ley 5/2019, de 5 de marzo, y por tanto no es aplicable para resolver el presente recurso, por lo que no procede ahora su interpretación, *aunque sí conviene puntualizar que en la nueva redacción del precepto el “perjuicio de los consumidores” aparece expresamente contemplado al tratar de la nulidad de las cláusulas no transparentes*”.

## **2. La transparencia hoy. La relación entre los distintos niveles de protección legal frente a la cláusula no negociada.**

La situación y valoración de la transparencia hoy ha quedado determinada por la fijación de su relevancia tanto por el TJUE como por el legislador nacional. Respecto al derecho interno en atención a la nueva redacción dada por la Ley

5/2019 al art. 83.2 TRLGDCU. Y respecto al TJUE, por cuanto en autos de fecha 7 de noviembre de 2021 (C-655/20 y C-79/21), se confirmó la diferenciación entre transparencia y abusividad afirmada en las cuatro sentencias del TS de 12 noviembre de 2020.

En esas resoluciones, el TJUE, por fin y de manera tajante precisa frente a la cuestión que se le plantea de si “cuando un órgano jurisdiccional nacional considera que una cláusula contractual que tiene por objeto la fijación del modo de cálculo de un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario no está redactada de manera clara y comprensible, en el sentido del artículo 4, apartado 2, o del artículo 5 de dicha Directiva, le incumbe examinar si esa cláusula es «abusiva» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva”, concluyendo<sup>15</sup> “que la mera circunstancia de que una cláusula no esté redactada de manera clara y comprensible no le confiere, por sí sola, carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13”.

Y respecto a la normativa interna representada por el nuevo art. 83.2 TRLGDCU, es de destacar que, primero, el precepto no diferencia entre cláusulas esenciales y las que no lo son. De suerte que así como en las esenciales, el control de transparencia era previo y necesario y solo si tenía un resultado negativo, habría acceso a la realización del segundo control, el de contenido y de abusividad, y en la cláusulas no esenciales se prescindía del control de transparencia; ahora en ambos el control de transparencia pasa a ser relevante por cuanto si no se supera ese control puede, al margen de la abusividad, declararse la nulidad del clausulado afectado por su oscuridad, en la medida en la que cuando cause un perjuicio conllevará la nulidad de dicho clausulado.

Y la segunda precisión que conviene hacer, es que la respuesta a esa falta de transparencia que cause un perjuicio, no será la atribución de una acción resarcitoria con la que se compense al consumidor ese perjuicio, si no que se genera la nulidad de la cláusula, con la correspondiente liquidación ex-art. 1303 CC. Y de una nulidad parcial, y en muchos casos de naturaleza financiera. Lo que aplicado a un contrato que mantiene su vigencia y mantiene su dinámica propia puede representar notables dificultades que es posible no encuentren satisfactoria res-

---

<sup>15</sup> Contestación que basa en “... puede deducirse de la sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60). Así, del punto 3, segundo guion, del fallo de esa sentencia se desprende que los artículos 3, apartado 1, y 4 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, en caso de que un órgano jurisdiccional nacional considere que una cláusula contractual relativa al modo de cálculo de los intereses aplicables a un contrato de préstamo hipotecario no está redactada de manera clara y comprensible, a efectos del artículo 4, apartado 2, de la citada Directiva, disposición con la que fundamentalmente se corresponde el requisito de transparencia contemplado en su artículo 5, le incumbe examinar si tal cláusula es «abusiva» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa misma Directiva”.

puesta en el art. 1303 CC. Precepto prevenido para la nulidad total del contrato, y no para una nulidad parcial.

Es posible que cuando el TS advierte en las sentencias del IRPH sobre la nueva redacción del art. 83-2 TRLGPCU no solo está recordando que esa norma en su actual redacción no era aplicable a supuestos de hecho anteriores sino, acaso, que no existía perjuicio. En el caso, al menos el apreciado en el voto particular, el que se privó al cliente de cotejar las propuestas con otras del mercado.

### **3. El anteproyecto de ley de modificación del TRLGDCU: el futuro control de contenido.**

El Ministerio de Consumo elaboró un anteproyecto de ley con el que habilitaba a los jueces a realizar siempre y en todo caso un control de contenido. Sean o no cláusulas esenciales y estén o no redactadas de modo transparente. La reforma pretende que las cláusulas que definen el objeto principal del contrato (el precio y su contraprestación, así como la adecuación entre uno y otra) sean objeto de control de abusividad por los tribunales. También cuando están redactadas y se presentan al consumidor de modo claro y comprensible. Queda la duda, una vez más, si el legislador se representa de manera adecuada lo que de verdad supone el control de contenido, que no puede suponer en ningún caso que los tribunales fiscalicen al precio.

Esta expansión en el control de los tribunales de las cláusulas abusivas, que tiene un claro sesgo ideológico, es posible dado el carácter de mínimos de la Directiva 93/13, de modo que los Estados Miembros pueden establecer reglas más favorables para el consumidor (art. 8 de la Directiva 93/13).

El art. 4.2 de la Directiva 93/13 dispone, como ya se ha explicado, que “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensibles”.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto expresa que la reforma pretende descartar explícitamente para el Derecho español la previsión del art. 4.2 de la Directiva 93/13, de modo que queden sujetas a control de abusividad las cláusulas de determinación del precio u objeto principal y la relación entre el precio que paga el consumidor y los bienes o servicios que el consumidor recibe: “... se lleva a cabo una modificación [...] para la indicación expresa de que el control de las cláusulas abusivas puede versar sobre cualquier elemento de la relación contractual, incluido el objeto principal del contrato o la adecuación entre precio y bienes o servicios prestados como contrapartida”.

Al tratarse de una norma que «restringe» el alcance del control de abusividad, rechazarla en Derecho español estaría permitido por la propia Directiva 93/13.<sup>16</sup>

Ya en fase de anteproyecto esta reforma recibió severas críticas. Lo que es de destacar es que si esta propuesta termina en ley, que es previsible que sí, se habrá terminado produciendo una singular paradoja, pues ahora transparencia y abusividad intercambian los papeles y quedan desconectados el uno del otro. La transparencia pierde ese protagonismo jurídico que se le había pretendido dar fuera del que era su espacio natural, la del error en el consentimiento, la de la anulabilidad, para tratar de convertirla en eje central de la protección al consumidor. Se había predicado incluso habiéndose pretendido, ante una potencial reforma de la Constitución como una suerte de derecho fundamental de los consumidores.

Antes al contrario, ahora se exigirá siempre que esa transparencia opere en perjuicio del consumidor. Sometido pues a una compleja identificación del daño y de la pertinente relación de causalidad. Lo relevante será el carácter abusivo de la cláusula, que conllevará inexorablemente la expulsión del contrato. Y es muy probable que en tribunales se termine confundiendo al alcance del control de contenido y que se entre abiertamente a controlar la equidad de la correlación del precio con el servicio. El peligro existe.

---

<sup>16</sup> El proyecto introduce así un inciso en el actual art. 82 TRLGDCU: «Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente, independientemente del elemento de la relación contractual que se regule en las mismas, que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato»

## SEGUNDA PARTE

### I. EL CLIENTE COMO NUEVO REFERENTE DE PROTECCIÓN. LOS CONFLICTOS ASOCIADOS A NORMAS SECTORIALES.

#### 1.- La paulatina superación de la tutela del consumidor.

Se tiende a asociar la contratación seriada o estandarizada con la protección al consumidor. Pero lo cierto es que, fuera de la polémica de la aplicabilidad de la transparencia material a la contratación entre empresarios (negada por la jurisprudencia como ahora se verá), lo cierto es que la conflictividad que se ha solventado en los tribunales se ha referenciado más a supuestos ajenos a lo que es el “acto de consumo” enfocándose hacia la mera condición de cliente que, por la razón que sea, se encuentra en una situación de desigualdad. Será así en algunas normas sectoriales y en ciertas aptitudes de los tribunales que tienden a proteger a la parte contractual más débil, sea consumidor o no. Pero será también en la ley de condiciones generales en la que a todo adherente, sea o no consumidor, se le protegerá con la exigencia de que esas cláusulas generales reúnan unos requisitos mínimos que permitan ser reconocibles, en lo que se ha venido en llamar los requisitos de inclusión.

#### 2. La tutela del inversor.

Los conflictos que han generado un mayor número de procesos judiciales, litigiosidad en masa y en los que la falta de información y de transparencia se han planteado en los tribunales han sido los referidos al inversor de productos financieros, sometidos a una normativa sectorial en la que la protección se concentraba en el inversor que reunía la condición de minorista en contraposición a la posición del inversor profesional. Según el art. 203 LMV<sup>17</sup>.

Señalaba la STS 327/2016, de 4 de febrero de 2016, que “la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis. 3 de la Ley del Mercado de Valores (actualmente arts. 210 y siguientes del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre ), acentuó tales obligaciones y las sistema-

---

<sup>17</sup> Conforme al art. 203 LMV “las empresas de servicios y actividades de inversión clasificarán a sus clientes en minoristas, profesionales y contrapartes elegibles. Igual obligación será aplicable a las demás empresas que presten servicios y actividades de inversión respecto de los clientes a los que les presten u ofrezcan dichos servicios.

El concepto de minorista es residual: lo es el que no reúne la condición de profesional, siendo estos aquellos inversores “a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos”.

tizó de un modo más completo, pero no supuso una regulación realmente novedosa en relación a los principios fundamentales que rigen la materia”.

La STS 633/2015 de 13 de noviembre definirá el contenido del deber de informar al cliente afirmando que :“partiendo de la base de que profesionalidad y confianza son los elementos imprescindibles de la relación de clientela en el mercado financiero, en este tipo de contratos [los de servicios financieros] es exigible un estricto deber de información: el cliente debe recibir de la entidad financiera una completa información sobre la naturaleza, objeto, coste y riesgos de la operación, de forma que le resulte comprensible, asegurándose de que el cliente entiende, sobre todo, los riesgos patrimoniales que puede llegar a asumir en el futuro”.

A dicho deber de informar se adiciona el deber de la entidad de informarse respecto de las circunstancias del cliente: los test de conveniencia e idoneidad. El art. 19 de la Directiva MIFID, bajo el título “Normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes”, pretende desarrollar “dos grupos de reglas diferentes: información previa de los productos, y conocimiento del cliente: el deber de recabar de su cliente información suficiente como para asesorarlo convenientemente. El deber de las entidades de servicios de información de conocer a sus clientes se ha plasmado en nuestro ordenamiento en el art. 212 TRLM y se concreta en la realización de determinadas pruebas al inversor con la finalidad que las entidades se aseguren “en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes”. Los artículos que le siguen, el 213 y 214 TRLMV, se encargan de regular los llamados test de conveniencia y test de idoneidad. A través de estos test la entidad deberá valorar el nivel de conocimiento y experiencia en materia financiera del que dispone su cliente, valorando si puede llegar a comprender la naturaleza y los riesgos inherentes al producto o servicio de que se trate. La realización de uno u otro test está condicionada al tipo de servicio que la entidad preste al inversor.

El incumplimiento de esos deberes ha servido de fundamento para el ejercicio de acciones de nulidad de la contratación de productos financieros, en las que, como es entendible, las entidades demandadas hicieron valer la inexcusabilidad del error de consentimiento acudiendo, bien a su historial inversor como a la diligencia que le podía ser exigible en los casos de que se trataba de empresas o empresarios.

La STS 19 de octubre de 2020 (ROJ: STS 3333/2020) advertía que “la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos ( sentencias 579/2016, de 30 de septiembre, 549/2015, de 22 de octubre, 633/2015, de 19 de noviembre, 651/2015, de 20 de noviembre, 676/2015, de 30 de noviembre, 2/2017, de 10 de enero, y 11/2017,

de 13 de enero). En consecuencia, no puede presumirse que el administrador de unas sociedades dedicadas a la actividad del metal tuviera unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera (p. ej., sentencias 676/2015, de 30 de noviembre, 2/2017, de 10 de enero y 11/2017, de 13 de enero), y el conocimiento especializado exigible en la contratación de este tipo de productos financieros complejos tampoco se puede deducir por el hecho de haber sido el encargado de relacionarse con los bancos para el tráfico normal de la empresa, debido a la propia sofisticación, singularidad y complejidad declarada del producto ( sentencia 594/2016, de 5 de octubre”.

### **3. La ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas: la protección del adquirente de viviendas a construir.**

#### **(i) La función de las garantías prevenidas en la ley 57/1968 en el tráfico jurídico.**

La protección se dispensó primero la Ley 57/1968 y después en la disposición adicional primera de la Ley de Ordenación de la edificación<sup>18</sup>, respecto al adquirente de viviendas para uso residencial.

Esta ley no merece otra cosa que elogios por la importante función que preventiva y sanadora que ha desempeñado en la protección en el tráfico jurídico de aquellas personas que tenían una exposición al riesgo más intensa en la contratación inmobiliaria, la del adquirente de viviendas a construir, que con los anticipos del precio financiaba al vendedor, asumía los riesgos de la promoción inmobiliaria. La exposición de motivos de dicha ley es esclarecedora sobre los abusos y verdaderos delitos que en la época de su promulgación tenían que soportar los adquirentes de viviendas sobre plano.

---

<sup>18</sup> 1. Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de toda clase de viviendas, incluidas las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa, y que pretendan obtener de los adquirentes entregas de dinero para su construcción, deberán cumplir las condiciones siguientes:

- a) Garantizar, desde la obtención de la licencia de edificación, la devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales, mediante contrato de seguro de caución suscrito con entidades aseguradoras debidamente autorizadas para operar en España, o mediante aval solidario emitido por entidades de crédito debidamente autorizadas, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda.
- b) Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de entidades de crédito en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor, incluido el supuesto de comunidades de propietarios o sociedad cooperativa, y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la entidad de crédito, *bajo su responsabilidad*, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior, más el interés legal del dinero.

La Sentencia del Tribunal Supremo 9 marzo 2016 declaró que “la doctrina de esta Sala interpretativa de la Ley 57/1968 ha avanzado en la línea de interpretar dicha norma como pionera en la protección de los compradores de viviendas para uso residencial, incluso de temporada [...]. Esta línea jurisprudencial se ha traducido en atenerse al rigor con el que la propia Ley 57/1968 configura las obligaciones del vendedor y de su asegurador o avalista, superando una concepción predominantemente administrativa de su contenido para dotarla de plenos efectos civiles».

La disposición adicional primera de la LOE, Ley 38/1999, de 5 de noviembre, prevenía que la percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores se cubriría mediante un seguro que indemnizara el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Dicha Ley, y sus disposiciones complementarias, se aplicarían en el caso de viviendas a la promoción de toda clase de viviendas, incluso a las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa. Lo que se mantuvo tras la derogación de la Ley 57/1968 por Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de aseguradoras y reaseguradoras, disponiendo ahora las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de toda clase de viviendas, incluidas las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa, y que pretendan obtener de los adquirentes entregas de dinero para su construcción, el deber de que el promotor encubierto asegure de la existencia del aval.

Estas garantías generaron una importante litigiosidad al inicio de la crisis inmobiliaria del año 2008. Una de las peculiaridades de esas garantías era que conformaban o podían terminar conformando un título ejecutivo. Vieron en ella los adquirentes de viviendas un mecanismo para eludir su compromiso adquirido en el contrato, intentando hacer valer esas garantías y ejecutividad, que en el art. 3 de la citada Ley 57/1968 se asociaban a la mera expiración del plazo de entrega de la vivienda. Retraso que exigía una acreditación fehaciente y que llevó a una aplicación restrictiva por los tribunales de esa acción ejecutiva por los tribunales, anclados en la doctrina clásica de que un retraso resolutorio exigía una entidad y gravedad que no se apreciaba por el mero transcurso del plazo pactado, a salvo que el mismo se hubiera pactado en términos de esencialidad. Postura restrictiva que en este tipo de litigios apreció un intento de eludir sus compromisos ante una radical bajada del valor de lo adquirido por la crisis del mercado inmobiliario.

#### **(ii) Los deberes de conducta de las entidades bancarias en el tráfico jurídico.**

Pero el deber de control o vigilancia no tiene como mera finalidad aparente la de que estén constituidas las garantías. Esa exigencia tiene un mayor alcance.

En efecto exigir un aval es someter la misma promoción inmobiliaria y al mismo promotor a una evaluación del riesgo, a realizar por una entidad profesional, bancaria o aseguradora. El aval o el seguro sólo se constituirían si estas enti-

dades constatan la viabilidad de la promoción, controlando la solvencia técnica y económica del proyecto y del promotor, su experiencia, el formato jurídico de la promoción, la situación del mercado y sus perspectivas, la titularidad jurídica sobre el solar o solares sobre los que se proyecta la promoción, etc.

Si se realiza esa evaluación del riesgo se impedirían promociones inmobiliarias inviables y, sobre todo, fraudulentas. La exposición de motivos de la Ley 57/1968 es verdaderamente elocuente sobre la finalidad pretendida; el legislador tiene a la vista un conjunto de episodios de grave daño social. La exigencia de un aval no sólo era la creación de una garantía de los clientes sino un sistema, tutelado por las entidades financieras, que daba certeza y seguridad al sector inmobiliario.

Por eso, el incumplimiento de ese deber de garantizar las operaciones de compraventa se ha considerado que fundan la resolución del contrato de compraventa y que fundan también la responsabilidad del administrador de la promotora.

### **(iii) Las responsabilidades de las entidades financieras. Su posición de “policía” en el tráfico jurídico.**

Esta tutela no se concreta solo en la necesidad de que la promoción inmobiliaria imponga a cargo del promotor la obligación de constitución de determinadas garantías legales que protejan y aseguren al adquirente de viviendas las devoluciones de las cantidades anticipadas por la compraventa de viviendas a construir, sino sobre todo porque se sanciona la conducta de las entidades de crédito que admiten ingresos realizados por los compradores en cuentas en ellas aperturadas por los promotores inmobiliarios sin asegurarse tales entidades que el promotor tuviera constituidas esas garantías, supuesto que conlleva el que esa admisión se haga bajo la responsabilidad de la entidad que admitió esos ingresos.

La Sentencia 21 diciembre 2015, de pleno, representó la fase final (y el principio de su propia problemática) en el desarrollo jurisprudencial de la Ley 57/1968. Con carácter general, el conflicto que se resuelve tal sentencia trae causa de un contrato de compraventa de una vivienda sobre plano, un particular se comprometió a adelantar, en plazos determinados, parte del precio final; habiendo cumplido de modo puntual su obligación y como la promotora inmobiliaria, aun después de la concesión de una prórroga del plazo de entrega, no había finalizado la construcción de la vivienda, la compradora solicitó al juez que la tuviese por «desistida» del contrato de compraventa y que condenase solidariamente a la vendedora y a la entidad bancaria en la que se habían efectuado los ingresos a la devolución de los anticipos. Entre otros extremos, resultó probado que la entidad bancaria no exigió la constitución de las garantías previstas en la ley para asegurar la devolución de las cantidades anticipadas por la compradora; que admitió el ingreso de estos anticipos en una cuenta ordinaria que no reunía la cualidad de cuenta especial; y que no pudo desconocer el destino de los anticipos, puesto que en el documento de ingreso constaba su razón —«reserva de vivienda», «20% vivienda»—.

La controversia se centró en la responsabilidad de la entidad bancaria y de cuál sea el alcance que deba darse al inciso final de la «condición segunda» del artículo 1.º de la Ley 57/1968. Tras imponer a los vendedores la obligación de percibir las cantidades anticipadas a través de una entidad bancaria y a depositarlas en cuenta especial, dicha norma establece que «para la apertura de estas cuentas o depósitos la Entidad bancaria [...], *bajo su responsabilidad*, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior». En definitiva obligación del vendedor de depositar en cuenta especial las cantidades anticipadas por los compradores de viviendas a construir.

La admisión de ingresos en cuentas de la entidad sin que estén constituidas las garantías legales, aval y cuenta especial, no convierte a las entidades bancaria incumplidoras de ese deber en avalistas o garantes sino que convierte el incumplimiento de ese deber de control en una fuente de responsabilidades: “sobre los ingresos en cualesquiera cuentas del promotor” en la propia entidad de crédito, siendo lo relevante si conoció o tuvo que conocer la existencia de esos ingresos a cuenta del precio de venta de viviendas sujetas a dicho régimen, lo que tiene lugar en cuanto advierta la posibilidad de que se estén recibiendo cantidades a cuenta por la compra de viviendas. (entre las últimas, STS de 26 de julio de 2021 (ROJ STS 3227/2021)).

Pues bien, interpretando el tenor de la «condición segunda» del mencionado art.1.º, el Tribunal Supremo fijó la siguiente doctrina: «en las compraventas de viviendas regidas por la Ley 57/1968, las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad».

La Ley 57/1968, lo que definió fue, según esta interpretación de la jurisprudencia, un deber de conducta de las entidades bancarias, en concreto realizar una función de vigilancia, de verdadera policía en el tráfico jurídico, en razón a la cual debían controlar, a la luz de los flujos monetarios que se producían en su entidad, por o a favor de promotores inmobiliarios, por las personas físicas, en actos jurídicos que razonablemente sea deducible que responden a operaciones de compraventa de viviendas a construir, a, se repite, controlar y exigir que la actuación del promotor cumpliera a su vez los deberes de afianzar y aperturar la pertinente cuenta especial. El comportamiento debido por la entidad bancaria, se repite que en interpretación jurisprudencial, configura una conducta legalmente debida.

Y ello trae como consecuencia que si se infringe esa obligación legal surge esa responsabilidad también legal: “bajo su responsabilidad”, prevenía el art. 1.2º Ley 57/1968 sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

Así si se incumple ese deber legal y se ha causado un daño, la pérdida de unos anticipos por no estar garantizados, la entidad bancaria responde, no como garante ni en una condición parificada a la de tal garante, sino porque, al no desarrollar sus funciones de policía, causó un daño.

La entidad no responde como avalista por la sencilla razón de que no es garante. Responde porque ha incumplido un deber legal de conducta, de vigilancia en el tráfico jurídico, al ser reconocible en el mismo una privilegiada posición que le permite un singular conocimiento del mercado inmobiliario.

Esta previsión legal ha llevado a una litigiosidad muy extendida en los últimos años, que ha permitido que múltiples perjudicados por fracasos de promociones inmobiliarias acaecidas en la crisis económica producida a partir del 2008 y en las que los promotores no constituyeron esas garantías legales, el que años después lograran el resarcimiento de su perjuicio haciendo responsables a las entidades bancarias por incumplir ese deber de conducta consistente en vigilar que los promotores inmobiliarios tuvieran constituidas las mencionadas garantías legales.

Atendiendo a la finalidad expresada en la exposición de motivos de la Ley 57/1968, la causalidad hay que encontrarla en el ámbito de cualesquiera cantidades anticipadas por el comprador para soportar el coste de la admisión. Sea o no precio en sentido estricto. Por eso en sentencia AP Zaragoza (4<sup>a</sup>) de 16 de septiembre de 2019 (ROJ SAP Z 2150/2019) se determinó la responsabilidad de las entidades por los gastos de constitución de una comunidad de bienes, en una promoción realizada en esa fórmula jurídica y en la que existía un promotor encubierto. Lo relevante es que se trate de aportaciones dinerarias realizadas en cuenta del promotor en la entidad, que es en los términos en los que se acotó esta responsabilidad ( STS 21 de diciembre de 2015 y de 28 de noviembre de 2019)<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> La misma Audiencia hacía extensiva esa protección a las aportaciones sociales a una cooperativa de viviendas: “El modelo cooperativo de viviendas se integra en un modelo de economía social como asociación autónoma de personas que se han unido voluntariamente para hacer frente a sus necesidades por medio de una empresa conjunta y controlada por sus propios socios. Las aportaciones de los socios generan una masa en comunidad con gestión cooperativa y cuya titularidad no ingresa en el patrimonio corporativo, integrándose en una masa común gestionada por la cooperativa pero diferente al capital social, de suerte que si se aportó como “precio” no es factible que sin consentimiento específico del cooperativista pueda disponerse por la Junta su conversión en aportación social. La reciente STS 11/06/2020 (ROJ STS 1577/2020) resaltaba la sustancial diferencia entre la aportación social en una cooperativa y las acciones o participaciones en una sociedad de capital, pues aquellas, a diferencia de estas últimas, no constituyen el criterio básico para atribuir a los socios los medios políticos y económicos en la sociedad y, sobretudo, y en lo que aquí interesa, en la cooperativa el capital social es variable, al fijar sólo un mínimo de capital social, “lo que se conjuga con los principios cooperativos de adhesión voluntaria y abierta(2puerta abierta)”, por lo que el socio puede abandonar la cooperativa mediante la recuperación de sus aportaciones, siquiera con las condiciones fijadas estatutariamente.

La función de policía en el tráfico jurídico que se atribuye por la jurisprudencia a las entidades bancarias se revela con claridad en los términos en los que se expresa la jurisprudencia sobre ese deber de conducta y control de los ingresos en cuentas aperturadas en ella por el promotor, pues la misma surge no solo cuando la entidad sabía que los ingresos respondían a anticipos de compradores de viviendas sobre plano, sino también cuando lo “podiera saber”. Lo que desvela la conducta proactiva que se le exige a la entidad bancaria.

## **II. LA PROGRESIVA PROTECCIÓN DEL EMPRESARIO.**

### **1. La protección del empresario en la ley de condiciones generales de contratación. Su exclusión de la tutela otorgada al consumidor.**

El régimen de las cláusulas abusivas se establece en los artículos 80 a 92 TR-LGDCU (Texto Refundido de la LGDCU aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007). Su ámbito de aplicación subjetivo se restringe exclusivamente a las relaciones entre empresarios y consumidores (art. 2 TR-LGDCU). Aunque la definición legal de “consumidor” ha contado con hasta tres versiones (1984, 2007 y 2014) y ha cambiado desde la idea del “destinatario final” de los bienes y servicios a la noción propia de las Directivas de “actuar con un propósito ajeno a su actividad comercial”, sigue siendo una definición que excluye su aplicación a empresarios o profesionales que se adhieran a contratos predispuestos dentro de una actividad empresarial. La peculiaridad española de extender la misma protección, a “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”, considerándolas también “consumidores” (art. 3 TR-LGDCU) no altera la anterior conclusión, que cobra especial trascendencia en cuanto a la exclusión del control de contenido de los contratos entre empresarios.

El régimen diseñado por la LCGC de 1998 para las condiciones generales de la contratación se aplica tanto para contratos de consumo como para contratos entre empresarios, esto es, cualquier adherente (art. 2.3). En esencia, la protección se ciñe al control de incorporación o inclusión (que exista “posibilidad real” de conocer las condiciones generales “y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez”) y a la interpretación de las cláusulas predispuestas e impuestas incorporadas a una pluralidad de contratos. El artículo capital en la separación de los distintos controles (material o de contenido por el TR-LGDCU y formal o de incorporación en la LCGC) en función de si se trata de un contrato de consumo o no es el 8 LCGC, titulado “nulidad” –que sigue al art. 7, titulado “no incorporación” cuando no se cumplan los requisitos de “incorporación”.

Con esta distinción entre nulidad y no incorporación, la Ley dejó claro que la nulidad de una cláusula por abusiva de acuerdo con lo que establezca la Ley de consumidores no puede declararse en un contrato en que ninguna de las partes es

un consumidor, sino que ambos son empresarios: “el concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores”. Aunque la Exposición de Motivos de la LCGC de 1998 ratifica expresamente ese entendimiento en varios pasajes (§§ 6-7 y 9-11), introduce un párrafo que parece abrir la puerta a un control de contenido “similar” al de la abusividad para contratos entre empresarios. Sin embargo, esta afirmación abierta (y bastante mal redactada) del preámbulo de la ley no cuenta deliberadamente con ningún respaldo en los artículos de la Ley. Según el polémico y, a la postre, trascendental § 8 del preámbulo de la Exposición de Motivos de la LCGC:

Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de derecho o conductas abusivas. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas.

En este sentido la STS de 30 de abril de 2015 razonó que “la normativa contenida en la Ley 7/1998, de 13 abril, de Condiciones Generales de la Contratación, es aplicable a todas las condiciones generales, se encuentren en contratos concertados con consumidores o en contratos en los que ninguna de las partes merece esta consideración.

Pero dicha ley no establece un régimen uniforme para unas y otras. Mientras que las normas relativas a la incorporación (art. 5 y 7) y a la interpretación de las condiciones generales (art. 6) son aplicables a todo tipo de condiciones generales, el régimen de la nulidad de las condiciones generales es diferente según que el contrato en el que se integren se haya celebrado o no con un consumidor.

Mientras que en el caso de que el adherente no merezca la calificación legal de consumidor o usuario, solo es aplicable la regla contenida en el art. 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que se limita en la práctica a reproducir el régimen de la nulidad contractual por contrariedad a norma imperativa o prohibitiva del Código Civil, en el caso de que el contrato integrado por condiciones generales se haya concertado con un consumidor, es aplicable el régimen de nulidad por abusividad, establecido actualmente en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que desarrolla la Directiva 1993/13/CEE, sobre cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores.

El art. 82 de dicho Texto Refundido establece que « se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de

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

### **III. LA (FALTA DE) TRANSPARENCIA COMO MOTIVO DE OPOSICIÓN EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN.**

#### **1. La inclusión y la transparencia como causas de oposición.**

La ley 1/2013 de protección del deudor hipotecario introdujo como causa de oposición, tanto en el proceso de ejecución ordinario como en de ejecución hipotecaria, la existencia de cláusulas abusivas en el contrato, siquiera con una llamativa y diferente redacción para uno y otro tipo de ejecución (art. 557.1.7ª y 561.1.3ª LEC para la ejecución ordinaria y el art. 695 1, 4ª y 3 LEC para la ejecución hipotecaria). El legislador no incluyó la noción de transparencia (o de falta de transparencia) como causa de oposición, pues era un concepto que al tiempo de su promulgación no estaba consolidado. Podríamos interrogarnos sobre la posibilidad de formalizar una oposición a esa ejecución basada en la falta de transparencia (que cuando es en perjuicio del deudor debe haber operado en su perjuicio, y entonces es nula) o incluso el incumplimiento, en cláusulas no negociadas, de los requisitos de incorporación. Para el caso del consumidor parecería incontestable que la respuesta debe ser afirmativa. Basta atender a la forma en la que ha evolucionado la noción de transparencia asociada durante mucho tiempo (y aun hoy) a la abusividad para responder afirmativamente a ese interrogante. Solo que ahora a esa falta de transparencia debe estar acompañada de la existencia de un perjuicio, que se tendrá que acreditar para generar la nulidad pretendida.

Las Audiencias Provinciales, y respecto al proceso de ejecución, han considerado que el empresario deudor en título ejecutivo no puede alegar en el proceso de ejecución el carácter abusivo de alguna de las cláusulas del contrato de préstamo, pues aunque el carácter abusivo puede darse en las relaciones entre empresarios las mismas no configurarían la causa de oposición prevenida en el art. 557.1.7ª LEC, cuyos antecedentes y origen en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección y origen en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, dejó claro que ese cauce procesal se reserva solo a favor de los deudores por acto de consumo.

En efecto el Preámbulo de dicha Ley advertía que la introducción de esa modificación en la regulación del proceso de ejecución “ se adopta como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto, por la que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993”.

Por tanto un empresario, lo mismo sea persona jurídica que física, no podrá oponer en un proceso de ejecución ni supuestos de una abusividad contractual

que resulte del régimen general de las obligaciones y contratos del Código Civil o de Comercio ni en la normativa de las condiciones generales de contratación. Pero tampoco el incumplimiento por el predisponente de los requisitos de inclusión de las condiciones generales de contratación. Tampoco los de transparencia cuando una normativa sectorial haga extensible la protección que se presta con la misma a un empresario.

El carácter abusivo de cláusulas contractuales no negociadas queda reservada en el proceso de ejecución al consumidor.

## **2. El tránsito de la transparencia a la inclusión.**

Puede apreciarse una tendencia en los tribunales de instancia a incluir supuestos de falta de transparencia en la esfera propia de los requisitos de inclusión. Con ello se pretende alcanzar el mayor grado de protección a los empresarios, sobre todo a pequeños empresarios y autónomos.

En este sentido pueden encontrarse sentencias en las que se ha protegido al, sobre todo, pequeño empresario o autónomo, en sus relaciones frente a grandes prestadores de servicios. La técnica que se utiliza es procurar llevar las cláusulas que se consideren desproporcionadas de la esfera de la inclusión.

Es el caso de la STS de 11 de marzo de 2020, referida a un supuesto de préstamo a persona física para financiar un autotaxi y respecto a una cláusula suelo en el que la audiencia entendió que no era transparente en el sentido formal del concepto por cuanto “al no haber cumplido el Banco las obligaciones administrativas de transparencia (no entregó la ficha FIPER), ni haber advertido específicamente el notario de la existencia de la cláusula suelo, los prestatarios no tuvieron oportunidad real de conocer que el préstamo estaba sujeto a una limitación de la variabilidad del tipo de interés”, advertirá que “no es correcto afirmar, utilizando para ello la cita parcial de alguna sentencia, que la jurisprudencia de esta sala limite el control de incorporación a la comprensibilidad gramatical” y que “como declaramos en la sentencia 314/2018, de 28 de mayo, y hemos reiterado en otras múltiples resoluciones, para que una condición general de la contratación supere el control de incorporación debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato. Es decir, junto al parámetro de la claridad y comprensibilidad, debe concurrir el requisito de la posibilidad de conocimiento, puesto que el control de inclusión es, fundamentalmente, un *control de cognoscibilidad*. Lo que no es solo una construcción jurisprudencial, sino una exigencia expresa de los arts. 5 y 7 LCGC”.

Otro ejemplo se puede ver en la STS de 12 de junio de 2020 (ROJ STS 1591/2020). La Audiencia aprecia incumplimiento de los requisitos de inclusión

en una cláusula suelo contenida en un contrato de préstamo otorgado a una sociedad limitada dedicada a la charcutería y carnicería, contraviniendo los arts. 1258 CC y 57 C.Com.

Advertirá el TS en la mencionada sentencia que, aparte del problema de incongruencia que podría derivarse de que la sociedad demandante invocara la falta de transparencia y la audiencia lo resolviera atendiendo a la esfera de los requisitos de incorporación, aparte de ello se repite, lo ocurrido es que la Audiencia Provincial, como sucedió en los casos enjuiciados en las sentencias 647/2019, de 28 de noviembre, y 80/2020, de 4 de febrero, reconduce su argumentación a la buena fe contractual para hacer realmente unos controles de transparencia y abusividad improcedentes en un contrato entre profesionales”.

Otro supuesto en el que el TS no compartirá esa operación intelectual de arrastrar la falta de transparencia a su esfera formal es el de la STS 20 de abril de 2021 (ROJ: STS 1454/2021), que afronta la concertación también de un préstamo para financiar un taxi, y en la que se consideró por la audiencia que se pedía la nulidad de la cláusula suelo contenida en contrato de préstamo hipotecario por abusiva y por falta de transparencia, su eliminación y la condena a la demandada a restituir las cantidades cobradas de más desde la interposición de la demanda. En primera instancia se estimó la demanda, al considerar que la cláusula no superaba el control de incorporación. Razonó que no era de aplicación la normativa de protección al consumidor porque el préstamo se solicitó para la adquisición de un taxi pero consideró que, por aplicación del art. 5 LCGC la cláusula no se había incorporado al contrato porque no fue negociada, no hubo información previa y porque no estaba redactada con suficiente claridad y precisión, ya que la escritura se remitía a un anexo, que si bien estaba firmado por las partes, no llevaba fecha.

Lo que no se comparte por el TS que entendió que “la cláusula cumple con las exigencias de incorporación y no es correcta la afirmación de la sentencia del juzgado (asumida por la Audiencia) de que la cláusula no se habría incorporado por no ser clara y por el hecho de *estar incluida en un anexo al que se remite la escritura*. La cláusula no integrará la oferta y no habrá podido ser aceptada cuando se haga remisión a anuncios, páginas web, folletos o documentos que no se hayan facilitado cuando se firma el contrato (como sucedió en el supuesto de la sentencia 130/2021, de 9 de marzo). Este no es el caso cuando la escritura contiene una referencia a la cláusula suelo y para la fijación del tipo del interés se remite a un anexo que se une a la escritura (y que, además, también aparece firmado). Y que “de la misma manera que en el supuesto objeto de la sentencia 36/2018, de 24 enero, la cláusula cumple con las exigencias de incorporación porque, “en atención a lo que era su objeto, no se advierte que hubiera existido un oscurecimiento en su explicación, ni que se hubiera eludido una forma más nítida de explicarlo. Al contrario, toda la información financiera se ofrece en una sola hoja, aislada, en la que de un golpe de vista puede reconocerse la información

más importante sobre las condiciones financieras del préstamo hipotecario, entre la que se encuentra la cláusula suelo”.

En el mismo sentido la STS de 29 de marzo de 2021 considerará que “el concepto de consumidor debe interpretarse en relación con la posición de la persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona. Al no tener los prestatarios la condición de consumidores, pues los préstamos se destinaron a financiar la compra del local en el que desarrollar el negocio de farmacia, no cabe el control de abusividad, sino únicamente del de incorporación. A diferencia de los controles de transparencia y abusividad, reservados a los contratos celebrados con consumidores, el control de incorporación o de inclusión es aplicable a cualquier contrato en que se utilicen condiciones generales. Se trata de un control de cognoscibilidad que requiere que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato la existencia de la condición general controvertida y que la misma tenga una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal. En el caso de las cláusulas suelo, en principio y salvo prueba en contrario, su inclusión en la escritura pública y su lectura por el notario o, en su caso, por los contratantes suele satisfacer ambos aspectos, puesto que su claridad semántica no ofrece duda. En el presente caso (subrogación en un préstamo anterior, con novación de algunas condiciones) no consta la inclusión, aún por mera referencia al préstamo inicial, de la cláusula suelo”.

#### **IV. LA USURA. La tarjeta de crédito *revolving*.**

Un singular resurgir ha tenido ante los tribunales la usura. Afrontada su regulación en la conocida Ley Azcárate (Ley de 23 de julio de 1908 de nulidad de determinados contratos de préstamos usurarios), la misma generó desde su primer momento una polémica sobre sus presupuestos. Una mala redacción de su art. 1 propició una inacabable discusión sobre si el precepto contemplaba dos o tres figuras de usura: los estrictamente usurarios (definidos sobre la base de un interés notablemente superior al del mercado) a los que era exigible un requisito adicional de tipo subjetivo y los falsificados.

Por contra se defendía que en el primer párrafo del art. 1 de la LU podían identificarse dos tipos: el estrictamente usurario, asentado en el interés desproporcionado y haciendo innecesaria la concurrencia de requisitos subjetivos (inexperiencia, carencia de facultades mentales o angustiosa necesidad) y un segundo grupo, el contrato leonino asentado en la idea de que su clausulado lo es siempre en perjuicio para el deudor y para el que, ahora sí, es necesario que concurra alguno de dichos requisitos subjetivos. esta estructura jurídica es la que se ha utilizado para poner coto a algunos abusos en el tráfico jurídico, en particular sobre la figura de la tarjeta de crédito *revolving*, en las que se contemplan altísimos

intereses remuneratorios, con un clausulado general y predispuesto que opera en claro perjuicio del deudor.

En los últimos años se han dictado diversas sentencias por el TS sobre la usura. La misma siempre está presente en el tráfico jurídico y siempre genera procesos judiciales.

Pero hay cuatro sentencias particularmente relevantes. Dos de ellas, 18 de junio de 2012 (ROJ STS 5966/2012) y 7 de diciembre de 2014 (ROJ STS 5771/2014), en las que fue ponente Orduña, y en las que se hará una diferenciación entre la esfera de tutela que propicia la normativa de protección de los consumidores por una parte, y la Ley de Azcárate por otra. Pero en la última sentencia de trataría de argumentar que en la Ley de Azcárate solo hay una unidad jurídica del préstamo usurario, el falsificado aparte.

Advertirán esas sentencias que: “la ley de usura no puede dar lugar a su aplicación diferenciada o subdividida respecto de distintos “tipos” de usura, ya sea distinguiendo en lo que tradicionalmente se ha referenciado como contratos usurarios, leoninos o falsificados; por razón de su interés elevado, de la situación angustiosa del deudor, o de la cantidad realmente entregada, o bien, con base a cualquier otra suerte de clasificación al respecto. Por el contrario, debe resaltarse que el control que se establece se proyecta unitariamente sobre la validez misma del contrato celebrado, sin que pueda diferenciarse la extensión o alcance de la ineficacia derivada. De ahí, entre otros extremos, que su régimen de aplicación, esto es, la nulidad del contrato de préstamo, o negocio asimilado, alcance o comunique sus efectos tanto a las garantías accesorias, como a los negocios que traigan causa del mismo.”

Con independencia del alcance que se quería dar a esa afirmación (aclarada después por la STS de 4 de noviembre de 2015) no deja de dar la impresión de que se pretende argumentalmente huir de esa categorización legal, de la conformación de dos tipos de usura en el primer apartado del art. 1 LU.

Y de esa premisa, unidad de régimen, extrae la mencionada sentencia la consecuencia de que la interpretación del préstamo usurario se debe realizar de forma sistemática teniendo en cuenta la relación negocial en su conjunto”. Lo que permitiría deducir la potencial autonomía del contrato leonino.

Tras ello advertirá la mencionada sentencia que, la noción de usura, etimológicamente, está vinculada a los intereses, y concluirá que esa usura se proyectará sobre la lesión patrimonial en su conjunto, contando tanto con los intereses remuneratorios como con los moratorios.

Pero con esa argumentación esas sentencias eludirán la figura del contrato leonino, que está inserta en el art. 1 de la Ley Azcárate, y que presenta una autonomía conceptual respecto al préstamo exclusivamente usurario por su interés desproporcionado.

El préstamo leonino, o el contrato leonino en general, es un contrato en el que se genera un relevante desequilibrio contractual entre las partes, y en este sentido el contrato “*revolving*” es un verdadero modelo de desequilibrio. En él hay un señuelo, que es la cuota fácil, en la que de caer el prestatario se introducirá en una deuda perpetua en la que solo abonará prácticamente intereses. El contrato revolving se construye sobre una auténtica telaraña de cláusulas tóxicas que, asentadas sobre una alta tasa de interés y del señuelo de la cuota fácil, conducen al consumidor a una posición financiera gravemente perjudicial.

La realidad conducirá, cuando la capacidad económica del cliente no sea muy alta, a que el cliente vaya concertando varias tarjetas *revolving* que le pasarán a ser necesarias para atender sus necesidades ordinarias de vida, pero con sueldos secuestrados por las financieras: un cliente asfisiado económicamente que buscará abonar las cuotas fáciles mínimas con las que poder subsistir.

Pero en otras dos sentencias, de 15/11/2015 y 4 de marzo de 2020, dando un giro de 180 grados se atenderá a la tasa de interés como único elemento de referencia para la configuración del préstamo usurario.

A estas sentencias se les ha criticado que se ha eludido en ellas la exigencia de la concurrencia de los elementos subjetivos. Dejando de lado la consideración que podamos defender del crédito revolving como contrato leonino, no acierto a comprender que se desconozca la concurrencia en los contratos revolving de un elemento subjetivo cuando la incomprensibilidad de la operativa del préstamo y de sus peligros es innata. Hace falta un altísimo grado de experiencia financiera para comprenderlo y consentirlo de una manera informada. Un consumidor medio no logrará, de no tener importantes conocimientos financieros, comprender el alcance de contratar una tarjeta revolving. En este sentido puede afirmarse que el contrato de tarjeta revolving no es susceptible de comprensibilidad. Ni por tanto de transparencia.

## **V. EL CONTROL DEL PRECIO Y DE LA TRANSPARENCIA COMO MITOS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.**

### **1. El control del contenido.**

Bajo la incidencia de la crisis económica la masiva anulación de contratos (de adquisición de activos financieros) o de condiciones generales ha descansado sobre su falta de transparencia.

En realidad, referenciándose la falta de transparencia a la comprensibilidad de los contratos o de sus cláusulas no negociadas, el terreno natural en el que se debería encajar la institución debería ser el del error en el consentimiento.

Así ha sido en los contratos cuyo resultado final es netamente perjudicial para el cliente. Es el caso de los activos financieros en los que la falta de transparencia y el incumplimiento de los deberes de información por la entidad comercializadora del activo financiero llevaba al TS a proclamar la presunción del error en el consentimiento.

Pero en aquellos contratos en los que la nulidad es perjudicial (un contrato de préstamo, por ejemplo, en el que la nulidad obligaría al prestatario a la devolución de una sola vez del íntegro del capital pendiente de amortizar: una paradójica pérdida del beneficio del plazo), la solución tiene que pasar por la posibilidad de integración judicial, conforme a la doctrina del TJUE, que por cierto olvidó nuestro legislador en la reforma del art. 83 TRLGCU por Ley 5/2019. Se deberá sustituir la cláusula abusiva esencial por la más ponderada y usual en el tráfico jurídico.

## **2. El verdadero problema de la contratación no negociada.**

Si nos limitáramos a estas conclusiones sobre la forma en la que opera el control de transparencia y de contenido no se detectaría la patología originaria de esta problemática.

No se puede hacer reparo alguno a que se exija por el ordenamiento jurídico un clausulado de las condiciones generales que sean transparentes. Pero este decenio de crisis, ha puesto en evidencia en los tribunales que el problema originario y de fondo no se residencia o no se residencia sólo en esa falta de transparencia. El verdadero problema de la contratación estandarizada se encuentra en su alto grado de complejidad. La mera transparencia no será suficiente para que el cliente comprenda el alcance de lo que firma. En definitiva, no basta con que un condicionado general sea transparente, es necesaria una formación específica del cliente para cada producto.

Se podrá pensar que al predisponente, al prestador de servicios no se le puede exigir o imponer un deber de conducta que conlleve esa formación. Le debe bastar con confeccionar unas condiciones generales transparentes. A partir de ese momento la responsabilidad para alcanzar un consentimiento informado, de “comprender lo comprensible”, pasaría a cargo del cliente.

Pero desde la experiencia en tribunales en estos años, no de crisis sino del conocimiento jurisprudencial de los conflictos surgidos por ella, se constata con notable certeza que no basta la transparencia del clausulado no negociado. En razón a la complejidad contractual el cliente o consumidor no logrará, ni en ocasiones puede lograr, una comprensión de lo, aunque pueda parecer una contradicción, comprensiblemente expuesto.

Podrá defenderse que al prestador de servicios se le puede exigir que conforme unas condiciones generales transparentes, pero no que forme jurídica y económicamente al cliente. Con ello trasladamos al cliente la carga jurídica y las responsabilidades de comprender lo transparente. Hay que resaltar que la mera transparencia no logrará que los clientes expresen un consentimiento adecuadamente formado en la esfera de la contratación estandarizada. El quid de la cuestión reside, a mi parecer, en la cada día mayor complejidad de la contratación en el tráfico jurídico, y en el que las fórmulas legales que delimitan la diligencia exigible a un consumidor o cliente medio son insuficientes para expresar la capacidad técnica y experiencia necesaria para su comprensión.

En tribunales se han visto implicados años profesionales muy bien formados pero que no entendieron el producto. Es así el caso del administrador concursal (SAP Zaragoza, 4<sup>a</sup>, de 12 de marzo de 2018, ROJ SAP Z 2090/2018) o del registrador de la propiedad (STS 11 de enero de 2019 (ROJ STS 8/2019).

La extraordinaria preocupación que ha expresado la doctrina por evitar que los tribunales se inmiscuyan en la libertad de pacto entre las partes no puede llegar, ponderando el fijado por las mismas, a impedir el que existan casos en los que pueda apreciarse un abuso del derecho o soluciones pactadas desproporcionadas.

## **TERCERA PARTE**

### **I. LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN CRISIS. EL MAPA DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.**

#### **1. La incidencia de la abusividad en la ejecución hipotecaria.**

Relatar las consecuencias que los controles de inclusión, de transparencia y de contenido han supuesto en la jurisdicción civil quedarían incompletas de no abordarse el proceso en el que más virulencia esos controles afectaron, el de la ejecución hipotecaria. Hasta el extremo de que se llegara a afirmar que la ejecución hipotecaria y aun la misma hipoteca habían muerto. Ciertamente en un momento determinado, como luego se explicará, y que cabe situar en los primeros meses de 2017, los procesos de ejecución hipotecaria colapsaron en los tribunales de instancia.

Una de las peculiaridades de la incidencia de la doctrina del TJUE en la ejecución hipotecaria es que el análisis o el mapeo de las cláusulas abusivas fue pareja al conocimiento y enjuiciamiento sucesivo en los tribunales, TJUE y TS, de las distintas cláusulas. Lo que unido a las graves quiebras que se crearon también sobre los principios procesales de preclusión y de cosa juzgada, llevó a que en un mismo proceso de ejecución hipotecaria se fueran interponiendo sucesivos incidentes de oposición conforme los citados tribunales configuraban una a una las cláusulas abusivas, usualmente incluidas en la mayoría de las escrituras de préstamo. Incluso con posterioridad a la aprobación del remate y al decreto del letrado de adjudicación. Esto es, con transmisión del derecho de propiedad de la finca hipotecada.

#### **2. La cartularidad y carácter documental de la acción ejecutiva.**

Creo particularmente conveniente hacer una precisión inicial sobre la característica básica de la acción ejecutiva. A ella me he referido en diversas ocasiones describiéndola como la cartularidad de la acción. Término con la que se expresa la necesidad de que la acción ejecutiva se ajuste al documento ejecutivo, pues del mismo ha de resultar la razón de ser y existencia de la obligación. Es una deuda vencida porque así resulta de la carta o documento ejecutivo. Es exigible porque así debe resultar del mismo documento. Y debe ser líquida porque los términos de la obligación han debido determinar la forma en la se alcanza la liquidez, mediante el denominado “pacto de liquidez”. En ocasiones lo que se ha podido pactar se debe contrastar con la legislación, que puede condicionar la validez del pacto. Será el caso de la ejecución hipotecaria, en el que la norma exige el incumplimiento del pago de tres cuotas, normalmente mensualidades. O por cuanto a lo pactado se adiciona el cumplimiento de determinados requisitos legales, como será la liquidez.

Pero debe quedar claro que en todo caso, en un proceso de ejecución hipotecaria, como en cualquier otro proceso de ejecución, los límites de la ejecución vienen marcados por el documento ejecutivo: se puede ejecutar lo que el título ampara y no otra cosa diferente. Y puedo exigir la deuda porque la misma está vencida, es exigible y resulta líquida, según resulta del documento. Toda deuda que reúne estos requisitos es reclamable judicialmente. Pero ejecutivamente solo se puede reclamar cuando la deuda dineraria esté contenida en un título ejecutivo y la misma resulte, del mismo documento o carta, el estar vencida, ser exigible y líquida. Fuera de la carta o documento no hay posibilidad de, ejecutivamente, atribuirle esos requisitos estructurales y será necesario acudir a un juicio declarativo.

### **3. El primer hito de la generación del problema.**

Es conocido que el inicio, aparente, de la problemática surge con la STJUE de 14 de marzo de 2013 que admitió la oposición en el proceso de ejecución hipotecaria del carácter abusivo de algunas cláusulas, lo que determinó al conocer de una cuestión prejudicial planteada en orden a la posibilidad de que los tribunales nacionales pudieran entrar a conocer sobre el carácter abusivo de algunas cláusulas en el proceso de ejecución. Cuestión que resultó de una extraordinaria importancia y es la que terminaría provocando la promulgación de una Ley, la 1/2013, de protección del deudor hipotecario destinada, en lo esencial, a adecuarse a la doctrina del tribunal europeo, permitiendo oponer el carácter abusivo de cláusulas contractuales tanto en el proceso de ejecución ordinaria como en el hipotecario.

### **4. La respuesta del legislador nacional.**

Nuestro legislador reaccionó a esa sentencia introduciendo la abusividad como excepción por razones materiales en la contratación con consumidores, tanto en la ejecución ordinaria como en la ejecución hipotecaria.

Tal reforma se opera con la Ley 1/2013. Como se ha dicho se ampliaron las causas de oposición para defender al consumidor, siquiera llama extraordinariamente la atención los diferentes términos con los que se expresa la consecuencia de la apreciación de la abusividad en uno u otro tipo de ejecución. Lo que desvela, en mi opinión, la preocupación del legislador porque el procedimiento hipotecario continúe, salvando esa abusividad.

En esa reforma se olvidó por el legislador uno de los requisitos de todo proceso de ejecución, el de la necesidad de que estemos reclamando una deuda líquida (arts. 571 y 572 LEC). La consecuencia de la apreciación de esa causa de oposición es la expulsión de la cláusula abusiva, y cuando de cláusulas financieras

se trate, como es el caso, pues se han de referir a las que fundan la ejecución o a la cuantía de la deuda, el efecto de ese pronunciamiento es la iliquidez de la deuda.

## **II. LOS SUPUESTOS MÁS RELEVANTES DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA.**

### **1. Los intereses moratorios abusivos.**

Las primeras discusiones se centraron, acaso por su carácter llamativo y evidente, en los intereses moratorios, antes usualmente fijados en un sacralizado 29%, o 24 o 25%. Respecto de los que se plantearon dos problemas. Uno donde fijar el parámetro con los que determinar la cifra o tasa en la que pasaban a ser abusivos. Y el segundo qué hacer cuando efectivamente por apreciarse la abusividad la cláusula se expulsaba del contrato.

El artículo 85.6 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios consideraba abusivas «las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones». Este precepto era transposición del anexo 1.e, en relación con el artículo 3, de la Directiva 93/13/CEE, con la particularidad de que en el Derecho español, estas cláusulas son siempre abusivas.

En España no existía una limitación legal a los intereses de demora establecidos en préstamos concertados con consumidores. El artículo 1108 del Código Civil prevenía que el interés de demora será el pactado por las partes. De no existir pacto, se aplica el interés legal. Este interés legal se fija cada año por ley, y solo en el ámbito de los préstamos destinados a la adquisición de una vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la propia vivienda, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, modificó el artículo 114 de la Ley Hipotecaria e introdujo un límite a los intereses de demora, al establecer que los intereses de demora «no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago». Mucho después de que se produjera esa conflictividad, en la Ley 5/2019, del crédito inmobiliario, el interés de demora se limitaría a tres puntos porcentuales por encima de los remuneratorios.

La primera de las cuestiones a solventar era, como se ha anticipado, la de determinar cuando unos intereses moratorios eran abusivos. Y el segundo qué hacer si se anulaban los mismos.

#### **(i) El primer problema: el límite del carácter abusivo de los intereses moratorios.**

La fijación del parámetro que marcaría la abusividad de unos intereses se solventó con una inimaginable diversidad de criterios en los tribunales. Uno de los primeros utilizados fue el de atender al art. 20 de la LCS, del que resultaba que si el legislador imponía a un gran prestador de servicios como es un asegurador

unos intereses a los que se atribuía un carácter sancionador, un consumidor nunca debería soportar unos intereses que alcanzaran esa cifra aritmética.

Otro de los criterios fue atender a la reforma de la LH por Ley 1/2013 que estableció como límite de los intereses legales tres veces el interés legal cuando se trataba de adquisición de la vivienda habitual, lo que llevó a muchos tribunales a utilizar ese parámetro como referencia de la abusividad de los intereses moratorios.

En otras ocasiones se atendía a la proporcionalidad según las circunstancias concretas, con la que se justificaba un mayor interés cuando el riesgo asumido por el prestamista era mayor: la cuantía del préstamo y el plazo de su amortización, el porcentaje del valor de la vivienda hipotecada respecto al principal del préstamo, la existencia y solvencia de fiadores, etc. Sistema que presentaba como inconvenientes, por una parte, el que se terminaba en soluciones con una importante carga subjetiva del tribunal. Y por otra el que esos factores se planteaban en el proceso sin aportación de elemento probatorio alguno.

Otra propuesta fue la de considerar que la cláusula de intereses abusivos expulsada era un contrato sin pacto de intereses, y que, por tanto, debía aplicarse el art. 1108 CC: el prestamista podía así cobrar los intereses legales.

El Tribunal Supremo consideró que era necesario establecer un criterio que diera seguridad jurídica en esta materia y pusiera fin a la disparidad de criterios utilizados por los tribunales de instancia. El criterio jurisprudencial debía combinar la adecuada protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas, la disuasión a los predisponentes para que dejaran de utilizar cláusulas que establecieran intereses de demora abusivos, el restablecimiento de un equilibrio real entre las partes, y también debía evitar que el contratante cumplidor recibiera peor trato que el incumplidor y pudiera favorecerse el incumplimiento de los prestatarios.

Así en las sentencias de 22 de abril de 2015 (nº 265/2015), de 7 de septiembre de 2015 (470/2015), y de 8 de septiembre de 2015 (469/2015), el Tribunal Supremo abordó la cuestión del control de abusividad de las cláusulas que establecían el interés de demora en los préstamos personales. En esas sentencias, el Tribunal Supremo siguió los criterios establecidos en la jurisprudencia del TJUE<sup>20</sup>. Tomó en consideración las normas nacionales aplicables en caso de mora

---

<sup>20</sup> Sentencias de 14 de junio de 2012 (C-618/10), caso Banco Español de Crédito, de 14 de marzo de 2013, (C-415/11), caso Mohamed Aziz, de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai, de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja, y autos de 11 de junio de 2015, asunto C-602/13, caso Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, de 8 de julio de 2015, asunto C-90/14, caso Cajatres, y de 17 de marzo de 2016, asunto C-613/15, caso Ibercaja.

del deudor, en el supuesto de que no se hubiera recogido en el contrato estipulación alguna, bien el interés legal fijado por el Estado a efectos del artículo 1108 del Código Civil, bien diversos tipos de interés fijados para supuestos específicos: Ley de Contratos de Crédito al Consumo, Ley Hipotecaria, Ley del Contrato de Seguro, y Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, interés de demora procesal de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

También comprobó si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual. En este punto consideró que en los contratos de préstamo celebrados por negociación, que debían servir como criterio de referencia, las máximas de experiencia mostraban que el interés de demora se establecía mediante la adición de un pequeño porcentaje sobre el interés remuneratorio pactado.

En aplicación de estos criterios, el Tribunal Supremo consideró que el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas debía consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no excediera de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio concertado en cada caso, pues:

i) la adición de un porcentaje mayor conllevaría un alejamiento injustificado de los porcentajes que la legislación nacional establece para los supuestos de ausencia de pacto;

ii) el profesional o empresario no podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa al consumidor, este aceptaría en el marco de una negociación individual una cláusula de interés de demora que supusiera un incremento del interés remuneratorio superior a lo usual en los contratos por negociación.

Las sentencias del Tribunal Supremo 705/2015, de 23 de diciembre, 79/2016, de 18 de febrero, y 364/2016, de 3 de junio, aplicaron el mismo criterio (límite de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio) para el control de abusividad de la cláusula del interés de demora en los préstamos con garantía hipotecaria concertados con consumidores. Estas sentencias siguieron la doctrina establecida por el TJUE y declararon que, al margen de la finalidad perseguida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que modificó el artículo 114 de la Ley Hipotecaria e introdujo un límite a los intereses de demora del triple del interés legal, ese límite no garantizaba el control de abusividad, pues el interés de demora convenido puede ser inferior al límite legal y, aun así, ser abusivo.

**(ii). El segundo problema: las consecuencias de la declaración de abusividad de los intereses moratorios.**

El segundo problema era, como hemos anticipado, el de determinar las consecuencias de la apreciación de ese carácter abusivo de los intereses moratorios.

También eran dispares los efectos que los distintos tribunales atribuían a la declaración de abusividad del interés de demora. Aquí, como a la hora de determinar cuando eran abusivos los intereses moratorios, la dispersión de criterios entre las Audiencias fue absoluto. También eran dispares los efectos que los distintos tribunales atribuían a la declaración de abusividad del interés de demora.

Algunas audiencias acordaban que cuando el prestatario incurría en mora (situación en la que, por lo general, el prestamista hacía uso de su facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo, aunque eso no fuera imprescindible para que se devengara el interés de demora), si la cláusula que establecía el interés de demora era abusiva, el préstamo dejaba de devengar interés alguno, tanto remuneratorio como de demora.

Otros tribunales determinaban que cuando se declaraba la abusividad del interés de demora, el préstamo devengaba el interés legal o el interés fijado con arreglo a algún otro criterio, como por ejemplo el previsto en el artículo 20.4 de la Ley de contratos de crédito al consumo o en el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria, a los que se ha hecho referencia. Finalmente, otros tribunales acordaban que solo se siguiera devengando el interés remuneratorio.

Y finalmente algunos tribunales de instancia acordaron que cuando el prestatario incurría en mora, si la cláusula que establecía el interés de demora era abusiva, el préstamo dejaba de devengar interés alguno, tanto remuneratorio como de demora.

El Tribunal Supremo declaró que el TJUE había deducido que de la redacción de los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 1993/13/CEE, los jueces nacionales estaban obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. Si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en dichos preceptos, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los operadores jurídicos. El Tribunal Supremo razonó asimismo que, declarada la abusividad de una cláusula, tampoco era posible aplicar de modo supletorio una norma de carácter dispositivo del Derecho nacional, pues el TJUE solo ha admitido esta posibilidad cuando sea necesario para que el contrato subsista, en beneficio del consumidor, para evitar que el juez se vea obligado a anular el contrato en su totalidad, y el consumidor quede expuesto a consecuencias que representarían para él una penalización.

En concreto, cuando se declara abusiva una cláusula que fija el interés de demora en un contrato de préstamo, el TS recordó que el TJUE había determi-

nado que era improcedente la integración del contrato, pues tal declaración de abusividad no puede acarrear consecuencias negativas para el consumidor, ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos por dichas cláusulas. El juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, no puede reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, pues debe excluir plenamente su aplicación.

El principio de eficacia obliga a que la técnica de la nulidad de pleno derecho de la cláusula abusiva deba tener un efecto disuasorio, lo que impide la integración del contrato, pues en tal caso el prestador de servicios no se vería desincentivado a excluir condiciones generales en la contratación de carácter abusivo si supiera que toda la sanción que le arrastraría la imposición de las mismas es que el Juez llevara a cabo una integración correctora sustituyendo la cláusula nula por otra proporcionada fijando unos intereses moratorios razonables y proporcionados. Además advirtió que el límite de triple del interés legal para los intereses moratorios en los préstamos para la adquisición de la vivienda habitual, establecido en el art. 114 LH en la redacción de la Ley 1/2013 no podía impedir la apreciación de la abusividad por parte de los tribunales nacionales ( STJUE 17 de marzo de 2016, asunto C- 613/2015 y ATJUE se 11 de junio de 2015, asunto C-602/2013).

## **2. Interés ordinario e interés remuneratorio.**

Otro de los problemas que se exteriorizó era el de encontrar la relación entre los intereses remuneratorios y los moratorios. Anulados por abusivos los moratorios, se planteaba si podían seguir percibiéndose los remuneratorios.

Al principio las audiencias manejaron la distinción entre vencimiento anticipado y resolución del contrato. Esa diferenciación tenía su razón de ser en una añeja polémica doctrinal sobre la naturaleza de ambas instituciones, pues según acreditados mercantilistas del siglo XX, la resolución ex-art.1124 CC no era aplicable al contrato de préstamo, por ser, se decía, un contrato de naturaleza real y del que solo resultan obligaciones para el prestatario. Dificultad técnica que se salvaba acudiendo a la institución del vencimiento anticipado ex-art. 1129 CC, o pérdida del beneficio del plazo. En la polémica doctrinal el vencimiento anticipado no conlleva la resolución del contrato, lo que posibilitaba el que se pudieran seguir percibiendo los intereses remuneratorios.

Esta polémica se trasladó a la confección de pólizas de crédito y escrituras de préstamo por las entidades bancarias frente al impago generalizado del deudor. Unas utilizaban, en solución acaso mayoritaria, la figura del vencimiento anticipado regulada en el art. 1129 CC, precepto que previene la pérdida del plazo por el deudor en alguno de los supuestos tipificados que ponían en duda su solvencia.

Que es la que se ha trasladado a la Ley de crédito inmobiliario.

La facultad de dar por vencido el plazo por impago del deudor podía incluirse en la figura del art. 1129 CC en atención a la facultad de autorregulación en las relaciones entre particulares que permite nuestro Código Civil. Aunque aquél precepto contemple supuestos de pérdida de solvencia del deudor: no ha incumplido, al menos en los términos del art. 1124 CC pero su pérdida de solvencia justifica el que el acreedor no tenga que esperar a recibir su contraprestación.

En otras ocasiones, las menos, las entidades bancarias en las escrituras contemplaban la resolución del contrato de préstamo prevenida en el art. 1124 CC. Por tanto, resuelto el contrato no podrían reclamarse los intereses remuneratorios. Lo que no era problemático ni perjudicial para el prestamista, ya que pasaban a cobrar los intereses moratorios. Cuando en materia de consumidores se expulsa la cláusula referida a esos intereses moratorios, es cuando se plantea con toda su crudeza el problema: ni se podrían cobrar los remuneratorios por estar resuelto el contrato, ni los moratorios por estar expulsada la cláusula que los fija.

Parte de nuestra doctrina entendía que la resolución contractual ex art. 1124 CC no era aplicable al contrato de préstamo por tratarse de un contrato real del que solo resultaban obligaciones para el prestatario. Tesis que fue rechazada por el TS en sentencia de 11 de julio de 2018.

La relevancia que tenía la utilización de una y otra figura residía en que existía un debate sobre el vencimiento anticipado en orden a si el mismo suponía o no la resolución del contrato. Pues si se entiende resuelto y no se podían cobrar los moratorios por abusivos tampoco los remuneratorios por estar resuelto el contrato. Mientras que si se entendía que el vencimiento anticipado no conllevaba la resolución del contrato no había, para la entidad que hubiera utilizado esta institución, dificultad alguna de cobrar los intereses remuneratorios.

Lo cierto es que este debate quedó vacío de contenido por cuanto el TS entendió que, en todo caso, vencimiento anticipado o resolución contractual, se devengaba a favor del acreedor el derecho a percibir intereses remuneratorios.

Así la STS de 22 de abril de 2015 razonaba sobre la distinta función entre un interés, el remuneratorio u ordinario, que tiene por finalidad retribuir la entrega del dinero prestado durante el tiempo que está a disposición del prestatario, mientras que el segundo, el moratorio, supone un incremento destinado a indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del deudor. Explicaba esa sentencia que la supresión o expulsión del interés moratorio por ser abusivo conllevaba la supresión del incremento que supone el interés de demora, lo que no excluye la posibilidad de seguir percibiendo, sea resolución o sea vencimiento anticipado, el interés remuneratorio.

Pero el propio TS albergó dudas sobre si esta solución suponía integración contractual vedada por la doctrina del TJUE y reaccionó ante el planteamiento

por distintos tribunales de instancia de diversas cuestiones prejudiciales que, en esencia, ponían en cuestión esa doctrina, por lo que mediante auto de 22 de febrero de 2017 planteó su propia cuestión prejudicial. Se razona en tal auto que “en definitiva, la supresión total de la indemnización por el incumplimiento contractual, por razón de su carácter desproporcionado y, por tanto, abusivo, no justifica que se elimine el precio del servicio, que es el interés remuneratorio”, añadiendo que “esta solución no supone,... una integración del contrato mediante la moderación del interés de demora hasta límites admisibles (lo que la doctrina ha llamado «reducción conservativa» de la cláusula), que el TJUE ha declarado incompatible con los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE . Esta integración incompatible con el Derecho de la Unión Europea se habría producido si el Tribunal Supremo, tras declarar la cláusula abusiva, hubiera acordado que se siguiera devengando un interés de demora consistente en el interés remuneratorio incrementado en dos puntos porcentuales, esto es, un interés de demora reducido a un tipo no abusivo. Pero esa no ha sido la solución adoptada, puesto que el recargo abusivo ha sido eliminado por completo”, concluyendo que “con ello se consiguen las finalidades establecidas en la jurisprudencia del TJUE. Por un lado, el criterio jurisprudencial para declarar la abusividad de la cláusula de interés de demora tiene en cuenta las circunstancias concurrentes en cada contrato, pues el límite de la abusividad del interés de demora no es un tipo máximo fijo para todos los contratos, sino que se determina con relación al interés remuneratorio de cada contrato de préstamo”.

Tesis que tendría una respuesta favorable en la STJUE de 7 de agosto de 2018 (ECLI:EU:C:2018:643 ), que consideró : “aunque el Tribunal de Justicia ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional... esta posibilidad queda limitada a aquellos supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de este modo a consecuencias de tal índole que representarían para él una penalización... “en esta perspectiva la anulación de la cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora aplicable no puede acarrear consecuencias negativas para el consumidor, ya que las cantidades que podría reclamarle el prestamista serán necesariamente menores al no aplicarse el mencionado interés de demora (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartados 33 y 34)”.

Y añadirá: “76. En particular, de la Directiva 93/13 no se desprende que dejar sin aplicar o anular la cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora a causa del carácter abusivo de la misma deba acarrear también la no aplicación o anulación de la cláusula del mismo contrato que establezca el tipo de interés remuneratorio, máxime cuando es preciso distinguir claramente entre ambas cláusulas. En efecto, a este último respecto cabe señalar que, según

resulta del auto de remisión en el asunto C-94/17, la finalidad de los intereses de demora es sancionar el incumplimiento por el deudor de su obligación de devolver el préstamo mediante los pagos periódicos convenidos contractualmente, disuadir al deudor de incurrir en mora en el cumplimiento de sus obligaciones y, en su caso, indemnizar al prestamista de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del retraso en el pago. En cambio, la función del interés remuneratorio consiste en retribuir al prestamista por poner a disposición del prestatario una cantidad de dinero hasta la devolución de la misma.

Lo que lleva al TJUE a concluir que “ 79 habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a... la segunda cuestión prejudicial del asunto C-94/17 que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo..., según la cual la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que establece el tipo de interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato.”

### **III. LA FIANZA COMO ACTO DE CONSUMO. LA TÉCNICA DE LA INOPONIBILIDAD.**

#### **1. La fianza como acto de consumo. El vínculo funcional.**

La fianza como acto de consumo se ha abordado en varias resoluciones del TJUE. Así el auto del TJUE de 19 de noviembre de 2015 (C-74/15), examina si es posible que el fiador se pueda considerar consumidor. Interrogante que se responde por el TJUE en el sentido de considerar que corresponde al juez nacional que conozca de un litigio relativo a un contrato que pueda entrar dentro del ámbito de aplicación de la citada Directiva verificar, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso y el conjunto de las pruebas, si el contratante de que se trata puede calificarse de “consumidor” en el sentido de dicha Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Costea, C-110/14, EU:C:2015:538, apartados 22 y 23). De este modo, en el caso de una persona física que se constituyó en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, corresponde al juez nacional determinar si dicha persona actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o bien si actuó con fines de carácter privado.

Más relevante es el ATJUE de 14 de septiembre de 2016 (C-534/15), que contempla un supuesto de garantía real, considerando un caso en el que los hipotecantes no actuaron en el momento de constituir la hipoteca en razón a vínculos funcionales con la garantizada, sentando la doctrina de que los artículos 1, apartado 1, y 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de

1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva se aplica a un contrato de garantía inmobiliaria celebrado entre personas físicas y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en virtud de un contrato de crédito, cuando esas personas físicas actúen con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezcan de vínculos funcionales con la citada sociedad, lo que corresponde determinar al tribunal remitente.

Y singularmente significativo en este sentido es la STJUE de 3 de septiembre de 2015 (C-110/14), relativa a la actuación de un abogado, que esa mera condición excluiría su condición de consumidor, razonando que, en efecto, la situación de inferioridad del consumidor respecto del profesional, a la que pretende poner remedio el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13, afecta tanto al nivel de información del consumidor como a su poder de negociación ante condiciones contractuales redactadas de antemano por el profesional y en cuyo contenido no puede influir dicho consumidor.

La citada sentencia sentará doctrina considerando que el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse “consumidor” con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado.

## **2. Las consecuencias de la doctrina del TJUE: la existencia de un “vínculo funcional” del fiador.**

La jurisprudencia contenida en esa sentencia citada del TJUE de 3 de septiembre de 2015 (asunto C-110/14, Costea), así como en el ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (asunto C-74/15 Dumitru Tarcău), plantea si los artículos 1, apartado 1 y 2 letra b) de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que esa Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil asumió contractualmente frente a esa entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando dicha persona física no tiene ninguna relación profesional con la citada sociedad. Concluye el Tribunal de Justicia en sentido afirmativo siempre que dicha persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad. De hecho en la construcción del TJUE la regla es que el fiador es consumidor y solo si el mismo está unido con el prestatario con un vínculo funcional o relevante dejaría de tratarse la fianza como un acto de consumo. Vínculo relevante o funcional que se representaría por el interés del fiador en la finalidad

y aprovechamiento mercantil del préstamo. Ejemplos típicos de ese vínculo serán el ser administrador o socio de una sociedad que avalara el préstamo.

La STS 28 de mayo de 2018 ( ROJ: STS 1901/2018) sobre la caracterización de ese vínculo funcional advertirá que “el ATJUE de 19 de noviembre de 2015... ofrece una primera aproximación, al decir en su apartado 29 (reproducido posteriormente en el ATJUE de 14 de septiembre de 2006, § 34):

“« De este modo, en el caso de una persona física que se constituyó en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, corresponde al juez nacional determinar si dicha persona actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o bien si actuó con fines de carácter privado».

Y respecto al término «gerencia» que utiliza el TJUE debemos entender cualquier modalidad de administración de la sociedad, por lo que, en cualquier modalidad de sistema de administración, quien participa directamente en la toma de decisiones de la empresa tiene vínculo funcional con ella. Es decir, a estos efectos, todos los administradores, sean del tipo que sean, han de considerarse empresarios y no consumidores. Así se deduce del propio ATJUE de 14 de septiembre de 2006, caso Dumitras que, además, hace extensiva la vinculación funcional del administrador social al socio único.

### **3. El “interés privado” en la jurisprudencia del TS. El caso del fiador cónyuge del administrador o socio de la deudora principal.**

La dificultad se ha encontrado en identificar cuando concurre un “interés privado”. en la posición del cónyuge que avala el préstamo otorgado al marido o a la sociedad en la que el marido es socio o administrador.

La jurisprudencia del TS ha analizado distintos supuestos en los que puede encontrarse el cónyuge del deudor o administrador, en orden a dilucidar si concurre o no un vínculo funcional.

(i) Así en la sentencia 594/2017, de 7 de noviembre, se aborda un caso en que la esposa era co-prestataria y garante de las deudas mercantiles de su marido, contraídas en el ejercicio de la actividad empresarial que servía de sustento a la familia, cuyo régimen matrimonial era el de gananciales.

En ese caso, la esposa no era solo garante de su esposo, sino que también era prestataria, y la finalidad de la operación crediticia era refinanciar los negocios que, aunque materialmente ejercía el marido, servían de fuente de ingresos de la familia. Desde ese punto de vista, la esposa no era ajena a las deudas que se refinanciaron con el préstamo hipotecario, porque debía responder de ellas conforme a lo previsto en los arts. 6 y 7 CCom .

El art. 6 CCom establece que “en caso del ejercicio del comercio por persona casada, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas [...]. Para que los demás bienes comunes queden obligados, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges”.

Pero el art. 7 del propio Código establece que “Se presumirá otorgado el consentimiento a que se refiere el artículo anterior cuando el comerciante ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición del cónyuge que deba prestarlo”.

Esta regla debe ser integrada con el art. 1365.2 CC , en relación con la responsabilidad de los bienes gananciales, conforme al cual: “[r]esponderán directamente de las deudas contraídas: 2º en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio [...] Si uno de los cónyuges fuera comerciante, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio”.

Por lo que, con cita de las sentencias 755/2007, de 3 de julio; 868/2001, de 28 de septiembre; 620/2005, de 15 de julio; y 572/2008, de 12 de junio; relativas a la responsabilidad del cónyuge no comerciante, se concluye que la esposa tenía vinculación funcional con el negocio litigioso y carecía de la condición legal de consumidora.

(ii) En la sentencia TS 314/2018, de 28 de mayo (ROJ STS 1901/2018), la esposa era solamente garante (fiadora) de un préstamo concedido a una sociedad mercantil en la que su esposo era administrador<sup>21</sup>, pero en la que ella no desempeñaba ningún cargo orgánico ni tenía una participación significativa.

En este segundo caso, la deuda no se contrajo por el esposo en el ejercicio de su actividad empresarial, sino que la deudora era una sociedad mercantil de la que el esposo era administrador social. Pero la esposa, ni tenía cargo alguno en la sociedad, ni tampoco constaba que ostentara en la misma una participación significativa, por lo que, conforme a la jurisprudencia del TJUE antes citada, no tenía vinculación funcional con la sociedad deudora y beneficiaria del préstamo. En palabras del ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (asunto C- 74/15, Tarcău): “[l]os artículos 1, apartado 1 , y 2, letra b), de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de cré-

---

<sup>21</sup> Esta sentencia tiene una curiosa particularidad, pues en ella no se refleja vinculación personal alguna de la fiadora a la que se le otorga el estatuto de consumidora. Pero dos años después, en las sentencias del TS 203/2020 (ROJ: STS 1441/2020) y 204/2020 a las que después nos referiremos, se hace una breve recopilación de sentencias referidas a cónyuges fiadores de préstamos en los que el otro cónyuge tiene alguna posición de control, y entre ellas se citará la STS 314/2018 para precisar que en ella se recogía un supuesto de esposa fiadora de una sociedad de la que su marido era administrador. Dato que en esa sentencia 314/2018 no consta, de suerte que esta última queda completada por la STS 1441/2020.

dito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad”.

(iii) La STS 203/2020, de 28 de mayo de 2020 (ROJ: STS 1441/2020) resuelve un supuesto de matrimonio en régimen de gananciales, pero que tiene la particularidad de que la sociedad prestataria es unipersonal y el socio único y su esposa estaban casados en régimen legal de gananciales.

Es cotitular del capital social de la compañía mercantil deudora. De tal manera que, aunque no hubiera firmado el préstamo como fiadora solidaria, al haberlo hecho su esposo, responde ganancialmente por la fianza de éste, como recoge la sentencia 594/2017, de 7 de noviembre, que asumía la jurisprudencia establecida previamente en los siguientes términos: “Además, la jurisprudencia ha establecido la vinculación de los bienes comunes a la deuda contraída por uno de los cónyuges mediante aval o fianza (como fue el caso), cuando tal negocio jurídico obedece al tráfico ordinario del comercio o actividad empresarial del que se nutre la economía familiar y a cuyo ejercicio se ha prestado el consentimiento expreso o tácito por el otro cónyuge que ni avala ni afianza (sentencias 868/2001, de 28 de septiembre ; 620/2005, de 15 de julio ; y 572/2008, de 12 de junio ; entre otras muchas)”.

El último inciso del art. 1365 CC se remite en bloque a la reglamentación mercantil para determinar la responsabilidad derivada de las deudas contraídas por uno de los cónyuges -cualquiera de ellos- en el ejercicio del comercio. Es decir, se remite a los arts. 6 a 12 CCom. Si bien debe entenderse que esta remisión lo es únicamente a la esfera externa (la responsabilidad frente a terceros), debiendo acudir al Código Civil para todas las cuestiones relacionadas con la responsabilidad interna y a la responsabilidad subsidiaria con los bienes gananciales.

Conforme a lo ya expuesto sobre los arts. 6 y 7 CCom, cuando no haya oposición al ejercicio del comercio por el otro cónyuge, el acreedor podrá agredir directamente la totalidad del patrimonio ganancial, una vez haya probado que la deuda tuvo su origen en el ejercicio del comercio por parte del deudor ( sentencias 539/1994, de 6 de junio; 134/2006, de 16 de febrero; y 1035/2007, de 5 de octubre, y las que en ella se citan)”.

Lo que le lleva a concluir que no puede predicarse respecto de la recurrente la ajenedad a la finalidad empresarial del préstamo que excluiría la vinculación funcional y permitiría reconocerle la cualidad legal de consumidora, conforme al art. 3 TRLGCU.

(iv) A su vez la STS 204/2020, de 28 de mayo de 2020 (ROJ: STS 1438/2020) sobre la caracterización de ese vínculo funcional y respecto de un supuesto en el que, al igual que en la STS 304/2018, la fiadora no ostentaba cargo orgánico

alguno, tal fiadora ostentaba junto con su marido una participación significativa en el capital de la sociedad, advertirá que “el tan citado ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (reiterado posteriormente por el ATJUE de 14 de septiembre de 2006) estableció como supuestos de vinculación funcional con una sociedad “la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social”, y que en el caso la esposa fiadora “es titular, junto con su esposo, del 90% del capital social de la compañía mercantil prestataria, y según los hechos probados en la instancia, el préstamo se formalizó, en el marco de una línea de financiación amparada por el Instituto de Crédito Oficial, para dotar de capital circulante a la empresa.

Como consecuencia de ello, no puede predicarse respecto de la recurrente la ajenidad a la finalidad empresarial del préstamo que excluiría la vinculación funcional y permitiría reconocerle la cualidad legal de consumidora, conforme al art. 3 TRLGCU”.

(v) El cónyuge fiador en régimen de separación de bienes.

Es particularmente relevante en este sentido la STS de 12 de noviembre de 2020 (ROJ STS 3631/2020), y para un supuesto de separación de bienes conforme el derecho Civil Catalán advertirá. El Tribunal Supremo sentará así que:

(1) en primer lugar que la competencia sobre los efectos del ejercicio del comercio por cónyuge casado está reservado al Estado; “en primer lugar, se aplican los arts. 6 a 12 CCom, con preferencia a las normas del Código Civil de Cataluña, que serán supletorias del Código de Comercio. No obstante, esta supletoriedad es de gran relevancia para la aplicación de tales arts. 6 y 9 CCom, en caso de régimen de separación de bienes, en cuanto que influyen en la determinación de qué bienes son propios del empresario comerciante y quedan sujetos a las resultas del comercio, y cuáles son bienes propios de su cónyuge, por lo que, para quedar vinculados, se requerirá el consentimiento expreso de este”.

(2) En lo que respecta a los bienes comunes, no son aplicables las presunciones de los arts. 7 y 8 CCom, en cuanto que están previstas para regímenes de comunidad, donde existe una comunidad de tipo germánico de los bienes gananciales. Cuando el régimen es el de separación de bienes, los bienes en común lo son en comunidad tipo romana, por lo que, para vincularlos íntegramente a las resultas del comercio (en cuanto a la mitad indivisa del cónyuge no comerciante) es necesario el consentimiento de ambos cónyuges. Es decir, no bastaría el simple conocimiento... sino que se requeriría consentimiento expreso inscrito en el Registro Mercantil, a tenor del art. 11 CCom.

(3) a falta de prueba sobre el consentimiento expreso de los cónyuges en separación de bienes para el ejercicio del comercio por sus respectivos cónyuges, no cabe negarles la condición legal de consumidores.

#### **4. La esfera de oposición del fiador. La técnica de la inoponibilidad.**

Esta cuestión se abordó en la STS (1<sup>a</sup>) de 27 de enero de 2020 (ROJ: STS 164/2020), sentencia que afrontará la naturaleza de la fianza solidaria, en la que se considera que la función de garantía del cumplimiento de una obligación ajena se cumple mediante la constitución de un nuevo vínculo obligatorio, distinto aunque accesorio de la obligación principal, que está dotado de contenido propio, y que cuenta con su propia y específica causa de garantía, sometiendo al patrimonio del fiador a la eventual acción ejecutiva del acreedor en caso de que el deudor principal, garantizado, no cumpla su obligación. En este sentido, se ha afirmado que el fiador no es deudor de la obligación garantizada, sino de la suya propia (aunque subordinada al interés del acreedor en obtener la satisfacción de la prestación debida por el obligado principal), lo que excluye la posibilidad de entender que exista una única relación obligatoria con dos deudores (el obligado principal y el fiador).

Añade el TS que “de esta configuración surgen las dos notas que caracterizan principalmente la fianza: la accesoriedad y la subsidiariedad. La primera responde a la existencia de una dependencia funcional de la obligación accesorio respecto de la principal (por razón de la finalidad de garantía de aquella), que si bien no provoca que dichos vínculos obligacionales nazcan y subsistan sin llegar a confundirse, identificarse o reducirse en un único vínculo, sí determina su participación o integración en una relación contractual o negocial compleja por la interdependencia causal existente entre la obligación principal y la garantía fideiusoria, dada la accesoriedad de ésta respecto de aquella”.

Y sobre estos presupuestos conceptuales, el TS afrontará el dilema básico que resultaba de la doctrina del TJUE en orden a considerar si es factible que el fiador oponga la falta de transparencia y/o el carácter abusivo de las cláusulas de su propio vínculo contractual de fianza o, por contra, si era tributario además de la facultad de plantear tales cuestiones sobre las cláusulas del negocio garantizado.

A ello responderá el TS en la mencionada sentencia de 27 de enero de 2020 que “...primero, tanto el ATJUE de 19 de noviembre de 2015, como la STJCE de 17 de marzo de 1998 citados, parten de la consideración de que el contrato de garantía o de fianza, aun siendo un contrato accesorio por razón de su objeto respecto del contrato de crédito principal garantizado, es un contrato diferente de éste, que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal a) los contratos de fianza también entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE; b) el fiador puede disfrutar de la protección propia de la citada Directiva incluso en el caso de que el contrato del que nace la obligación garantizada sea una operación mercantil, siempre que el fiador tenga la condición de consumidor, en los términos antes vistos (incluida la ausencia de vínculos funcionales con la sociedad avalada); y c) dicha protección se aplica tanto a la fianza simple como a la fianza solidaria pues, sin perjuicio de sus efectos, la soli-

daridad no funde ambos vínculos (el de la obligación principal y el de la fianza), ni convierte en consumidor al fiador que actúa fuera del ámbito de su actividad profesional o empresarial y que carece de los citados vínculos funcionales”.

Lo que le lleva a concluir que “podrán declararse ineficaces frente al fiador consumidor determinadas cláusulas del contrato de préstamo (hipotecario o personal) que puedan afectar a la liquidación de la deuda reclamable frente a aquél, y que aun siendo válidas respecto del deudor principal que no sea consumidor, deban ser calificadas como abusivas o no transparentes respecto del fiador consumidor (como fue el caso de la cláusula suelo a que se refería la Sentencia número 314/2018, de 28 de mayo). En definitiva... “en los contratos de fianza o de garantía hipotecaria de un préstamo o crédito, las cláusulas que definen o delimitan el riesgo garantizado (las del préstamo) y el propio compromiso del fiador, deben ser objeto de los controles propios de la legislación sobre consumidores”.

Por tanto, el fiador de un préstamo mercantil de no concurrir un vínculo funcional, puede oponer el carácter abusivo de las cláusulas que fijan los intereses de demora y del vencimiento anticipado. Y las consecuencias es que tales cláusulas serán inoponibles al deudor.

## **IV. LA LIQUIDEZ**

### **1. La liquidez en los procesos de ejecución.**

Los procesos de ejecución de títulos ejecutivos contractuales solo pueden referirse a contenidos prestacionales dinerarios. La Ley, para permitir esa ejecutividad, exige que se trate, no podría ser de otra manera, de deudas vencidas, exigibles y líquidas.

El vencimiento y exigibilidad han de resultar de los mismos términos del contrato, siquiera su cumplimiento derivará de una comparación de la situación contemplada en el título con la factual que conlleve esa exigibilidad y vencimiento. De ordinario no presentan una especial dificultad.

Pero el legislador va a permitir, por razones de política legislativa con las que se quiere facilitar en el tráfico jurídico la realización de determinadas operaciones crediticias en las que uno de los requisitos de la deuda, la liquidez, se defina ex-post la expedición del título. Se trata de operaciones mercantiles en las que la liquidez solo se puede determinar cuando se da por finalizado el contrato. Históricamente los préstamos y, en mayor medida, los contratos mercantiles de crédito, en los que el saldo deudor no es sino fruto de una multiplicidad de operaciones, devoluciones, cargo de comisiones e intereses.

Mantener la ejecutividad de estas operaciones ha sido posible estableciendo un complejo mecanismo de fijación del saldo que se ha querido conciliar con los

derechos del deudor. En nuestra cultura jurídica esa concreción del saldo se rodea de un conjunto de garantías, que pasan inicialmente por la existencia de un pacto de liquidez (art. 572.2 LEC), conforme al cual se habilita contractualmente al acreedor para que sea él quien realice la liquidación.

Habilitación al acreedor que se compensa con la necesidad de que se acompañen con el título ejecutivo “1º el documento o documentos en que se exprese el saldo resultante de la liquidación efectuada por el acreedor, así como el extracto de las partidas de cargo y abono y las correspondientes a la aplicación de intereses que determinan el saldo concreto por el que se pide el despacho de ejecución. 2º El documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo al deudor y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible”. (art.573.1 LEC).

Adicionalmente y para el supuesto de intereses variables el ejecutante debe expresar en la demanda ejecutiva las operaciones de cálculo que arrojen como saldo la cantidad determinada entre otros casos, como es el de autos, en el que la deuda proviene de un crédito con interés variable.

Que la operación de liquidez no es sencilla es cuestión que el legislador mismo contempla dando la posibilidad al acreedor, “si... tuviere duda”, poder pedir el despacho de ejecución por la cantidad indubitada y reservarse acciones por la dubitada (art. 573.3 LEC). Y adicionalmente cuando se trate de operaciones que conlleven intereses variables el ejecutante debe expresar en la demanda ejecutiva las operaciones de cálculo que arrojen como saldo la cantidad determinada (art. 574.1 LEC). El proceso de ejecución ordinario e hipotecario ofreció un singular problema respecto de uno de los requisitos estructurales básicos (por no decir que de todos ellos), el de la liquidez.

Los procesos de ejecución de títulos ejecutivos contractuales y el hipotecario lo es, exigen que el título incorpore un crédito vencido, exigible y líquido. La liquidez se exige expresamente en el art. 571 LEC, representando la necesidad de que la ejecución tenga un referente dinerario concreto.

## **2. La liquidez y su relación con la declaración del carácter abusivo de cláusulas financieras.**

Como quiera que en la LEC se admitían títulos ejecutivos de los que no resulta esa liquidez en el mismo título, el mismo debía integrarse por un conjunto de elementos documentales de los que resulte tal liquidez al tiempo del vencimiento y al tiempo de presentar la demanda ejecutiva. Pero en la Ley 1/2013, sobre todo con la finalidad de “salvar” el proceso de ejecución hipotecaria, se hizo, con relación a las cláusulas abusivas que se introducían como causa de

oposición<sup>22</sup>, una distinción estructuralmente incoherente, pues se diferenciaron entre cláusulas abusivas que por su importancia eran fundamento de la reclamación, de aquellas otras que solo incidían en la cuantía de la reclamación, con olvido de que la liquidez es, como se ha anticipado, uno de los elementos estructurales del proceso de ejecución (art. 571 LEC).

Al no hacerlo así el legislador, empujaba a un absurdo procesal: se consentían procesos de ejecución sin el referente de la cuantía que se tendría que abonar.

En efecto, si bien en ocasiones la incidencia de la expulsión de una cláusula que determinaba una cuantía dineraria no era compleja (expulsión, por ejemplo, de una comisión por reclamación deudora) podía no ser relevante ni imprecisa, permitiendo de una manera inmediata el restablecimiento de la liquidez, en otras, en muchas otras, por su naturaleza financiera, conducían a una revisión de la liquidación, con resultados, a priori, impredecibles. Era grave al conducir a una iliquidez relevante y no salvable con facilidad. Además ponía en entredicho todas las posiciones del “haber” y del “debe” de la liquidación, exigiendo un “recálculo” en la terminología de la Ley 1/2013, de protección del deudor hipotecario.

Para estos supuestos la mera exclusión de la cláusula abusiva, la cláusula suelo, conducía a una situación paradójica, la de una resolución que estimando el carácter abusivo de una cláusula ordenaba su expulsión, pero que conducía a una iliquidez estructural: se ordena seguir adelante la ejecución despachada pero no se sabe por qué cuantía.

Semejante imprecisión afectaba a un elemento estructural del proceso de ejecución, el de su liquidez. Pese a la gravedad de esta patología la reforma operada por la Ley 1/2013 funcionó y resultó “operativa” en la práctica judicial. Y lo fue porque los jueces de primera instancia, de manera aplicada, asumieron la reforma. Ello llevaba, por ejemplo, a que se ordenara la expulsión de una cláusula suelo, que es lo que ordenaba la ley, a la par que se ordenaba la continuación del proceso de ejecución.

Pero claro, de manera inmediata surgía el problema: se ordenaba seguir el proceso de ejecución desconociéndose cual era la cuantía adeudada. Algo incomprensible e inaudito en un proceso de ejecución. La cuestión se resolvió en las instancias iniciándose un nuevo incidente encaminado ahora sí, a lograr la cuan-

---

<sup>22</sup> Para la ejecución ordinaria el art. 561 LEC previno que “... Cuando se apreciase el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas.”, mientras que para la ejecución hipotecaria singularmente la apreciación de una cláusula abusiva el art. 695 LEC previene que “se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva.”

tificación dineraria realmente debida, lo que se solventó, aunque existieron soluciones procesales variopintas, aplicando el incidente de liquidación de daños y perjuicios.

Ahora sí se sabía la cantidad adeudada. Pero a veces con no pocas sorpresas. En ocasiones, sobre todo cuando la cláusula expulsada era la cláusula suelo y el acreedor había dado por vencida la obligación con el mínimo legal, tres meses adeudados, resultaba que el deudor, el prestatario, no era realmente deudor al tiempo del vencimiento sino que, en la nueva liquidación, tal prestatario se encontraba en posición acreedora en ese momento de la liquidación.

## V. EL VENCIMIENTO ANTICIPADO

### 1. El vencimiento anticipado.

La existencia de una previsión legal sobre la posibilidad de dar por vencido el préstamo, en sede de ejecución hipotecaria (art. 693.2 LEC), llevó a los tribunales a una aplicación mecánica de la norma, no haciéndose cuestión de la abusividad de la misma al tener un apoyo legal. Desatender esa previsión legal sin una vía para anular la ley que no el convenio no resultaba fácilmente viable para los tribunales.

El legislador trató de anticiparse a una revisión por el TJUE de la adecuación de la norma modificando la Ley en términos de configurarla de manera más proporcionada a lo que podía suponer una pérdida del beneficio del plazo por el deudor. Lo que llevó a cabo en la Ley 1/2013, exigiendo un mínimo para el vencimiento anticipado, el del impago de tres mensualidades, de ordinario tres cuotas de amortización.

Esas previsiones legales, unidas a la circunstancia de que, de ordinario, las entidades bancarias operan ese vencimiento transcurrido muchos más meses, parecía llevar a los tribunales a la consideración de que aunque la cláusula pueda parecer abusiva, su uso en el caso concreto no lo era.

El verdadero problema procesal que conllevaba la cláusula de vencimiento anticipado abusivo era, en términos que entiendo no se han terminado de enfocar correctamente, que la expulsión de esa cláusula suponía la pérdida de ejecutividad del título. Si como hemos detallado anteriormente el proceso de ejecución es un proceso esencialmente documental, el juez que despache ejecución no se encontrará con un crédito vencido: no encontrará una previsión contractual sobre el vencimiento anticipado. El carácter vencido del préstamo ya no resultará del documento que conforma el título ejecutivo, de la escritura, sino de un hecho extracartular, una sucesión de impagos, cuyo alcance resolutorio se tendrá que lograr en un proceso declarativo.

## **2. La validez de la cláusula de vencimiento anticipado.**

El TS nunca afirmó (o lo hizo solo de una vez: STS de 27 de marzo de 1999) que la cláusula suelo fuera “per se” nula. Antes al contrario a jurisprudencia de la Sala primera del Tribunal Supremo había venido afirmando de forma reiterada, la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios, siempre que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podrá dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pueda quedar al arbitrio unilateral del prestamista en contravención de lo dispuesto en el artículo 1.256 del CC.

Así sentencia 792/2009, de 16 de diciembre, con base en el artículo 1.255 CC, reconoció la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos «cuando concurra justa causa -verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial-, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo».

Sobre estas bases hay una STS de tiene especial relevancia y en la que se afrontaría y se quería dar respuesta a la problemática que se ha querido exponer. Es la STS de 23 de diciembre de 2015, en la que se hacen una serie de consideraciones generales sobre la admisibilidad y validez de las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, y aún reconociendo que en alguna ocasión se había negado la validez de las mismas (STS de 27 de marzo de 1999), defenderá por el contrario su admisibilidad y la existencia de jurisprudencia que las admitía (STS 506/2008, de 24 de junio y STS de 9 de marzo de 2001).

Esta última jurisprudencia considera que la cláusula de vencimiento anticipado encontraba acomodo en el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), cuando concurría justa causa para ello, es decir cuando existía una verdadera y manifiesta dejación por el deudor de sus obligaciones de carácter esencial.

En esta línea el TJUE en sentencia de 14 de marzo de 2013 (C-414/11) consideró que una cláusula de vencimiento anticipado no es “per se” abusiva, pero puede serlo según las circunstancias del caso.

## **3. La posición del TS sobre las consecuencias de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado en la ejecución hipotecaria.**

### **(i) La posición inicial del Tribunal Supremo.**

El Tribunal Supremo declaró en las sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016 que la cláusula de vencimiento anticipado por el mero impago de una cuota o incumplimiento de cualquier obligación del deudor, inserta en un contrato de préstamo hipotecario “no supera tales estándares [los fijados por la jurisprudencia comunitaria], pues aunque pueda ampararse en las

mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno [se refiere a los artículos 1129 CC y 693.2 de la LEC], ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación” (aunque en este punto admite el Tribunal que con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual -art. 693.3, párrafo 2, LEC, en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio-). Concluyen las citadas sentencias que resulta “evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves”.

El Tribunal hará una aclaración importante a efectos de precisar la compatibilidad de la revisión judicial sobre la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado y la regulación que respecto de tales cláusulas establece en la LEC tras su reforma mediante Ley 1/2013, en el mencionado artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Y así afirma en su sentencia de 23 de diciembre de 2015 que: “dado que la cláusula impugnada se refiere a la ejecución de bienes hipotecados, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 693.2 LEC, cuando dice que «Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución en el asiento respectivo»; conforme a la interpretación que de dicho precepto ha hecho el TJUE en el auto de 11 de junio de 2015, al decir «la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» -en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13- de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión».

Por tanto, conforme a esta jurisprudencia, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores, “los tribunales deberán verificar un doble control: por un lado, el cumplimiento de las condiciones mínimas establecidas en el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y por otro, deberán valorar además si en el caso concreto el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado. Justificación que debe ponderarse “en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar

esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso C-415/11).”

**(ii) Consecuencias procesales de la declaración de nulidad por abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado. La doctrina del lápiz azul: la nulidad parcial de la cláusula nula.**

Pero la sorpresa la deparará el TS cuando explique las consecuencias de su doctrina respecto a la ejecución hipotecaria. Advertirá así que “tutela de los consumidores “aconseja evitar interpretaciones maximalistas, que bajo una apariencia de máxima protección, tengan como consecuencia paradójica la restricción del acceso al crédito hipotecario y, derivadamente, a la adquisición de vivienda en propiedad”. Criterio finalista de interpretación que ciertamente no debe perderse de vista, y a partir del cual la Sala invocando la admisibilidad, la licitud de la cláusula de vencimiento anticipado (en abstracto), y el principio de equilibrio en las prestaciones que ha de presidir su interpretación, llega a la conclusión de que resulta inadecuado obligar a las entidades prestamistas “ante comportamientos de flagrante morosidad, a acudir en exclusiva a la vía declarativa para obtener la resolución contractual (art. 1124 Cc), con cierre de la vía ejecutiva especial legalmente prevista y correlativa obstaculización de la efectividad de la garantía real”.

Aquí está el núcleo de lo novedoso de la jurisprudencia, que se centró en el aspecto procesal, a saber que en el proceso de ejecución objeto de enjuiciamiento no va a ser solo, como resultaría de la propia naturaleza del proceso de ejecución, la validez de la cláusula derivada de su potencial abusividad, sino que también va a serlo el incumplimiento del deudor. Se rompe así el carácter documental del proceso de ejecución, dado que el vencimiento no derivará de una previsión cartular concreta, la relativa al vencimiento del préstamo, fundada en una cláusula que ha sido expulsada por abusiva, sino de la aplicación del régimen jurídico general de las obligaciones y contratos, en rigor del art. 1124 CC y, en su caso del art. 1129 CC.

En mi opinión, al TS le hubiera bastado con admitir la admisibilidad del enjuiciamiento del carácter abusivo del incumplimiento del deudor y del alcance resolutorio del mismo. A la jurisprudencia le compete una función complementaria del ordenamiento jurídico, y nadie podría hacerle reproche por adentrarse en aspectos sustantivos que a priori quedarían fuera del proceso de ejecución. Ello no supondría integración alguna, como así se ha resuelto por el propio TS cuando ha conocido de la pretensión resolutoria ex art. 1124 CC en posteriores procesos declarativos. El TJUE no podría realizar un reproche a esta doctrina dado que lo único buscado con ello es valorar si el deudor había incurrido en un incumplimiento grave y resolutorio.

Pero el TS no se conformó con ello y se adentró en un conjunto de explicaciones que entiendo innecesarias y que además se sumergían, ahora sí, en una

justificación de su postura que la hacía acercarse peligrosamente al terreno de la integración de la cláusula abusiva.

La STS de 23 de diciembre de 2015 logró construir un planteamiento jurídico, sorpresivo la verdad, que defendió la conveniencia para el consumidor de la ejecución hipotecaria frente al proceso declarativo – esas ventajas las centra en la posibilidad que tiene el deudor de liberar el bien hasta la fecha de la subasta, es decir, un remedio enervatorio que comprende el vencimiento anticipado, así como la posibilidad del aprovechamiento potencial de las plusvalías del art. 579 LEC o las previsiones para el valor de la tasación contenidos en el art 682-2 LEC-, lo que permitió llegar a una conclusión con la que se rompía la noción de cartularidad de la acción ejecutiva y se abría la posibilidad de enjuiciar, en el proceso de ejecución, no sólo la cláusula de vencimiento y su carácter abusivo, sino también el incumplimiento del deudor.

Advierte así el TS que ante el pacto de vencimiento anticipado y abusivo y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC, los tribunales deben valorarlas. Entiende además el TS que la apreciación de la abusividad conllevaría la nulidad del contrato, lo que sería perjudicial para el consumidor que se vería así en la necesidad de devolver en su integridad y en unidad de acto el resto del principal prestado y no amortizado.

Esta doctrina se reiteró y amplió en la STS de 18 de febrero de 2016, en la que en síntesis y en lo que ahora interesa se concluía que era factible una nulidad parcial de una cláusula abusiva, de suerte que se mantendría la parte válida de esa cláusula (que es la posibilidad de alcanzar un vencimiento anticipado) y expulsar la parte tóxica de la misma que no se integra por el Tribunal, sino que se conforma mediante la doctrina *blue pencil rule*, pues ella sería impuesta para mantener una ejecución hipotecaria que se entiende más favorable para el consumidor.

Esta doctrina del lápiz azul, a criterio del TS, permitía a los tribunales mantener la validez de la parte razonable de la cláusula de vencimiento anticipado.: “la llamada *blue pencil rule*”, razona el TS, no tiene por qué oponerse al Derecho de la Unión, ya que no constituye un caso de integración del pacto nulo por ser abusivo, ni de reducción conservadora de su validez. La delimitación y expulsión del elemento abusivo, con mantenimiento del contenido válido de la cláusula, no supone una integración o sustitución judicial del contenido contractual, sino simplemente la concreción de qué elementos de un pacto son abusivos, y por tanto no pueden vincular al adherente consumidor, y qué otros pueden mantenerse por no ser abusivos y, en consecuencia, ser válidos, vinculantes y útiles para las partes, en el sentido del art. 6.1 de la Directiva (mayor beneficio para el consumidor particular y para los consumidores en general)”. Aclara el Tribunal Supremo que a su criterio “no se trata, por tanto, de un supuesto de integración de la cláusula,

sino de ineficacia parcial, útil en caso de cláusulas nulas por abusivas, en las que, eliminando la parte que se considera abusiva, el contrato subsiste con el resto de la cláusula”. Es decir, tras la segregación o escisión de la parte “tóxica” de la cláusula, el juicio de abusividad o transparencia material se aplicaría, conforme a este criterio, a la cláusula de la manera en que resulte redactada una vez “tachadas” o suprimidas las partes ineficaces.

En realidad lo que el fondo el TS estaba haciendo era romper la naturaleza del proceso de ejecución, fisurar esa carturalidad y permitir que se declare un vencimiento anticipado extracartular, por medio de un pronunciamiento de un alcance declarativo: el tribunal valora si en el caso concreto la sucesión de impagos configura un incumplimiento resolutorio.

#### **4. La cuestión prejudicial de 8 de febrero de 2017. El colapso de la ejecución hipotecaria.**

El TS planteó por auto de 8 de febrero de 2017 al TJUE la adecuación al Derecho de la Unión, y en concreto al artº 6 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril de 1993, de su doctrina sobre el vencimiento anticipado, lo que se respondió por el TJUE en la sentencia de 26 de marzo de 2019 negando la posibilidad de conservar parcialmente una cláusula abusiva y mantener tras la aplicación de la doctrina del lápiz azul la cláusula del vencimiento anticipado apoyada ahora en el art. 756 LEC.

El planteamiento de esa cuestión prejudicial coincidió en el tiempo con la sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017 (Banco Primus), sentencia especial en muchos aspectos y que en el concreto caso de la cláusula de vencimiento anticipado no dejó lugar a duda alguna, al proscribir cualquier intento de integración y a la necesaria expulsión de la misma del contrato. Acaecida esa expulsión la escritura perdía su carácter ejecutivo.

Si a ello se suma la cuestión prejudicial de 8 de febrero de 2017 del TS, fácil era entender que los tribunales de instancia interpretaran que el TS tenía dudas de la adecuación al Derecho de la Unión de su doctrina sobre las consecuencias del carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado.

Los tribunales de instancia reaccionaron ante la conjunción de esas resoluciones del TJUE y del TS paralizando la ejecución hipotecaria: bien sobreseyendo la ejecución, que es la consecuencia que se podía deducir de la STJUE de 26 de enero de 2017, bien suspendiendo las ejecuciones a la espera del pronunciamiento del TJUE sobre la cuestión prejudicial. En realidad el TS no es que dudara de su doctrina, sino que quiso que se escuchara su opinión ante cuestiones prejudiciales afectantes a su interpretación respecto a la ejecución hipotecaria, que entendía, no sin razón, erróneamente planteadas en cuanto a la explicación. Hasta casi dos años después no se despejó la incógnita.

### **5. La jurisprudencia del TJUE sobre la subsistencia del contrato aquejado de una cláusula abusiva. La respuesta del TJUE a la cuestión prejudicial del TS de 8 de enero de 2017: la STJUE de 26 de marzo de 2019.**

El artículo 6.1 de la Directiva 93/13, dispone que “Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.

El Tribunal de Justicia había afirmado que no se opone a que “el juez nacional, en aplicación de principios del Derecho de los contratos, suprima la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional en aquellos casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto así el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, que representen para este una penalización” (cfr. sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y KáslernéRábai[85]).

El Tribunal de Justicia justifica esta excepción a la regla general de la subsistencia o conservación del contrato en sus propios términos (a excepción de la cláusula nula que simplemente se tiene por no puesta y no se aplica), por dos razones:

1ª la finalidad del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 que pretende reemplazar el “equilibrio formal” que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un “equilibrio real” que pueda restablecer la igualdad entre estas; y

2ª la protección efectiva del consumidor, pues “si no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional y se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse”.

El TJUE resuelve afirmando que los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 “no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales”, si bien remite a los propios órganos judiciales nacionales la determinación, dentro del marco del Derecho nacional, de la concurrencia o no de la doble condición señalada, esto es: 1º que el contrato de préstamo hipotecario no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva; y 2º si la anulación del contrato en su conjunto expone al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.

Pero no validará el criterio del TS. Las consecuencias sobre la doctrina del TS se zanjarán por el TJUE recordando su jurisprudencia conforme a la cual, una vez declarada la nulidad de una cláusula abusiva, el artículo 6.1 de la Directiva se opone a una norma de Derecho nacional que permita al juez nacional “integrar dicho contrato modificando el contenido de esa cláusula”, pues si el juez nacional tuviera dicha facultad “podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva”, pues contribuiría a “eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen”, hace aplicación plana y escueta de la misma concluyendo que “En el presente asunto, la mera supresión del motivo de vencimiento que convierte en abusivas las cláusulas controvertidas en los litigios principales equivaldría, en definitiva, a modificar el contenido de dichas cláusulas afectando a su esencia. Por lo tanto, no cabe admitir el mantenimiento parcial de dichas cláusulas pues, de otro modo, se menoscabaría directamente el efecto disuasorio mencionado en el anterior apartado de esta sentencia”.

## **6. La STS de 11 de septiembre de 2019: el fin de una polémica.**

La sentencia del TS de 11 de septiembre puso fin puso fin a la polémica y fijó una formal asunción de la doctrina del TJUE, bajo los siguientes presupuestos.

A) La STJUE de 26 de marzo de 2019, que da respuesta a la petición de decisión prejudicial planteada por este tribunal en el presente recurso, establece cinco premisas de las que necesariamente hemos de partir:

i. La cláusula declarada abusiva no puede ser fragmentada a fin de dotar de validez a una parte de su contenido.

ii. La jurisprudencia de esta sala sobre la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional, sobre cuyo ajuste a la Directiva fue directamente interpe-lado el TJUE, no es contraria a los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE , de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En particular, el fallo de la mencionada STJUE indica que los arts. 6 y 7 de la Directiva: “[n]o se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales”.

iii. Corresponde a los tribunales nacionales determinar si, una vez declarada abusiva la cláusula de vencimiento anticipado, el contrato puede subsistir.

iv. Para la decisión sobre la subsistencia del contrato, el apartado 60 de la STJUE establece que deberá adoptarse un enfoque objetivo y se remite expresamente al apartado 32 de la STJUE de 15 de marzo de 2012, Perenicová y Perenic , C-453/10 , que establece que “por lo que se refiere a los criterios que permiten determinar si un contrato puede efectivamente subsistir sin las cláusulas abusivas, procede señalar que tanto el tenor del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 como los requisitos relativos a la seguridad jurídica de las actividades económicas abogan por un enfoque objetivo a la hora de interpretar esta disposición, de manera que, como ha señalado la Abogado General en los puntos 66 a 68 de sus conclusiones, la posición de una de las partes en el contrato, en el presente caso el consumidor, no puede considerarse el criterio decisivo que decida sobre el ulterior destino del contrato”.

v. Únicamente si se entendiera que el contrato puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado sería relevante la postura (opción) del consumidor. No así cuando se considere que el contrato no puede subsistir.

Estas premisas son básicamente reproducidas por los AATJUE de 3 de julio de 2019 recaídos en los asuntos C-92/16 y C-167/16 . Si bien, el ATJUE de 3 de julio recaído en el asunto C-486/16 , introduce algunas consideraciones adicionales, fundamentalmente las dos siguientes:

a. Es posible que, si se cumplen los requisitos del art. 693.2 LEC (tras su reforma por la Ley 1/2013), se pueda despachar ejecución hipotecaria, aunque en el contrato hubiera una cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva por resolución judicial firme, ya que “las consecuencias económicas sufridas por el consumidor no se derivan de la cláusula abusiva, sino del incumplimiento contractual consistente en no satisfacer las cuotas mensuales de amortización, que constituye su obligación esencial en el marco del contrato de préstamo celebrado”.

b. No existe ningún elemento que permita dudar de la conformidad de la normativa nacional con el principio de efectividad.

**B)** Recordará el TS (sentencias del pleno de la sala 46/2019 , 47/2019 , 48/2019 y 49/2019, todas de 23 de enero) que, en el Derecho español, aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real), ambas son inescindibles y conforman una institución unitaria. Puesto que como estableció la sentencia 1331/2007, de 10 de diciembre , “el crédito garantizado con hipoteca (crédito hipotecario) no es un crédito ordinario, ya que está subsumido en un derecho real de hipoteca, y por ello es tratado jurídicamente de forma distinta”.

Y también que el TJUE ha considerado el contrato de préstamo hipotecario como un solo contrato con dos facetas -préstamo y garantía- [apartados 59 y 60 de la STJUE de 26 de marzo de 2019 y los dos apartados 49 y 50 -idénticos- de

los AATJUE de 3 de julio de 2019 (asuntos C-92/16, C-167/16). Y así se concibe, igualmente, en el art. 3.1 a) de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

C) Sobre esta base, si bien en nuestro ordenamiento jurídico la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no comporta la desaparición completa de las facultades del acreedor hipotecario, resulta evidente que conlleva la restricción de la facultad esencial del derecho de hipoteca, que es la que atribuye al acreedor el poder de forzar la venta de la cosa hipotecada para satisfacer con su precio el importe debido ( art. 1858 CC ). En particular, en un contrato de préstamo hipotecario de larga duración, la garantía se desnaturaliza, pierde su sentido.

D) En el préstamo hipotecario, la causa del préstamo y la causa de la hipoteca están entrelazadas y no pueden fragmentarse, pues atañen tanto a la obtención del préstamo por el consumidor en condiciones económicas más ventajosas, como a la garantía real que tiene el prestamista en caso de impago.

E) Bajo la consideración del contrato de préstamo hipotecario como un negocio jurídico unitario o complejo, a la luz del apartado 32 de la STJUE Perenicová, del apartado 68 de las conclusiones de la Abogada General en ese asunto, y de las SSTJCE de 1 de abril de 2004, 14 de marzo de 2013 y 26 de enero de 2017, el fundamento de la celebración del contrato para ambas partes fue la obtención de un crédito más barato (consumidor) a cambio de una garantía eficaz en caso de impago (banco).

De ser así, no puede subsistir un contrato de préstamo hipotecario de larga duración si la ejecución de la garantía resulta ilusoria o extremadamente dificultosa.

Parece claro que, si el contrato solo fuera un préstamo, la eliminación de la cláusula de vencimiento anticipado no impediría la subsistencia del contrato (STS del 12 de febrero de 2020, ROJ: STS 336/2020). Pero si es un negocio jurídico complejo de préstamo con una garantía hipotecaria, la supresión de la cláusula afecta a la garantía y, por tanto, a la economía del contrato y a su subsistencia. 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.

- Estaríamos, pues, en el supuesto, al que se refiere la Abogada General del asunto Perenicová, en el que procedería la nulidad total del contrato porque el negocio no se habría realizado sin la cláusula nula, conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes, y porque la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no sería la misma.

En tal caso, para evitar una nulidad del contrato que exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales (la obligación de devolver la totalidad del saldo vivo del préstamo, la pérdida de las ventajas legalmente previstas para la ejecución hipotecaria -a las que hicimos referencia en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre , y 79/2016, de 18 de febrero - y el riesgo de la ejecución de una sentencia estimatoria de una acción de resolución del contrato ejercitada por el prestamista conforme al art. 1124 CC - sentencia de pleno 432/2018, de 11 de julio , con la consiguiente reclamación íntegra del préstamo), podría sustituirse la cláusula anulada por la aplicación del art. 693.2 LEC (como expresamente indican las resoluciones del TJUE de 26 de marzo de 2019 y 3 de julio de 2019, especialmente el auto de esta última fecha recaído en el asunto 486/2016 ). Pero no en su literalidad, sino conforme a la interpretación de dicho precepto que ya habíamos hecho en las sentencias 705/2015, de 21 de diciembre , y 79/2016, de 18 de febrero .

- Deben interpretarse conjuntamente la STJUE de 26 de marzo de 2019 y el ATJUE de 3 de julio de 2019 en el asunto C-486/16 , con la STJUE de 14 de marzo de 2013, caso C- 415/11 ( Aziz ) , y con nuestra jurisprudencia, de tal manera que, siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC (en la redacción dada por la Ley 1/2013), los tribunales deberán valorar, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de la esencialidad de la obligación incumplida, la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y la posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia.

Y dentro de dicha interpretación, puede ser un elemento orientativo de primer orden comprobar si se cumplen o no los requisitos del art. 24 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo , reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI), puesto que la STJUE de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/2017 ( OTP Bank Nyrt ) permite la sustitución de una cláusula abusiva viciada de nulidad por una disposición imperativa de Derecho nacional aprobada con posterioridad (apartados 52 y 53 y conclusión segunda).

Así lo declara también el apartado 62 de la STJUE de 26 de marzo de 2019, aunque con referencia a la normativa anterior: “pues bien, tal deterioro de la posición procesal de los consumidores afectados, en caso de recurrirse al procedimiento de ejecución ordinaria en lugar de seguir el cauce del procedimiento especial de ejecución hipotecaria, es pertinente a efectos de apreciar las consecuencias de la anulación de los contratos en cuestión y, según lo declarado en el apartado 59 de la presente sentencia, podría justificar por consiguiente, siempre que exponga a dichos consumidores a consecuencias especialmente perjudiciales, que los órganos jurisdiccionales remitentes sustituyeran las cláusulas abusivas por la versión del citado artículo 693, apartado 2, de la LEC posterior a la cele-

bración de los contratos controvertidos en los litigios principales. No obstante, dado que las características de estos procedimientos de ejecución se enmarcan exclusivamente en la esfera del Derecho nacional, corresponde en exclusiva a los órganos jurisdiccionales remitentes llevar a cabo las comprobaciones y las comparaciones necesarias a tal efecto”.

Y ello termina conduciendo a que el TS indicase las pautas u orientaciones jurisprudenciales a los procedimientos de ejecución hipotecaria en ese momento en curso, en los que no se haya producido todavía la entrega de la posesión al adquirente:

a. Los procesos en que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, deberían ser sobreseídos sin más trámite.

b. Los procesos en que, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, y el incumplimiento del deudor no reúna los requisitos de gravedad y proporcionalidad antes expuestos, deberían ser igualmente sobreseídos.

Lo singular de la STS de 11 de septiembre de 2019, que tuvo la fortuna de poner fin al bloqueo de la ejecución hipotecaria es que, en el fondo, mantuvo la construcción jurídica de las anteriores de 18 de febrero de 2016 y de 23 de diciembre de 2015, eliminando eso sí el juego de esa doctrina del lápiz azul, completamente innecesaria a los efectos pretendidos. aunque manteniendo la necesidad de que se aplicara solo a ejecuciones hipotecarias posteriores a la ley 1/2013 y permitiendo, en lo que era la clave procesal de su solución, que el tribunal pudiera valorar en el proceso de ejecución la gravedad del incumplimiento del deudor, siquiera ahora, a diferencia de las anteriores, vigente ya la Ley del crédito inmobiliario, aconseja utilizar de manera orientativa los criterios de dicha Ley para valorar la gravedad de la conducta incumplida del prestatario en orden a considerar ajustado a la doctrina del TJUE el vencimiento anticipado.

La STS puso fin al colapso de las ejecuciones hipotecarias. En realidad los operadores económicos había buscado salidas alternativas a ese colapso, bien jurídicas, bien económicas. Respecto a las primeras cabe citar la huida hacia el proceso declarativo, en el que la cláusula de vencimiento anticipado abusiva se consideró irrelevante. Y las económicas consistieron, en lo esencial, en la cesión masiva de créditos hipotecarios por parte de las entidades bancarias a fondos de gestión de activos de dudoso cobro. Carteras de créditos que las entidades, en esa esfera de protección al consumidor, calificó como créditos “tóxicos”. Ciertamente para esos operadores jurídicos, para esos acreedores, lo eran.

## VI CONCLUSIÓN.

Habrà que convenir en la extrema complejidad procesal que se terminó conformando en los tribunales en sede, sea en la ejecución hipotecaria, sea en la aplicación en general de la estructura normativa de tutela de los consumidores. A ello hay que sumar la desidia y cierta incapacidad del legislador para reaccionar ante una litigación masiva: en los procesos en los que entra en juego la tutela de consumidor que respondía a principios nada ortodoxos, bien alejados de nuestros principios y aun de nuestra cultura jurídica.

Como ejemplo de ello se puede invocar la patente desidia de nuestro legislador frente a la extraordinaria incidencia que ha tenido en nuestro derecho procesal. Parecería inexcusable una profunda reforma procesal en la que se recogieran las peculiaridades del proceso de tutela del consumidor. Porque el TJUE ha afectado a los principios que conforman toda la columna procesal de nuestro proceso: principios de rogación, dispositivo, de aportación de parte, de los hechos y de las pruebas, la congruencia, la preclusión y aun (y sobre todo) la cosa juzgada. Incluso len el recurso de apelación, en el que ha admitido la reforma peyorativa , aun, en el régimen de imposición de costas. El problema es que la afección a esos principios estructurales de nuestro proceso civil respecto a derechos disponibles es, como fue el tratamiento sobre la transparencia, confuso y equívoco, pudiéndose encontrar sentencias del TJUE francamente contradictorias sobre la incidencia del principio de efectividad en nuestras instituciones procesales. Y sobre todo cabe poner en duda que la figura del juez con esos poderes en favor del consumidor conforme un verdadero juez imparcial.

Pero con todas las dudas e insatisfacciones que se puedan encontrar en la forma en la que la protección del consumidor se ha incorporado a la aplicación del ordenamiento jurídico, hay que terminar valorando que al final es identificable un saldo positivo. El de que la contratación estandarizada pasa a tener un contenido algo más transparente y, sobre todo, más equilibrado. En el prestador de servicios, sobre todo el gran prestador de servicios, ha anidado la idea o noción de que su poder de manipulación de los clientes ya no parece ilimitado.

## BIBLIOGRAFÍA:

Cámara Lapuente, S. (2017). *Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016. Su impacto en la jurisprudencia del TS, no solo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo*. Revista para el análisis del Derecho INDRET 1/2017. Barcelona, enero 2017.

Carballo Fidalgo, M. (2019). *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 1/2019. Barcelona, enero 2019.

Castillo Martínez, CC. (2021). *La transparencia como valor transversal. Una aplicación concreta al índice de referencia de los préstamos hipotecarios*. Revista Actualidad Civil nº 5, 1 de mayo de 2021. Editorial Wolters Kluwer.

Díaz Fraile, JM. *La doctrina de la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019, sobre la cláusula de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios (De Modestino a Bauman, o del “Derecho sólido” al “Derecho líquido”)*. Revista de Notarios y Registradores. Abril 2019

Madrid Rodríguez, F. (2021). *El crédito revolving (II): el control de transparencia*. Revista Actualidad Civil nº 6, 1 de junio de 2021. Editorial Wolters Kluwer.

Martín Fuster, JM.:

- (2021). *La apreciación de oficio de las consecuencias de la nulidad. Comentario a la cuestión prejudicial presentada por el TS en el Auto de 27 de noviembre de 2019*. Revista General de Derecho Procesal 53 (2021).
- (2020) *Efectos de la falta de transparencia: Comentario tras las Sentencias del Tribunal Supremo 595, 596, 597 y 598/2020, de 12 de noviembre*. Diario LA LEY, nº 9748, de 3 de diciembre de 2020. Editorial Wolters Kluwer.

Martínez Escribano, C. (2019). *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. ISSN 2341-2216. Vol VI, núm. 1 (enero-marzo, 2019. Estudios, pp 361-397.

Miranda Serrano, LM. (2018). *El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas en la contratación bancaria*. Revista para el análisis del Derecho INDRET 2/2018. Barcelona, abril 2018.

Pertññez Vílchez, F.

- (2013). *Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario*. Revista para el análisis del Derecho INDRET 3/2013. Barcelona, julio 2013.
- (2020). *El devenir de la cláusula IRPH tras la STJUE 3 de marzo 2020: transparencia, carácter abusivo e integración*. Diario LA LEY, nº 9689, de 4 de septiembre de 2020. Editorial Wolters Kluwer.

Sánchez Alonso, O. (2019). *La cláusula de vencimiento anticipado en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria: una historia interminable. Comentarios a la sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2019*. Blog <https://hayderecho.com/2019/10/09>.

Sánchez García, J (2020). *Transparencia vs abusividad conforme a los principios fijados por el TJUE en la interpretación de la Directiva 93/13*. Revista de Derecho vLex #199 . Diciembre 2020. pp 1-17.



# **DISCURSO DE CONTESTACIÓN**

A CARGO DEL

**Excmo. Sr. Dr. Don Julio Arenere Bayo**  
Académico de Número



Excelentísimo Señor Presidente  
Excelentísimos Académicos  
Autoridades  
Queridos compañeros y amigos  
Señoras y señores

Constituye para mí un auténtico honor que la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación me haya confiado la grata tarea de contestar al discurso de ingreso de D. Juan Ignacio Medrano Sánchez que acabamos de tener la oportunidad de escuchar esta tarde.

Recibimos hoy en nuestra Academia a D. Juan Ignacio Medrano Sánchez. Turolense de nacimiento, nacido en la Plaza del Torico de Teruel, justo encima de un afamado establecimiento por su chocolate. Se aficionó a ese dulce que todavía le sigue gustando.

Licenciado en Derecho por la facultad Zaragoza, compartimos escenarios de formación, aunque en distintos años, y compartimos trabajo en la Audiencia Provincial de Zaragoza, donde actualmente y desde hace muchos años, desempeña la presidencia de la Sección 4ª. Ingresó en la Carrera Judicial en 1981 y ha servido, antes de recalar en Zaragoza, en Juzgados de Primera Instancia e Instrucción de Figueras y Mataró. También aplicó normas de derecho laboral, ya que su llegada a esta ciudad lo fue a un Juzgado de lo Social, pasando a continuación al de Primera Instancia Nº 2 De Zaragoza y con posterioridad a la Audiencia Provincial, primero como magistrado y en la actualidad, como ya he dicho, como Presidente de la Sección 4ª. Estando en la Audiencia, superó con el número 1 de toda España, el proceso selectivo para el reconocimiento de la condición de Magistrado Especialista en el Orden Jurisdiccional Civil.

También ha ejercido actividad docente, formando parte de la Comisión de Expertos para la elaboración del Programa de Formación Continúa de la Carrera Judicial, y siendo profesor asociado de la cátedra de derecho procesal. Ha sido director o ponente en innumerables congresos, jornadas, cursos y seminarios

organizados por el Consejo General del Poder Judicial, Colegios de Abogados y de Procuradores, Cámara de Comercio y otras instituciones jurídicas. También ha sido autor de numerosas publicaciones que abarcaban tanto el derecho común como el derecho foral aragonés, las cuales renuncio a enumerar pues nos llevaría un largo trecho de esta contestación.

Hoy recibimos a un estudioso del Derecho, a un apasionado de su profesión y a un erudito en asuntos jurídico sociales, como evidencian sus múltiples publicaciones, conferencias y ponencias, siempre con la aplicación ponderada de la Ley y el sentido de la Justicia como hilo conductor.

La capacidad intelectual y jurídica ha quedado expuesta a través de su brillante discurso que ha estudiado temas tan importantes como son los que acaba de exponer. Si por algo se caracteriza Juan Medrano es por su rigor profesional, tanto en el estudio como en el criterio. Juez independiente en todas sus vertientes y en el más amplio sentido de la expresión, en su carrera profesional ha tenido la ley como norte y la justicia como objetivo.

Por lo tanto, aunque poco puedo añadir a lo que aquí hemos escuchado en palabras de un gran experto en la materia, trataré de subrayar a continuación algunas de las conclusiones que, creo, son de especial trascendencia para la materia que nos ocupa.

El nuevo Académico, en la primera parte de su discurso, realiza un pormenorizado estudio de la Directiva 93/13 de la Comunidad Económica Europea, la cual era necesaria para eliminar las barreras jurídicas que representaban obstáculos al desarrollo del tráfico jurídico comunitario con gran auge, dado el incremento de la contratación on line.

Pone de manifiesto las finalidades de la misma, y su contenido referido a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, siendo esencial homogeneizar las legislaciones de consumo de los distintos Estados miembro, ya que la normativa era muy heterogénea y la intensidad de protección muy diversa.

Resalta, el deber de transparencia del predisponente y de comprensibilidad del clausulado no negociado, y pone de manifiesto que la Directiva 93/13 se proyecta con particular relevancia sobre los elementos esenciales del contrato, en términos tales que el que se adhiere a él, o el consumidor, comprenda el alcance económico de lo que ha pactado. Y después de abordar la trascendencia jurídica de la transparencia, estudia la relación entre transparencia y abusividad. La primera hace referencia a la comprensibilidad del condicionado general del contrato no negociado y se configura como un específico deber de conducta del predisponente; la segunda se refiere al desequilibrio en las obligaciones y derechos de las partes en el aspecto jurídico, aunque pueda tener consecuencias patrimoniales.

El sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional,

tanto en lo relativo 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 de las mismas, y que habida cuenta de tal situación de inferioridad, los Estados miembros han de establecer un mecanismo que asegure que toda cláusula contractual no negociada individualmente pueda ser controlada para apreciar su eventual carácter abusivo. En este contexto incumbe al juez nacional, determinar, si, dadas las circunstancias propias del caso concreto, la cláusula en cuestión cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia que impone dicha Directiva.

El académico pasa a continuación a exponer la posición definitiva del Tribunal Supremo, resaltando la STS de 9 de mayo de 2013, que adelantándose a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, anticipó una noción de transparencia que implicaba que las cláusulas atinentes a la definición del objeto principal del contrato pueden ser declaradas abusivas si no se sujetan a una redacción transparente. Estamos ante un error de consentimiento, que fue el cauce utilizado en las acciones ejercitadas por los inversores minoristas para lograr la anulación de sus contratos de adquisición de productos financieros que tuvieran cierta complejidad y en cuya comercialización las entidades bancarias no tuvieron cuidado ni de informar, ni de que las condiciones generales de esos contratos, por ellas predispuestas, tuvieran una especial claridad. Esa falta de información y de transparencia fue considerada por la jurisprudencia como una presunción de error del consentimiento.

Después de exponer la legislación interna existente y proyectos legislativos, el académico termina augurando que es muy probable que en los tribunales se termine confundiendo el alcance del control de contenido, y se entre abiertamente a controlar la equidad de la correlación del precio con el servicio.

En la segunda parte del discurso, aborda la figura del cliente como nuevo referente de protección, la tutela del consumidor y del inversor en los productos financieros, destacando la doctrina jurisprudencial que sanciona como elementos imprescindibles de la relación de clientela un estricto deber de información al cliente sobre la naturaleza, objeto, coste y riesgos de la operación, de forma que le resulte comprensible, asegurándose de que el cliente entiende, sobre todo, los riesgos patrimoniales que puede llegar a asumir en el futuro.

Estudia el Académico la ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, resaltando el alcance de la protección del adquirente de viviendas a construir, convirtiendo a las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor, sin exigir la apertura de una cuenta especial y su correspondiente garantía, en responsable frente a los compradores, por el total de las cantidades anticipadas por estos e ingresadas en las cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad.

Expone la abundante jurisprudencia sobre la protección del empresario en la ley de condiciones generales de contratación; su exclusión de la tutela otorgada al consumidor; y también sobre la falta de transparencia como motivo de oposición en el proceso de ejecución.

Hace un profundo estudio de las tarjetas de crédito revolving, que conlleva, por lo general, un préstamo leonino, en el que se genera un relevante desequilibrio contractual entre las partes. En él hay un señuelo, que es la cuota fácil, en la que de caer el prestatario se introducirá en una deuda perpetua en la que solo abonará prácticamente intereses; contiene cláusulas que conducen al consumidor a una posición financiera gravemente perjudicial, lo que puede conllevar la aplicación de una vieja ley de 1908, conocida como ley Azcarate o de represión de la usura.

Resalta el verdadero problema de la contratación no negociada en la que los tribunales se inmiscuyen en la libertad de pacto entre las partes cuando existan casos en los que pueda apreciarse un abuso del derecho o soluciones pactadas desproporcionadas.

En la tercera parte, el Académico estudia la crisis y la incidencia de la abusividad en la ejecución hipotecaria, y la respuesta que ha dado el legislador nacional. Desmenuza los tipos de intereses que se dan en la contratación: moratorios abusivos, interés ordinario y el interés remuneratorio, poniendo de manifiesto las sucesivas resoluciones que se han pronunciado sobre los mismos.

Deja claro la jurisprudencia, que cuando una persona física se constituye en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, corresponde al juez nacional determinar si dicha persona actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como puede ser la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social; o bien si actuó con fines de carácter privado; comprendiendo en el término gerencia a todos los administradores, sean del tipo que sean, a los que considera empresarios y no consumidores.

También examina la responsabilidad del fiador cónyuge del administrador o socio de la deudora tanto si existe sociedad ganancial o separación de bienes, así como el contenido y alcance de la oposición del fiador.

En los procesos de ejecución siempre se ha exigido la liquidez de la deuda y ello presentó problemas cuando la cláusula “suelo” era abusiva, lo que generaba su expulsión del proceso el cual seguía su curso; en consecuencia se desconocía la cuantía de la deuda y por lo tanto no era líquida, lo que se solucionó a través de la creación de un incidente para su determinación.

Examina igualmente la jurisprudencia sobre la cláusula de vencimiento anticipado sobre la que los tribunales deberán verificar un doble control: por un lado, el cumplimiento de las condiciones mínimas establecidas en el artículo 693.2

de la Ley de Enjuiciamiento Civil, impago de tres plazos mensuales; y por otro, deberán valorar su justificación, la que debe ponderarse en función de los criterios de esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo, así como posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia.

Concluye su exposición el Académico, después de explicar el colapso de la ejecución hipotecaria que se generó, con un pormenorizado estudio sobre la cuestión prejudicial de 8 de febrero de 2017 planteada por el Tribunal Supremo, y sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la subsistencia del contrato aquejado de una cláusula abusiva, resaltando la STS de 11 de septiembre de 2019 que puso fin a una polémica.

Entiendo que este discurso resuelve cualquier duda sobre la existencia o no de seguridad jurídica. Y no puedo terminar esta contestación sin hacer alusión al principio “*standum est chartae*”. Se ha de estar a la carta, decían las Observancias de Aragón, igualmente definido en el artículo 3 del Código del Derecho Foral de Aragón: «Conforme al principio *standum est chartae*, se estará, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés».

El principio “*Standum est Chartae*” (“hay que estar a la letra”) se refiere a la primacía de la autonomía de la voluntad y la libertad de actuación de las partes en el ámbito civil. Esto es, el juez debe estar siempre a la carta y juzgar según lo que se contiene en ella, salvo que contenga algo imposible o contra el Derecho natural. Su traducción al aragonés es el proverbio «pactos rompen fueros» que citan los autores desde Joaquín Costa y «hablen cartas y callen barbas». Expresiones estas muy extendidas por la Península Ibérica, que, entiendo y me atrevo a decir, que ya no son de aplicación incuestionable en los contratos que han sido objeto de estudio en el discurso de D. Juan Ignacio Medrano Sánchez, en especial en los de consumo.

Y termino ya, agradeciéndole haber aceptado su designación como nuevo académico de número de esta docta corporación y por los servicios que le va a prestar en los próximos años.

En mi nombre, y en el de todos mis compañeros, le traslado nuestra más efusiva enhorabuena por su discurso de ingreso y le doy nuestra más cordial bienvenida a esta Academia Aragonesa, deseándole que su incorporación contribuya a su progreso personal y profesional, al menos en la misma medida que su presencia nos reportará conocimientos y sabiduría a quienes vamos a tener oportunidad de seguir compartiendo con él, trabajo y afanes en los años venideros de nuestra existencia.

Muchas gracias por su atención.









