

DERECHOS DEL CONSUMIDOR FRENTE A LA ABUSIVIDAD DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

Carlos Merchán Aparicio

*Becario de investigación.
Doctorando en Derecho Civil.
Universidad de Valladolid*

EXTRACTO

Este artículo pretende realizar una reflexión sobre la protección de los derechos del consumidor a nivel europeo y nacional frente a las entidades de crédito, incluida la Ley de Usura de 1908 y la influencia del derecho europeo. El autor analiza el concepto de abusividad, los caracteres comunes de las cláusulas abusivas, su invalidez y efectos, la corregulación o el control extrajudicial de la abusividad por notarios o asociaciones.

Palabras claves: consumidor, crédito, abusividad, control, efectos y transparencia.

Fecha de entrada: 03-05-2016 / Fecha de aceptación: 27-06-2016

CONSUMER RIGHTS FACING UNFAIRNESS FROM CREDIT INSTITUTIONS

Carlos Merchán Aparicio

ABSTRACT

This paper is aimed at reflecting on consumer rights protection from credit institutions, both on european and domestical levels, including Usury Act 1908 and European Union Law influence. The author analyzes the concept of unfairness, the most commonly drafted unfair terms, their enforceability and effects, co-regulation and out of court controls by the notary public or consumer unions.

Keywords: consumer, credit, unfair terms, control, effects and transparency.

Sumario

Introducción

1. El marco legal
 - 1.1. El precedente de la Ley de Usura de 1908
 - 1.2. El Marco Común de Referencia y el «acervo común» europeo en la materia
 - 1.3. La Directiva 93/13/CEE sobre contratos de consumidores y usuarios y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación
 - 1.4. La traslación de directivas a España y el TRLGDCU
2. El consumidor ante las cláusulas abusivas en el crédito
 - 2.1. Caracteres comunes de las cláusulas abusivas
 - 2.2. El control extrajudicial de la abusividad del crédito bancario
 - 2.2.1. El modelo europeo de corregulación
 - 2.2.2. La labor de asociaciones de defensa de consumidores y usuarios bancarios
 - 2.2.3. El control por notarios y registradores
 - 2.3. Referencia a algunas cláusulas abusivas bancarias
3. Transparencia bancaria y protección de consumidores
4. Conclusiones

Normativa

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Como idea inicial, coincide la doctrina en que el derecho del consumo ha crecido tanto últimamente que, aunque no existe jurisdicción del consumo ni los contratos tienen estructura propia diferente a los civiles, no obstante, la preponderancia del llamado «principio pro usuario» ha sido tal que condiciona toda la estructura contractual del derecho de consumo, incluso para algunos autores llegando a variar el sistema de fuentes, debido a que el derecho del consumo estaría en la prelación de fuentes antes que las normas mercantiles y civiles. Un segundo factor determinante sobre el derecho de consumo es la enorme incidencia del derecho comunitario y su traslación al derecho nacional mediante las directivas o a través del DCFR o los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (PECL). Veamos estas y otras cuestiones.

Resulta obvio que todos los consumidores en algún momento de su vida pueden pasar a ser vulnerables¹ debido a factores externos y a sus interacciones con el mercado o porque experimenten dificultades para acceder a información adecuada dirigida a los consumidores y entenderla², como ya se hizo a nivel europeo en el DOUE de 13 de septiembre de 2013 (C 264 E/11) o en la Resolución del Parlamento Europeo de 22 de mayo de 2012 sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables³.

Ya encontramos una referencia clara al concepto de consumidor vulnerable en el artículo 51.1 de la Constitución española (CE) relativo a la adopción de medidas efectivas para la protección de consumidores y usuarios, cabe señalar que, al igual que en el artículo 2.1 f) contenido en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprobó el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU), el artículo 8 f). clasifica como uno de los derechos fundamentales de consumidores y usuarios «la protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión»⁴.

Recordemos que en materia de consumo la Comisión Europea inició un proceso global que terminó con la presentación del llamado *Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo* el 8 de febrero de 2007, al que nos referimos más adelante, y con la Directiva 2011/83/UE,

¹ Compilación de notas informativas sobre la vulnerabilidad de los consumidores disponible en https://www.academia.edu/1539800/Compilación_de_notas_informativas_sobre_la_vulnerabilidad_de_los_consumidores [págs. 68 y ss. (consulta 25 de marzo de 2016)].

² <http://mercantil.blogs.lexnova.es/2013/09/25/sobre-los-consumidores-vulnerables/> (última consulta 25 de marzo de 2016).

³ *Ibidem*.

⁴ *Vid.* nota anterior.

sobre derechos de los consumidores, que trata de armonizar mejor los derechos nacionales, así como sintetizar y dar coherencia y consistencia al *acquis communautaire* en esta materia, que tratamos en otro lugar.

En referencia al caso de España, y por lo que respecta a este trabajo, ha sido evidente la existencia del sobreendeudamiento de las familias a raíz de la crisis financiera desarrollada desde el año 2008, cuyas causas y circunstancias han sido estudiadas por diferentes autores, debido sobre todo y en referencia a los motivos prejurídicos a causas diversas que originaron diferentes formas de contratación en masa y, a su vez, ello generó que muchos consumidores españoles y europeos accediesen al recurso fácil del crédito, que a la larga, junto con otros factores financieros, originó niveles de riesgo nunca vistos de insolvencia⁵.

Ante tal situación realmente alarmante, las instituciones europeas pusieron en marcha medidas de aplicación derivadas inicialmente de la Directiva 87/102/CEE con disposiciones legales y administrativas de los diferentes estados de la Unión Europea en materia de consumo que de forma resumida intentaron poner límites en materia de crédito al consumo y que originaron a su vez el Programa Plurianual de Consumidores para el periodo 2014-2020, que forma parte del Reglamento 254/2014, aprobado en 2014, y que debería contribuir a garantizar un nivel elevado de protección de los consumidores y respaldar plenamente las aspiraciones de la Estrategia Europa año 2020 en lo que se refiere al crecimiento y la competitividad⁶, intentando conseguir una evolución hacia unos modelos de consumo más sostenibles, así como la toma en consideración de la situación particular de los consumidores vulnerables⁷, sensibilidad que a su vez se traslada a los países miembros y estos, a su vez, en el modelo autonómico español, a sus comunidades autónomas⁸.

Será posteriormente y lógicamente sobre la base del seguimiento del mercado de consumo para poder desarrollar normativas con los objetivos adecuados y apoyar a las organizaciones de consumidores, teniendo también en cuenta las necesidades específicas de los consumidores vulnerables de cada comunidad autónoma, cuando numerosas regiones españolas comienzan a su vez a regular algunos aspectos concretos en la materia en los años siguientes, si bien este asunto no lo tratamos aquí⁹.

En primer lugar hay que decir que un primer punto de apoyo para la protección de los derechos del consumidor aparece en el artículo 51.1 de la CE, en el cual se contempla ya un avance e

⁵ HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D.: «El concepto de consumidor: el consumidor vulnerable», en Jornada sobre derechos de los consumidores en la contratación a distancia y fuera del establecimiento. Normativa europea y adaptación de la española, celebrada el 28 de noviembre de 2014 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid. <http://mercantil.blogs.lexnova.es/2013/09/25/sobre-los-consumidores-vulnerables/> (última consulta 24 de marzo de 2016).

⁶ http://consumo-inc.gob.es/publicac/EC/2005/EC75/EC75_02.pdf (págs. 7-9, última consulta 23 de marzo de 2016).

⁷ <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco> (última consulta 24 de marzo de 2016).

⁸ http://consumo-inc.gob.es/publicac/EC/2005/EC75/EC75_02.pdf (última consulta 25 de marzo).

⁹ dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4802059.pdf (última consulta 18 de febrero de 2016).

interés del legislador sobre el tema al indicar que las Administraciones públicas deben propiciar diferente normativa para la protección de intereses económicos, su información, seguridad, etc.

Por su parte, el Código Civil (CC) en sus artículos 1.281 a 1.289 estructura una serie de disposiciones sobre interpretación general de los contratos que condicionarán lógicamente también la contratación bancaria, además de la contratación general y por supuesto las cláusulas abusivas.

Si bien el artículo 1.281 del CC habla ya de la preponderancia de la autonomía de la voluntad de los contratantes, debemos destacar ya en este punto que en muchas de las cláusulas de la contratación bancaria en general, al existir cláusulas predisuestas, solo cuenta la voluntad del banco como predisponente y no la del cliente.

Asimismo, el artículo 1.282 del CC, al tratar la voluntad de los contratantes, prescribe que se debe tener en cuenta no solo las circunstancias concretas de cada contrato sino también los actos posteriores al mismo.

Por su parte, el artículo 1.286 del CC, en referencia a las expresiones utilizadas en la contratación, determina que se tendrá preferencia por la interpretación o la expresión que mejor se ajuste al objeto del contrato, tema este muy importante en la contratación bancaria, donde a menudo y con demasiada frecuencia se utilizarán ideas vagas o expresiones que dificultan la correcta interpretación del cliente.

El artículo 1.289 del CC indica que en el caso de que en un contrato surgieran dudas sobre su objeto principal, se debería utilizar la regla de interpretación más favorable al adherente, y en los supuestos en que fuera imposible marcar claramente el objeto del contrato, se procederá a su declaración de nulidad.

1. EL MARCO LEGAL

1.1. EL PRECEDENTE DE LA LEY DE USURA DE 1908

Existen algunos antecedentes en nuestro derecho histórico, aunque escasos, y así por ejemplo se cita por los expertos como el antecedente más antiguo de protección del deudor el contenido en el Código de las Siete Partidas (5, XIII, V) de Alfonso X El Sabio, del año 1265 (según García-Gallo, la redacción definitiva sería entre 1290 y 1310, como obra doctrinal hasta 1348 y texto legal en vigor solo desde el Ordenamiento de Alcalá de 1348), que contemplaba el hecho de que solo se podría embargar al deudor una parte pequeña al considerar que necesitaba disponer de cierta cantidad que asegurase su sustento y demás necesidades básicas¹⁰.

¹⁰ GARCÍA-GALLO, A.: «La obra legislativa de Alfonso X. Hechos e hipótesis», *AHDE*, 54, 1984, págs. 97-161.

Se señala como segundo antecedente más antiguo el de las normas antiusura contra los juicios de los Reyes Católicos, quienes vieron en la usura uno de los motivos para expulsarles en el año 1492, tesis de Escudero y otros¹¹.

El tercer antecedente, ya en el siglo XX, es la Ley de 13 de julio de 1908 sobre la nulidad de los contratos de préstamos usuarios¹², conocida como Ley de Represión de la Usura o Ley Azcárate sobre la Usura, ya que existe otra denominada Ley Azcárate de 1904 sobre Reforma Municipal.

A pesar de ser anterior a la vigente Constitución de 1978 y de forma incomprensible, esta ley sigue en vigor (si bien no en su totalidad) y se aplica, por tanto, a las situaciones de supuestos intereses usurarios sobre el crédito, siendo por ello que la jurisprudencia la aplica en el referente a la protección de intereses de los consumidores clientes de servicios bancarios y por ello en concordancia con la normativa sobre protección de consumidores y el TRLGDCU.

No obstante, existen dudas sobre qué normativa debe aplicarse sobre protección de consumidores de entidades de crédito afectados por intereses que pudieran ser considerados objetivamente como usuarios, es decir, si debería aplicarse la propia Ley de Usura de 1908 o el TRLGDCU.

Aunque la cuestión no está del todo clara parece resuelta en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, que regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación sobre celebración de contratos de préstamo o crédito, en cuyo artículo 1.3 se especifica que en caso de conflicto de leyes se debe aplicar la norma más precisa al respecto y sobre todo que signifique una mayor protección de consumidores y usuarios.

En la Ley de Usura de 1908 se define la usura referente a los contratos de préstamo y en concreto establece el artículo 1 que:

«Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquel leonino, habiendo motivos para

¹¹ ESCUDERO, J. A.: «La Inquisición española», *Historia 16*, 1976, págs. 5-18.

¹² BOE Legislación consolidada, Ministerio de Gracia y Justicia, num. 206, de 24 de julio de 1908. Sobre la Ley de Usura de 1908 destacamos los trabajos consultados siguientes: ALBALADEJO GARCÍA, M.: «La nulidad en los préstamos usuarios», *ADC*, 1995, págs. 32 y ss.; GARCÍA CANTERO, G.: «Préstamo, usura y protección de consumidores», *AC*, 1989, págs. 204 y ss.; TAPIA HERMIDA, A.: «La vigencia de la Ley de Usura como mecanismo de protección del consumidor a crédito», *RDBB*, 25, 1987, págs. 145 y ss. Sobre la usura en relación con la abusividad bancaria en préstamos y créditos destacamos los siguientes trabajos consultados: DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Lex Nova, Thomson Reuters, 2012; VICENT CHULIÁ, F.: «Condiciones generales de la contratación y condiciones abusivas bancarias», *RdP*, 13, 2004, págs. 49 y ss.; CÁMARA LAPUENTE, S.: *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, Cizur Menor, Pamplona, 2006; BUSTO LAGO, J. M. (coord.): «Banca. Productos financieros, medios de pago bancarios y garantías hipotecarias», *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor, 2010, págs. 1.151 y ss.

estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.

Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sea su entidad y circunstancias. Será también nula la renuncia del fuero propio, dentro de la población, hecha por el deudor en esta clase de contratos».

En este sentido y en relación con el párrafo primero de este artículo, traemos a colación el artículo 3.1 del CC, que dispone que: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas», lo cual habrá de tener en cuenta ante la gran variedad de figuras de crédito actuales una realidad muy distinta lógicamente a la de 1908, cuando se promulgó la ley.

Los expertos de la época ya opinaban que para alegar el carácter usuario de un préstamo por ser «notablemente superior al normal del dinero» se deberá acreditar cuál es el interés normal del dinero en el momento en que se suscribió el contrato y, ahondando más es esta cuestión, no debe considerarse únicamente el valor absoluto del tanto por ciento del interés pactado, sino que se deberá tener en cuenta las circunstancias del caso, esto es, el tipo medio al que se estaba prestando el dinero en el momento en que se suscribió el contrato de préstamo, en situaciones de riesgo crediticio similares, así como el tipo de préstamo de que se trate. Evidentemente, los tipos de interés no son los mismos para los préstamos personales que para los préstamos hipotecarios.

Ahora bien, hay que afirmar en este sentido que hoy en día no existe unanimidad sobre el concepto de interés usuario ni en la doctrina ni en la jurisprudencia a la hora de interpretar lo contemplado en dicho artículo 1. Así, para algún autor el concepto «usuario» puede significar en sí mismo conceptos varios predicables al elemento básico que es el interés, por lo que el interés usuario vendría a significar una interpretación exagerada y desproporcionada del interés pactado, es decir, interpretar a favor del acreedor un concepto abierto y no muy definido como es la usura, pero que en todo caso sería un interés muy superior al valor normal del dinero¹³.

Otro sector de la doctrina viene a interpretar de forma diferente la cuestión relacionándola con el artículo 1.755 del CC al afirmar que el factor sustancial que distorsiona el concepto valorativo de interés hasta hacerlo degenerar en usuario sería un alejamiento cuantitativo desproporcionado entre el montante numerario de la cantidad objeto de préstamo a interés y el montante numerario que se entrega al acreedor al final del contrato de interés aportándole el principal más un interés desorbitado, sin importar otras apreciaciones¹⁴.

¹³ Así, por ejemplo, MUÑOZ CERVERA, M.: «El interés y la usura», *Crédito al consumo y transparencia bancaria*, Nieto Carol (dir.), Madrid, 1998, págs. 648 y ss.

¹⁴ MARÍN PÉREZ, P.: «Comentario al artículo 1.755 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, vol. I, tomo XXII, págs. 128 y ss.

A su vez, algún autor vincula el carácter usurario de un préstamo a los certificados expedidos por el Banco de España (BE) sobre los tipos de interés que figuran en sus datos y registros como normales en el mercado en los estándares de cada momento, siendo estos datos los de referencia objetiva para la conceptualización como usurario de un préstamo¹⁵.

De acuerdo también con lo anterior, el dato más objetivo para el consumidor prestatario para saber si un interés es o no es usurario vendría a ser obviamente el TAE (tasa anual equivalente), de forma que el interés superior al TAE sería usurario y, por tanto, nulo, pudiendo el prestatario defender sus derechos como consumidor en aplicación de la propia Ley de Usura, pero también aplicando el TRLGDCU bajo el planteamiento de la propia doctrina sobre consumidor vulnerable que alude a una mayor debilidad del prestatario en esta tipología de contratos¹⁶.

Para la mayoría de autores, todo lo anterior sería la consecuencia lógica de la translación de lo contemplado de forma nítida y específica en la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2008 sobre contratos de crédito al consumo trasladada al derecho español mediante la Ley 16/2011, de 24 de junio, sobre contratos de crédito al consumo, y en concreto en su artículo 32, referida en otro momento.

Sin embargo, una reciente Sentencia del Tribunal Supremo (STS) dictada el 25 de noviembre de 2015 trae causa del criterio de las SSTS de 22 de abril y 8 de septiembre de 2015 en el sentido de calificar un interés moratorio como abusivo si es superior al interés remuneratorio en dos puntos.

Un reciente trabajo al respecto opina que «este criterio puede dar lugar a dos paradojas, préstamos con un interés remuneratorio bajo, pensemos en un 4%, con un interés moratorio también bajo, del 6,5%, que la vista de la doctrina del TS sería nulo, mientras serían correctos en préstamos con un interés remuneratorio del 24% y con un interés de demora del 25,5%. Indicar que los segundos porcentajes no han sido cogidos al azar sino que están extraídos de un supuesto real. Por tanto, y siempre según mi modesta opinión, la STS viene provocada por el deseo del TS de tratar de evitar un posible efecto perverso de la primera sentencia. Que intereses moratorios abusivos queden legalizados mediante el incremento de los intereses remuneratorios, con el evidente perjuicio a los prestatarios cumplidores de sus obligaciones a los que se les incrementaría su carga financiera»¹⁷.

Es de resaltar, como indica el autor del citado trabajo anterior, que «es materia de reflexión que la sentencia analizada no parte de las Directivas Comunitarias, ni de una resolución del TJUE,

¹⁵ Así lo interpreta ORDÁS ALONSO, M.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2002», *CCJC*, 2004, núm. 64, págs. 22 y ss.

¹⁶ DÍAZ ALABART, S.: «Comentario al artículo 10.1 c) 4.º de la LGDCU», *Comentarios a la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios*, Bercovitz y Salas (coords.), Madrid, 1992, págs. 274 y ss.

¹⁷ BROTO CARTAGENA, J. A.: «La revitalización de la Ley sobre préstamos usurarios», *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril de 2016, núm. 66, pág. 134.

ni de las Sentencias del TEDH, ni parte de los diferentes Tratados Internacionales firmados por España. Parte de una Ley dictada en 1908 en un periodo en que se hablaba de la regeneración como una necesidad y del caciquismo como uno de los problemas de nuestro país»¹⁸, lo cual es muy importante destacar aquí a la hora de ver en qué ámbito o situaciones se deben aplicar las leyes, conforme al artículo 3 del CC.

En opinión de nuevo del autor de este importante trabajo, «... en este marco, la Ley de Represión de la Usura se configura como un límite a la autonomía negocial. El TS nos recuerda, como ya lo ha hecho la STJUE de 23 de abril de 2015, Asunto C-94/14, que el artículo 4.2 de la Directiva excluye la posibilidad de declarar abusivo el objeto del contrato y que el único control posible es el de la transparencia... Hasta este momento, la sentencia no aporta muchas novedades, sin embargo lo importante viene ahora cuando dice: basta con que se den los requisitos previstos en el primer inciso del artículo 1 de la Ley (de 1908), esto es, que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, sin que sea exigible que, acumuladamente, se exija que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales»¹⁹.

Para el citado autor, magistrado en activo, resulta evidente por tanto que no es necesario una conjunción de requisitos objetivos con los subjetivos y que en definitiva «... el porcentaje que ha de tomarse en consideración para determinar si el interés es notablemente superior al normal del dinero no es el nominal, sino la tasa anual equivalente (TAE)... para establecer lo que se considera interés normal puede acudir a las estadísticas que publica el Banco de España»²⁰, si bien resulta aquí evidente la dificultad de determinación de con qué montante numérico empieza el concepto de interés usurario y si debe o no calcularse según el interés medio al uso, pero en todo caso la STS asegura palmariamente la abusividad en el sentido de la desproporcionalidad del interés estipulado.

Por ello resulta evidente para dicho autor que «las consecuencias de la declaración del interés como usurario es la nulidad del contrato que ha sido calificada por esta Sala como radical, absoluta y originaria, que no admite convalidación confirmatoria, porque es fatalmente insubsanable, ni es susceptible de prescripción extintiva, Sentencia núm. 539/2009, de 14 de julio. Nulidad que se extiende tanto a las garantías accesorias, como a los negocios que traigan causa del mismo (STS de 2 de diciembre de 2014)»²¹.

A su vez, el artículo 2 (derogado por la disp. derog. única 2.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero) de la Ley de Usura disponía que:

¹⁸ *Ibidem*, pág. 134.

¹⁹ *Ibidem*, págs. 135-136.

²⁰ *Ibidem*, pág. 136.

²¹ *Ibidem*, pág. 137.

«Declarada con arreglo a esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan solo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquella y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado».

El importante artículo 3 que está en vigor dispone los efectos de la acción de nulidad de la siguiente manera:

«Declarada con arreglo a esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan solo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquella y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que exceda del capital prestado, tomando en cuenta el total de lo percibido».

Sobre ello, algunos autores defienden la tesis de que este supuesto de nulidad por usura lo es por ineficacia parcial por intereses excesivos y, en su consecuencia, el prestatario solo estaría obligado a reintegrar el capital prestado a la fecha de vencimiento del contrato, no siendo relevante la fecha de declaración de plena nulidad del mismo²².

En nuestra opinión, el artículo 3 produce la invalidez del contrato usuario en su totalidad, sobre todo a raíz de la interpretación, sobre todo, de los artículos 4, 5, 6 y 7, a los que me refiero más adelante.

Coincidimos con la tesis de nulidad radical que defienden autores como ALBALADEJO²³, que debe interpretarse así porque según lo emanado de la propia Ley de Usura el contrato usuario es *per se* un acto contrario a una Ley de Usura que es en sí misma eminentemente prohibitiva y que solo contempla como efecto la nulidad de pleno derecho, como se contempla en el artículo 6.3 del CC, que dice:

«Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención».

Ahora bien, algunas SSTs abundan en la idea de interpretaciones de este artículo 3 con carácter flexible y no estricto en la interpretación de dicho artículo, de forma tal que algunas sentencias inciden en que la nulidad de pleno derecho debería aplicarse tan solo a la desproporción desorbitada e inusual del pago de intereses y no tanto a la propia obligación de reintegrar el ca-

²² ORDÁS ALONSO, M.: «Comentario a los artículos 1.753 a 1.757 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, Bercovit Rodríguez-Cano (coord.), Cizur Menor, 2009, pág. 1.988.

²³ ALBALADEJO GARCÍA, M.: «La nulidad de los préstamos usuarios», *ADC*, 1985, págs. 32 y ss.

pital prestado, por lo que según esta interpretación estaríamos ante una posible nulidad parcial, aunque existen sentencias en sentido contrario²⁴.

De esta manera, probablemente deberíamos concluir que según la jurisprudencia del TS, no hay una unanimidad en lo referente a los préstamos usuarios, coexistiendo sentencias que defienden la nulidad de pleno derecho y otras que interpretan que en realidad no es así sino parcial, debiendo reintegrar en todo caso la cantidad prestada y sus intereses, si bien estos últimos de forma proporcional y no desproporcionada y siempre teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada supuesto.

Es más, siendo el espíritu de esta ley frenar a los prestamistas sin escrúpulos y proteger a un deudor vulnerable, la misma Ley de Usura de 1908 preveía en el artículo 4 una norma de régimen transitorio al invocar que «si el contrato cuya nulidad se declara por virtud de esta ley es de fecha anterior a su promulgación, se procederá a liquidar el total de lo recibido por el prestamista en pago del capital prestado e intereses vencidos; y si dicha cantidad iguala o excede al capital o interés normal del dinero, se obligará al prestamista a entregar carta de pago total y a favor del prestatario, sea cual fuera la norma en que conste el derecho del prestamista.

Si la cantidad es menor que dichos capital e interés normal, la deuda se contraerá a la suma que falte, la que devengará el interés legal correspondiente hasta un completo pago, y si no se hubiere satisfecho por el prestatario cantidad alguna, se reducirá la obligación al pago de la suma recibida y el interés normal».

Al hilo de lo anterior, y teniendo como finalidad la protección del deudor, la citada Ley de Usura vino a establecer que «a todo prestamista a quien, conforme a los preceptos de esta ley, se anulen tres o más contratos de préstamos hechos con posterioridad a la promulgación de la misma, se le impondrá como corrección disciplinaria una multa de 500 a 5.000 pesetas, según la gravedad del abuso y el grado de reincidencia del prestamista» (art. 5). Obviamente, la cantidad de la multa disciplinaria era muy alta para la época y era impuesta, en su caso, por el mismo tribunal que declaraba la nulidad del contrato de préstamo (art. 6).

A fin de facilitar esta labor de corrección disciplinaria al tribunal, la propia ley prevé la creación de un registro central de contratos de préstamos declarados nulos a cargo actualmente de la Dirección General de Registros del Ministerio de Justicia. Así el artículo 7 de la Ley de 23 de julio de 1908 dispone que:

«A los efectos de lo que dispone el artículo 5 de esta ley, el Ministerio de Gracia y Justicia, en vista de los antecedentes que deberán remitirle los tribunales, formará un registro central de los contratos de préstamos declarados nulos, con expresión en

²⁴ *Cfr.*, en este sentido, sentencias contradictorias como la STS de 30 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9713), la STS de 7 de febrero de 1989 (RJ 1989, 754), la STS de 8 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8477) y, más recientemente, la STS de 21 de febrero de 2003 (RJ 2003, 2893), la STS de 15 de julio de 2008 (RJ 2008, 3365) y la STS de 14 de julio de 2009 (RJ 2009, 4467).

cada caso del prestamista contra quien se dictó la sentencia. La Dirección General de los Registros expedirá las certificaciones que de las inscripciones del registro central expresado reclamen los tribunales, de oficio o a instancia de parte».

Recordando que el artículo 8 de la Ley de Usura también fue derogado, el artículo 9 dispone:

«Lo dispuesto por esta ley se aplicará a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sea la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido».

El concepto que presenta este artículo de «operación sustancialmente equivalente a un préstamo» no resulta claro a nuestro entender ya que hay que referirlo a las circunstancias crediticias y económicas de 1908 en que se promulga la ley.

Para algún autor²⁵ probablemente contemple y se refiera a unos tipos de créditos oscuros y no definidos al menos en cuanto a los aspectos formales contractuales se refiere²⁶. Parece que en todo caso este artículo 9 contiene alguna relación con aspectos del artículo 1 ya referido, porque se refiere a ciertos supuestos de nulidad. En todo caso, el año 1908 era también un periodo de clara crisis económica en España y, por tanto, y salvando las distancias, con ciertas similitudes a la situación económica iniciada en España en 2007 que hemos estudiado en otro lugar y que ha afectado y originado también una crisis de crédito.

En este sentido, probablemente el artículo 9 se refiera a un método muy utilizado en el entorno social y económico de la España de la Restauración de 1908, en los años en que el propio Azcárate, impulsor de la Ley de Usura, también lo fue de reformas como la Ley Municipal o más concretamente otras leyes como las referidas al crédito en general. En tal estado de cosas, era muy común en 1908 acudir a casas de empeño o Montes de Piedad (regulados ya en el art. 1.873 del CC y, por tanto, anterior a la Ley de Usura de 1908) que operaban con intereses de alrededor del 20% y que escondían en realidad auténticos préstamos usuarios.

Probablemente la expresión «operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero» del artículo 9 se refiera, por tanto, a diferentes formas de préstamo usurario muy comunes en la historia crediticia española y ya perseguidas por usurarios en el Código de las Siete Partidas del siglo XIII y en la normativa de los Reyes Católicos contra los judíos por prácticas usurarias, a las que ya nos hemos referido. Por tanto, era un viejo problema financiero y de crédito en España.

En todo caso, no está claro si esa redacción del artículo 9 se refiere o puede referirse a petición de capital ajeno o bien a ciertas formas de pago diferido sujeto a término y con pago de intereses en función del tiempo transcurrido, que no se fija de forma exacta.

²⁵ ORDÁS ALONSO, M.: *op. cit.*, pág. 1.988.

²⁶ *Ibidem*.

Estas fórmulas nos aproximarían a esas otras ya citadas del derecho histórico español que probablemente ya la Ley de Usura intentaba salir al paso de las mismas y evitarlas.

A su vez, el artículo 10 dispone:

«El prestamista que contrate con un menor se supondrá que sabía lo que era, a menos que pruebe haber tenido motivos racionales y suficientes para creer que era mayor de edad».

El artículo 11 dispone:

«El que no pudiendo tratar con persona incapacitada legalmente para contraer obligaciones intente ligarlo al cumplimiento de una, mediante un compromiso de honor u otro procedimiento análogo, incurrirá en la pena que marca el artículo 5 de la presente ley, impuesta siempre, según los casos, en su grado máximo».

De esta manera, tanto el artículo 10 como el artículo 11 tratan de proteger a personas menores o personas incapacitadas legalmente para contraer obligaciones de prestamistas con pocos escrúpulos.

Siendo primordial para el legislador frenar a los prestamistas en su avaricia sin escrúpulos y proteger a un deudor vulnerable, la Ley de Usura da un paso más en este sentido al describir determinados tipos de conductas por parte del prestamista que pueden revestir carácter de delito, como lo es el hecho de simular garantías ilusorias o alterar la fecha de la obligación para dar a esta una eficacia en que sin eso carecería, siendo competencia de los Tribunales de la Jurisdicción Penal reprochar penalmente estas conductas como delito de falsedad documental. En este sentido, establece el artículo 14 de la Ley de 23 de julio de 1908 que:

«Las manifestaciones que se hicieren en los contratos declarados nulos conforme a esta ley, simulando garantías ilusorias o alterando la fecha de la obligación, para dar a esta una eficacia de que sin eso carecería, podrán determinar responsabilidad criminal en los casos previstos en el Código Penal para los prestamistas siempre, y para los prestatarios cuando por las circunstancias del contrato y de la resultancia del juicio lo estime procedente el tribunal».

A tenor de este precepto, la responsabilidad penal ha de determinarse por el juez de lo Penal a resultas del resultado de la prueba practicada en el acto del juicio oral y además prever la posibilidad de determinar la responsabilidad penal «siempre para los prestamistas» en los casos previstos en el Código Penal; también se infiere la posibilidad de determinar la responsabilidad penal «para el prestatario» cuando por las circunstancias del contrato y de la resultancia del juicio lo estime procedente el tribunal. Es decir, con esta regulación y en relación con el prestatario cabe la posibilidad de que sea enjuiciado como cooperador necesario o cómplice de un delito de falsedad.

El artículo 15 dispone:

«Los establecimientos de préstamos sobre prendas se registrarán por las leyes o reglamentos especiales o que se dicten».

Por tanto, este artículo contempla la figura jurídica de prenda que se regula en los artículos 1.857 a 1.873 del CC, que consiste en un contrato que se constituye para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, en el cual la cosa pignorada pertenece en propiedad al que la empeña, debiendo tener las personas que constituyan la prenda la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto. Igualmente hace referencia indirecta a las prácticas de los Montes de Piedad que funcionaban ya en 1908 y que se prevenían en el artículo 1.873 del CC.

Finalmente, el artículo 16 se convierte en un artículo derogatorio sin más al disponer que: «Quedan derogadas cuantas leyes, decretos y disposiciones se opongan a la presente, en aquella parte a que dicha oposición se contraiga».

1.2. EL MARCO COMÚN DE REFERENCIA Y EL «ACERVO COMÚN» EUROPEO EN LA MATERIA

Ya en el momento histórico actual y sobre el contenido de los contratos y sus diferentes interpretaciones de los expertos europeos, tema complejo que también excede este trabajo, digamos brevemente que algunos expertos inciden e insisten en la enorme importancia para el Marco Común de Referencia (DCFR) de los principios del «acervo común», pero inciden también en «las diferencias entre los *Acquis Principles* y el DCFR debidas... a la estructura del DCFR (que recordemos es más amplia), si bien considera que el DCFR contiene un sistema coherente y convincente de normas antidiscriminación»²⁷.

Particularmente, importante para este trabajo en lo referente a las cláusulas abusivas bancarias y la protección del consumidor es que «En la tercera aportación, Evelyne Terryn (Universidad de Lovaina y miembro del Acquis Group) en *The Right of Withdrawal, the Acquis Principles and the Draft Common Frame of Reference*, trata sobre el derecho de arrepentimiento, revocación o retracto en los *Acquis Principles* y el DCFR. El DCFR contiene previsiones que siguen los principios del acervo común (*Acquis Principles*). Por último, Thomas Pfeiffer (Universidad de Heidelberg), en "Non-Negotiated Terms", aboga por la introducción del artículo 6:201 del *Acquis Principles* en el DCFR, con vistas a evitar que se aparten del anexo I de la Directiva sobre Cláusulas Abusivas 93/13/CEE. Es decir, que se considere cláusula abusiva, que perjudica al consu-

²⁷ QUIÑONES ESCÁMEZ, A. M.: «Hacia un derecho contractual europeo. Recensión a Reiner Schulze (ed.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Sellier, Munich, 2008», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, julio de 2008, pág. 5.

midor dando lugar a un desequilibrio contractual, la que hace constar de manera irrefutable la adhesión del consumidor a cláusulas sobre las que no ha podido tener un conocimiento real antes de celebrar el contrato»²⁸.

Obviamente, en los años siguientes a los debates citados y al llevarse a cabo en Europa de forma real una integración normativa común y un cierto grado de unificación del derecho contractual, es sabido que en realidad el DCFR tiene una virtualidad de funcionamiento equivalente a normas modelo, a principios fundamentales basados en el denominado «acervo común» europeo y ello ha llevado a la práctica ya diferentes temas, sobre todo en el ámbito de la defensa y protección de los consumidores y el denominado derecho del consumo, cuestión que obviamente afecta al tema tratado aquí en este trabajo.

Realmente no podía ser de otra manera, es decir, es imprescindible un derecho contractual armonizado en un mercado y una economía de la Unión Europea (UE) basados en un modelo común en la libre competencia, en la autonomía privada..., o en normas comunes del BCE vinculantes para las entidades de crédito españolas y europeas.

Se ha buscado así ir dando pasos en la armonización, a pesar de dificultades en la aplicación práctica que la mayoría de los expertos europeos consideran que consisten en no poseer técnicas comunes, debido a que las instituciones jurídicas de los diferentes países de la UE tuvieron históricamente una evolución propia y por tanto distinta a los otros vecinos europeos, y esta es una cuestión que resulta difícil superar.

No obstante, se llevaron a cabo a partir de la citada comunicación de la Comisión del Consejo las siguientes normas de armonización:

- «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 11 de julio de 2001 sobre Derecho contractual europeo [COM (2001) 398 final – Diario Oficial 255 de 13 de septiembre de 2001].
- Comunicación de la Comisión de 12 de febrero de 2003 al Parlamento Europeo y al Consejo: "Un derecho contractual europeo más coherente – Plan de acción" [COM (2003) 68 fina – Diario Oficial C 63 de 15 de marzo de 2003].
- Comunicación de la Comisión de 11 de octubre de 2004 al Parlamento Europeo y al Consejo: "Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro" [COM (2004) 651 – No publicada en el Diario Oficial].
- Informe de la Comisión de 23 de septiembre de 2005: "Primer informe anual sobre los progresos realizados en materia de derecho contractual europeo y revisión del acervo" [COM (2005) 456 – No publicado en el Diario Oficial].

²⁸ *Ibidem*.

- Informe de la Comisión de 25 de julio de 2007: "Segundo informe de situación sobre el Marco Común de Referencia" [COM (2007) 447 – No publicado en el Diario Oficial].
- Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de septiembre de 2008, sobre un Marco Común de Referencia para el derecho contractual europeo.
- Libro Verde de la Comisión, de 1 de julio de 2010, sobre las acciones contempladas para avanzar hacia un derecho contractual europeo para consumidores y empresas [COM (2010) 348 final – No publicado en el Diario Oficial].
- Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre opciones para avanzar hacia un derecho contractual europeo para consumidores y empresas de 18 de abril de 2011»²⁹.

Se buscaba y era necesario lograr armonizar en materia civil y contractual las legislaciones de los Estados Miembros (EE. MM.) con técnicas como el principio de subsidiariedad, principios comunes contractuales con mayor convergencia que los textos legales nacionales, etc., pero sobre todo era necesario, y así se demostró, superar problemas de coherencia, planificación y sistemática en la materia,... por todo lo cual en su conjunto era necesario avanzar hacia un Plan de Acción para un Derecho Contractual Europeo que abarcara medidas regulatorias y no regulatorias, mediante una diversidad de soluciones complementarias que superasen los problemas en su conjunto.

Con el DCFR «se pretende establecer un sustrato básico que contenga definiciones de conceptos jurídicos, principios fundamentales y preceptos modelo coherentes, sobre la base del "acervo comunitario" y las soluciones empíricas, que sirva de base para el legislador estatal y comunitario en materia de contratos, así como para la interpretación por los tribunales y el TJC del derecho contractual europeo, siendo aplicable incluso a los procedimientos arbitrales. Se trataría de un "instrumento jurídico facultativo" no obligatorio, pero elegible por las partes frente a normas internas disponibles y en las relaciones de carácter supranacional que se plasmaría en "formularios contractuales" de contratos típicos específicos»³⁰.

Como es sabido, los PECL se redactaron casi al mismo tiempo que los Principios del Derecho Comercial Internacional de UNIDROIT y ello originó que probablemente los PECL pasaran a un segundo plano en aquel momento.

Planteadas la situación en el tema de principios fundamentales por el Acquis Group en el primer borrador, más académico que político, del DCFR, se planteó la cuestión de conceptualizar

²⁹ OROZCO PARDO, G. y MORENO NAVARRETE, M. A.: «El contrato en el contexto de la unificación del Derecho Privado», *Anales de Derecho*, núm. 29, 2011, págs. 137-138.

³⁰ OROZCO PARDO, G. y MORENO NAVARRETE, M. A.: *op. cit.*, pág. 141.

correctamente los principios y definiciones, ya que ambos términos se pueden utilizar en contextos diferentes según los casos.

Aquí y en el presente contexto, sería «como sinónimo de reglas que no tienen fuerza de ley, como son usadas, por ejemplo, en los "principios del derecho contractual europeo", que se refiere a ellos como principios para ser aplicados como reglas generales en el derecho de contratos. El contenido sustancial de las definiciones procede parcialmente del Acquis, predominantemente deriva de las reglas modelo del DFCR. Si las definiciones son esenciales para las reglas modelo, también es verdad que las reglas modelo son esenciales para las definiciones. Las definiciones pueden ser vistas como componentes para ser usados para elaborar las reglas y conjuntos de reglas.

En último término las definiciones para que resulten prácticas han de estar estrechamente relacionadas con las reglas modelo. La mayor parte del DFCR consiste en reglas modelo. El adjetivo modelo indica que las reglas no tienen ninguna fuerza normativa sino que únicamente son consideraciones de derecho de la clase que se contiene en los PECL...»³¹.

Importa destacar de forma especial en lo referente a los contratos bancarios, préstamos hipotecarios y cláusulas abusivas que se estudian en este trabajo que «la palabra principios también puede ser reservada para aquellas reglas que son de naturaleza más general, como los principios de libertad de contrato y de la buena fe. Las definiciones tienen la función de sugerir el desarrollo de una terminología legal europea uniforme. Hay diferentes maneras de expresar todos los principios fundamentales...»³².

Conviene destacar que entre los objetivos formales de los contratos están la racionalidad y la predecibilidad, pero también como la protección de la confianza razonable de una persona en la conducta de otra, tema clave en los contratos bancarios y préstamos hipotecarios a la hora de la responsabilidad y los riesgos del prestatario deudor, sin perjuicio de que el DCFR y su normativa «debe ser aplicada e interpretada de acuerdo con los objetivos y principios de las leyes de los EE. MM. y también de la UE... Cada regla modelo persigue el objetivo de alcanzar una justa y correcta solución para la situación que debe ser regulada. EL DCFR se preocupa particularmente de promover la justicia "correctiva". Esta noción es fundamental al contrato, a la responsabilidad no contractual por daños y al enriquecimiento injusto. Las cláusulas generales como la de la buena fe también sirven para alcanzar el objetivo de la justicia»³³.

Otra regla modelo del DCFR sería la libertad, en particular libertad de contrato, cuestión que de nuevo se refiere plenamente a la cuestión del préstamo bancario, sus términos, la obligación de información y al equilibrio entre las partes ya que «el contrato es el instrumento legal básico que habilita a las personas físicas y jurídicas para disfrutar de la libertad de regular sus relaciones por

³¹ *Ibidem*, pág. 142

³² *Ibidem*, pág. 143.

³³ *Ibidem*, págs. 144-145.

acuerdo con otros. Las personas físicas y jurídicas son libres para decidir si quieren o no contratar y para acordar los términos de su contrato. Si por ejemplo las partes de un contrato están plenamente informadas y en una posición equilibrada cuando lo celebran, el contenido de su acuerdo se presume que es en su interés y por tanto justo... Pero si una de las partes del contrato está en una posición más débil puede no ser justo simplemente darle fuerza legal»³⁴.

También otra de las reglas modelo se refiere a las llamadas «restricciones a la libertad de determinados contenidos del contrato», asunto predicable cuando una parte quiere obtener una excesiva ventaja sobre la otra, como ocurre en los contratos de préstamo entre el banco prestamista y el prestatario, lo que deriva a cuestionar los términos del contrato y a los derechos del consumidor europeo, cuestión a la que luego nos referiremos.

Más importante aún es la regla modelo y principio fundamental de la buena fe ya que «muchos ven la promoción de la buena fe en las relaciones contractuales como un principio fundamental y un fin en sí mismo. Otros la ven más como una técnica legal para alcanzar justos y eficientes resultados. Los valores que subyacen bajo la noción de la buena fe... deben ser considerados fundamentales... de su contenido específico destacamos a nuestro propósito los preceptos relativos a la "buena fe" encuadrados dentro de los "deberes generales"»³⁵, siguiendo la propia terminología de los PECL.

En este sentido se basa el articulado de los PECL referente a la llamada «buena fe contractual», que resulta clave para los contratos bancarios y su presunta abusividad en relación con lo ya indicado:

- «Artículo 1:201: 1. Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe. 2. Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo.
- Artículo 1:202: deber de colaboración: cada parte tiene el deber de colaborar con la otra parte para que el contrato surta plenos efectos.
- Artículo 1:302: para los presentes principios lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial para determinar aquello que sea razonable habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera».

Ello es predicable a la protección del consumidor bancario y que obliga a la entidad de crédito a obligaciones de transparencia y deberes de información y otras normas sobre adecuación de los contratos, ya contempladas en los PECL, en lo referente por ejemplo a las reglas

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*, pág. 147.

generales de interpretación (art. 5:101), cumplimiento de obligaciones por cambio de circunstancias (art. 6:111) y, en cualquier caso, a los principios de buena fe (art. 1:302), negociaciones contrarias a la buena fe (art. 2:301), acuerdo suficiente (art. 2:103), información incorrecta (art. 4:106), reglas generales de interpretación (art. 5:101) y otros concordantes que se analizan en otro capítulo³⁶.

(En España, a diferencia de otros países del entorno de la UE, los llamados «ficheros de solvencia» tienen una aplicación limitada y además subordinada al consentimiento del deudor, de forma que en los casos de solvencia positiva esta suele ser irreal y ficticia porque el banco se limita a analizar el currículum del comportamiento del deudor para valorar el riesgo. Obviamente, la cuestión se refiere ya al análisis del crédito responsable, que estudiamos más adelante, por lo que no insistimos más aquí en ese punto.)

1.3. LA DIRECTIVA 93/13/CEE SOBRE CONTRATOS DE CONSUMIDORES Y USUARIOS Y LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Partiendo de la base de que una directiva europea nunca tiene aplicación directa porque son simples recomendaciones que se dan a los EE. MM. de la UE sobre temas varios, debemos, no obstante, tener en cuenta que las normativas de los países y Estados miembros de la UE en relación con los derechos de los consumidores en general y con las cláusulas abusivas en particular tenían unas diferencias normativas y de criterio muy difíciles de armonizar, razón por la cual las instituciones europeas en la búsqueda del *single rule book* y la armonización normativa europea, originaron la Directiva 93/13/CEE precisamente sobre cláusulas abusivas.

Como toda directiva europea necesita ineludiblemente una transposición, esta se realizó en España mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), que a su vez originó una modificación de la ley concordante vigente hasta entonces, que era la denominada LGDCU (Ley 26/1984, de 19 de julio).

Después de estos cambios normativos, en España la LCGC se aplica en los contratos celebrados con condiciones generales mientras que la LGDCU se aplica a lo que técnicamente consideramos consumidores y usuarios.

³⁶ Cfr. «Principles of European Contract Law», Lando, Beale eds., Kluwer Law International, La Haya, 2000, págs. 1-93. Versión en francés LAMBERTERIE, ROUHETTE y TALLON: «Les principes du droit européen du contrat», *La documentation française*, París, 1997. Sobre los términos contractuales no negociados de manera individual ver los PECL, artículo 2:104, y sobre el concepto «acuerdo suficiente», el artículo 2:103. El marco global está en el Dictámen del Comité Económico y Social Europeo «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial», COM(2011)142final. <http://www.gerontomigracion.uma.es/index.php?q=node/337>

Importa destacar en la LCGC que se aplicará a todo tipo de contratos, excepto los contemplados expresamente en el artículo 4, es decir, los contratos administrativos, los contratos de trabajo, los contratos de derecho de familia y los contratos que genéricamente denominaríamos de sociedades.

A mayor abundamiento, ya en su artículo 1.1 se plantea una cuestión clave referente a las cláusulas abusivas bancarias cuando habla de las llamadas cláusulas predispuestas, es decir, cuando una de las partes o predisponente desequilibra la relación contractual.

En las cláusulas abusivas, en general, una de las características comunes es la predisposición, es decir, la redacción previa a la negociación del contrato y unilateral respecto al contenido del mismo en favor del profesional predisponente, cuestión que como sabemos se aplica de forma genérica y abusiva en la contratación bancaria³⁷.

Por otra parte, las denominadas cláusulas predispuestas se incorporan al contrato bancario por parte del predisponente, creando una evidente situación de superioridad del banco sobre el cliente o adherente, toda vez que si el adherente pretende obtener lo que se le ofrece en un contrato deberá aceptar por adhesión las condiciones generales impuestas, lógicamente sin poder sustituir esas condiciones por otras³⁸.

En otro sentido, es conocido que las condiciones generales de la contratación se realizan con la finalidad de ser incorporadas a los contratos en general y no a un solo contrato, aunque puedan referirse a diversas clases contractuales o con varios clientes³⁹.

En opinión de la doctrina, no es suficiente incorporar el condicionado a un único contrato, si bien la ley no concreta cuál es el número de contratos al que se deben incorporar las cláusulas, aunque algunos autores coinciden en que bastarían dos contratos para aceptar que existe una pluralidad contractual⁴⁰.

Ahora bien, el problema que se originó con la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en contratos con consumidores fue que aunque el plazo de transposición de la directiva debió realizarse antes del 31 de diciembre de 1994, sin embargo, su transposición a España se realizó mucho más tarde a través de la LCGC, como es sabido, por lo que su vigencia se postergó, a pesar de lo cual en los últimos años ha tenido una considerable importancia debido a cuestiones planteadas en España sobre cláusulas abusivas que han originado sentencias del TJUE.

³⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Pamplona, 1999, págs. 26 y ss.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ MARÍN LÓPEZ, J.: *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, 2000, págs. 137 y ss.

⁴⁰ *Ibidem*.

1.4. LA TRASLACIÓN DE DIRECTIVAS A ESPAÑA Y EL TRLGDCU

Los objetivos fijados por la estrategia comunitaria vienen a ser la consecución de un mercado interior más transparente, la mejora del bienestar de los consumidores en cuanto a la calidad, diversidad, precio, etc., de los productos y servicios comunitarios y la protección de los consumidores contra los riesgos graves. En los casos en los que no se cumple la normativa comunitaria, la comisión ha creado mecanismos de recursos colectivos.

El Programa Plurianual de Consumidores para el periodo 2014-2020, que forma parte del Reglamento 254/2014, el cual fue aprobado el 26 de febrero de 2014⁴¹, debería contribuir a garantizar un nivel elevado de protección de los consumidores y respaldar plenamente las aspiraciones de la Estrategia Europa año 2020 en lo que se refiere al crecimiento y la competitividad, intentando conseguir una evolución hacia unos modelos de consumo más sostenibles, a la inclusión social así como a la toma en consideración de la situación particular de los consumidores vulnerables y las necesidades que crea el envejecimiento de la población, sobre la base del seguimiento del mercado de consumo para poder desarrollar normativas bien estructuradas y con los objetivos adecuados⁴².

Se quiere impulsar el apoyo a las organizaciones de consumidores: mejorar la educación, información y sensibilización sobre sus derechos, desarrollar una base documental para la política de los consumidores y apoyar a las organizaciones de consumidores, teniendo también en cuenta las necesidades específicas de los consumidores vulnerables.

En la construcción del derecho de consumidores y usuarios⁴³ ha tenido un papel preeminente la normativa derivada de la Unión Europea, con la que se pretende «promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección», para ello, «la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses», tal y como se desprende del artículo 169 del TFUE⁴⁴.

Dichas protecciones y medidas lo que pretenden es promover y facilitar la existencia y el funcionamiento del mercado interior, en el cual ya no habría fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones pertinentes de los tratados (art. 26, apartados 1.º y 2.º, del TFUE).

Según el artículo 5 del TFUE, será de acuerdo a la necesidad del buen funcionamiento de ese mercado interior (inalcanzable por EE. MM. individualmente) la que justifique que se recurra

⁴¹ dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4802059.pdf, última consulta 18 de febrero de 2016.

⁴² dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4802059.pdf, págs. 3 y ss., última consulta 18 de febrero de 2016.

⁴³ dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4802059.pdf, pág. 4, última visita 18 de febrero de 2016.

⁴⁴ http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/es/consumer_es.pdf, última consulta 18 de febrero de 2016.

al principio de subsidiariedad, por cuya virtud en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la UE intervendrá solo cuando los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados por los EE. MM.

Se aprecia pues que se recurre en el citado precepto al principio de subsidiariedad, uno de los principios rectores de todo derecho comunitario y la consecuencia lógica de todo lo anterior será que el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Consejo económico, adoptarán las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los EE. MM. que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior en materia de protección de los consumidores (art. 114.1 del TFUE).

En cuanto al papel de la normativa europea en la construcción de la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio (LGDCU), resulta evidente que para su redacción se habían contemplado los principios y directrices vigentes en tal materia en la comunidad económica europea a pesar de que por aquel entonces no pertenecíamos a ella. Desde la aprobación de esta ley, estos principios han estado presentes en la materia de consumidores y usuarios. Podríamos afirmar que desde hace bastantes años la Comisión Europea ha dedicado su atención a este asunto y ha impulsado una ambiciosa política de protección de los intereses de los consumidores y usuarios.

El papel de la normativa europea en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el TRLGCU: en este real decreto legislativo se refundieron el núcleo básico de protección de los consumidores y usuarios, tal y como indica su propio preámbulo. Este núcleo básico ha sido objeto de reforma como consecuencia de la incorporación a nuestro ordenamiento de distintas directivas llevada a cabo por tres leyes:

1. Ley 25/2009, para su adaptación a la ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que transpone la Directiva 2006/123/CE, también conocida como «Directiva Bolkestein».
2. Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que introduce en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2006/114/CE.
3. La Ley 3/2014 modifica el texto refundido de 2007 para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias y adapta la Directiva 2011/83/UE.

Originariamente, la normativa comunitaria estaba dirigida a armonizar la protección a los consumidores, que se caracterizaba por la existencia de multitud de directivas sectoriales en las cuales se utilizaba el sistema de armonización mínima, que genera obstáculos significativos en el mercado interior y que lleva a plantearse la manera de llevar a cabo una revisión de la normativa existente en materia de consumo y a decidir el grado de armonización que deben establecer las directivas en esa materia.

Se planteó en la UE la importante cuestión de cómo analizar el «acervo común europeo» a través de diversos modos, pero con independencia del enfoque elegido para revisar el acervo, se consideró básico el Libro Verde (DOUE C 61, de 15 de marzo de 2007)⁴⁵, quedando claro que sería oportuno decidir el grado de armonización en materia de consumo en este caso concreto, sea con armonización mínima, que posibilita a los EE. MM. crear mayores niveles de protección que en las directivas, o con armonización plena, que prohíbe a los EE. MM. aprobar nuevas normas contrarias a las directivas, y que será la utilizada. La primera directiva en la que se refleja es la Directiva 2005/29, relativa a las prácticas comerciales desleales. También se observa ese ánimo en el Libro Verde, pero una armonización plena complementada se reflejará en directivas posteriores.

La Directiva 2008/48 del Parlamento Europeo, relativa a los contratos de crédito al consumo (y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE), establecía en su artículo 22.1 que en lo no armonizado, los EE. MM. podrán tener disposiciones distintas.

El mayor ejemplo de armonización es la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, que regula una serie de aspectos fundamentales tales como definiciones básicas, derecho de información, régimen de los contratos a distancia y relativo a la entrega, efectos que el ejercicio del derecho de desistimiento en un contrato a distancia ha de tener en los contratos complementarios.

Su trasposición se ha producido a través de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que modifica el Texto Refundido relativo a la Ley General de Consumidores y Usuarios (TRLGCU).

Doctrinalmente se plantearon otras formas, elaboración de ley independiente o elaboración de un código de consumo y debido a estas discusiones se demoró su transposición, cuya fecha límite era el 13 de diciembre de 2013 (la aprobación se realizó el 27 de marzo de 2014).

En referencia a esta Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se procede a modificar el TRLGCU, los criterios seguidos en la transposición se basan en la fidelidad al texto de la directiva y en el principio de mínima reforma de la actual normativa. La armonización plena implicada en esa directiva reclama que se clarifique el ámbito de aplicación de la norma y su coherencia con el resto del ordenamiento jurídico, especialmente con la regulación sectorial en materia de protección de los consumidores y usuarios.

En realidad, el TRLGCU, no obstante, solo es aplicable en las relaciones contractuales y de otro tipo entre empresas y consumidores, como se contempla en su artículo 59.

Se considera en el artículo 3 que son consumidores las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito distinto a una actividad empresarial o profesional, y esta es una diferencia importante del derecho de consumo español respecto al europeo, es decir, considerar como consumidores a personas jurídicas.

⁴⁵ Díez MORENO, F.: *Manual de derecho de la Unión Europea*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Civitas, págs. 910 y ss.

Del texto general de la ley se deriva una serie de derechos y protección de consumidores y usuarios en general respecto a todo tipo de cláusulas abusivas derivadas tanto de las condiciones generales de la contratación como de cláusulas no negociadas individualmente y se tipifica, en su artículo 4, el concepto de empresario de una manera genérica como el que actúa en una actividad empresarial o profesional, pública o privada.

2. EL CONSUMIDOR ANTE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CRÉDITO

2.1. CARACTERES COMUNES DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Se considera que las cláusulas abusivas exigen en la relación jurídica, en primer lugar, un consumidor y, en segundo lugar, un empresario, según se desprende y se define expresamente en el artículo 4 del TRLGDCU⁴⁶.

Realmente y *sensu stricto*, el concepto de cláusula abusiva se utiliza para justificar el control sustancial del contrato cuando existen cláusulas predisuestas que han sido impuestas al consumidor y su contenido favorece especialmente al presidente. Pero la situación de desequilibrio contractual no solo es predicable del consumidor o usuario sino que también puede aplicarse al pequeño o mediano empresario cuando las condiciones generales empleadas por el predisponente no son controladas por el mercado.

Según la Directiva 93/13/CEE, el nuevo artículo 10 bis.1 de la LGDCU (en la redacción dada por la disp. adic. primera de LCGC) define las cláusulas abusivas como todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de buena fe causen en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato⁴⁷.

De acuerdo con la definición legal que antecede, la cláusula abusiva debe reunir los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de una disposición no negociada individualmente.
- b) Que sea contraria a la buena fe.
- c) Que produzca un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones.

La LGDCU no somete a control de contenido todas las cláusulas sino solo las no negociadas individualmente, lo que parece lógico porque no se puede someter a control de contenido todo el

⁴⁶ CARRASCO PERERA, A.: «Texto Refundido de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios. Ámbito de aplicación y alcance de la refundición», *Aranzadi Civil*, núm. 5, 2008, págs. 2-19.

⁴⁷ *Ibidem*.

clausulado de los contratos celebrados con consumidores sin quebrar con ello el principio fundamental en el derecho de la contratación de la autodeterminación de las partes en la configuración de sus relaciones jurídicas privadas.

Por tanto, el criterio central que sirve para determinar cuándo dicha cláusula debe someterse al control de contenido no es tanto su carácter de no negociada, como el de su predisposición, porque la ausencia de negociación es la mejor indicación de que el mercado funciona competitivamente y, en consecuencia, los intereses de los consumidores están debidamente protegidos por las leyes de mercado.

Es pues la previa configuración por el empresario del contenido contractual lo que determina la fiscalización del contrato, porque el cliente no tiene capacidad técnica o jurídica o carece del tiempo necesario para analizar las distintas cláusulas y formular diferentes alternativas.

Si a pesar de ello entra en la negociación de una o varias cláusulas predispuestas, puede ocurrir que exista negociación con el predisponente y tenga su modificación, con lo que la cláusula pierde su condición de prerredactada, o que, por el contrario, no consiga cambiar su contenido y la acepte como un mal necesario para obtener el bien o el servicio solicitado.

Los criterios de integración del contrato se recogen en el artículo 1.258 del CC y el contenido del contrato se compone de las reglas establecidas por las partes interpretadas de acuerdo con los usos y la buena fe⁴⁸.

Esta noción de buena fe equivalente a moralidad social, a equidad, a sujeción del contrato a aquellas normas de conducta colectiva que han de ser observadas por toda conciencia sana y honrada, es válida para estimar cuándo debe considerarse abusiva una cláusula no negociada y, por tanto, nula⁴⁹.

Se considera contrario a la buena fe incluir cláusulas que derogan injustificadamente la ley dispositiva. Para dicho autor la norma dispositiva representa un reparto equilibrado de derechos y obligaciones de las partes. Ha de compararse la regulación contenida en la cláusula predispuesta con el derecho dispositivo, esto es, el derecho que se considera aplicable al contrato si las partes no hubieran pactado nada. Los contratos que carezcan de regulación legal habrá que integrarlos con los criterios contemplados en el artículo 1.258 del CC, es decir, hallando, de acuerdo con la naturaleza del contrato, las reglas que los contratantes leales y honrados habrían pactado.

Ahora bien, a la luz de la jurisprudencia y de la doctrina, son numerosos los autores que opinan que, a pesar del tiempo transcurrido, hoy en día no existe un concepto claro de la deseada transparencia y eficacia en referencia a las cláusulas abusivas, cuestión sobre la cual se han manifestado ya numerosos estudios al respecto⁵⁰.

⁴⁸ Vid. Díez-PiCAZO: *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Madrid, 1996, págs. 41 y ss.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

Probablemente, una de las opiniones más autorizadas al respecto sea la de CÁMARA LAPUENTE⁵¹, quien ha desarrollado una serie de «conclusiones» sobre la materia indicando las correcciones que deberían hacerse ya sobre el llamado régimen de las cláusulas abusivas y que en resumen serían:

«Primera: Debe transponerse por fin el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas y hacerlo con precisión y en su caso al alza en la protección del consumidor en lo relativo a la transparencia de las cláusulas sobre el objeto principal. Existe algún modelo muy reciente en el Derecho comparado (Reino Unido) digno de consideración. Nuestro legislador está nocivamente en mora desde 1994.

Segunda: Admitido por el Tribunal Supremo que el objeto principal del contrato no puede ser sometido al control de fondo de las cláusulas abusivas si superó el filtro de la transparencia, el Alto Tribunal debería dar más pautas sobre lo que se considera exento de control, sobre qué se considera ese objeto principal (especialmente en cláusulas relacionadas con el precio), siguiendo las recientes sentencias del TJUE que distinguen entre elementos esenciales y accesorios.

Tercera: La jurisprudencia ha entendido que las cláusulas no transparentes sobre los elementos esenciales del contrato son directamente abusivas. Probablemente deba replantearse ese enfoque y ubicar la falta de transparencia en el control de incorporación, no en la naturaleza abusiva de la cláusula, evitando así algunos de los problemas anejos a la declaración de abusividad...

Cuarta: El derecho dispositivo cumple una función de contraste para calibrar el desequilibrio de derechos y obligaciones (es decir, para calificar una cláusula como abusiva); no sirve, además, necesariamente (salvo en casos muy excepcionales) para reemplazar la cláusula declarada nula.

Quinta: Como ha declarado el TJUE, las cláusulas abusivas no se moderan, ni se integran, ni procede la llamada reducción conservadora del contrato. Por eso la sanción ante la nulidad por abusivos de unos intereses moratorios es la eliminación de tales intereses (0%) y no la aplicación del artículo 1.108 del CC, que los mantendría en el interés legal del dinero.

Sexta: Solo si la laguna generada por una cláusula abusiva versa sobre un elemento esencial del contrato, de manera que se pone en peligro la subsistencia del contrato mismo en perjuicio del consumidor, es posible completarlo con el derecho dispositivo para conservar el negocio...»⁵².

⁵¹ CÁMARA LAPUENTE, S.: «Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas (un resumen crítico)», *El notario del Siglo XXI*, mayo-junio de 2015, núm. 61, págs. 142-147.

⁵² *Ibidem*, pág. 143.

El propio CÁMARA LAPUENTE, además de otras observaciones que realiza al respecto, hace hincapié en las deficiencias del control de transparencia de las cláusulas abusivas y se refiere al artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, que indica que «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato... siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»⁵³.

El problema se plantea para dicho autor en el sentido de que «el legislador español no transpuso el artículo 4.2 de la directiva por un error en la votación parlamentaria que está de sobra documentado. Ese silencio negligente alimentó un debate entre los partidarios de colmar la laguna con una interpretación conforme a la directiva y quienes sostenían que con la ausencia normativa se podía preconizar un nivel de protección más elevado que permitiría incluso un control judicial de precios. El desconcierto llevó hasta el Tribunal Supremo...»⁵⁴.

El análisis de este aspecto que hace dicho autor excede la pequeña finalidad de este estudio que aquí hacemos, ya que analiza aspectos de derecho comparado sobre derecho alemán y otros, por eso tan solo decimos que en el caso español el problema radica en que aunque se declare la nulidad de una cláusula por considerarla abusiva por falta de transparencia carece de efectos retroactivos y ello en su conjunto origina que tales declaraciones de nulidad de una cláusula abusiva concreta corran el riesgo de devenir ineficaces debido a las incertidumbres que generan las consecuencias de la propia declaración de nulidad⁵⁵.

Es por ello que recomienda dicho especialista en la materia dos cuestiones urgentes, que serían, por un lado, la urgente creación de una «comisión de cláusulas abusivas», como existe en otros países europeos como Alemania o Francia, y, por otro lado, una llamada también urgente al legislador «para que releve a los tribunales y resto de operadores jurídicos de parte de la arriesgada carga de una construcción jurisprudencial (y notarial, registral, etc.) paulatina y apegada al caso concreto...»⁵⁶, a la par que finalmente recomienda explorar nuevas vías de solución sobre la materia que, obviamente, no está resuelta en la actualidad.

2.2. EL CONTROL EXTRAJUDICIAL DE LA ABUSIVIDAD DEL CRÉDITO BANCARIO

Debemos decir que no incluimos aquí referencias al control judicial, en primer lugar, porque ese aspecto excede del objeto de este trabajo y, en segundo, porque la jurisprudencia nacio-

⁵³ *Vid.* nota anterior.

⁵⁴ *Ibidem*, págs. 143-144.

⁵⁵ *Ibidem*, pág. 142.

⁵⁶ *Ibidem*, pág. 147. *Cfr.* DOMÍNGUEZ LUELMO: *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Lex Nova, 2012, especialmente págs. 155 y ss., sobre el carácter abusivo del préstamo hipotecario y la STJUE (Asunto C-415/11).

nal se muestra poco proclive a apreciar de oficio la nulidad de las cláusulas abusivas puesto que, a pesar de que el juez se rija por el principio *iura novit curia* (el juez debe conocer el derecho), lo aplica solo cuando es alegado por las partes.

Pues bien, a la vista de las condiciones generales que integran los formularios empleados por las entidades de crédito en su relación con la clientela, se puede determinar el posible carácter abusivo de algunas de sus cláusulas aplicando los criterios contemplados en los artículos 10.1 c) y 10 bis.1 y del catálogo de cláusulas contenido en la disposición adicional primera de la LGDCU, todo ello en relación con la normativa sectorial bancaria, órdenes ministeriales o circulares del Banco de España y leyes especiales. Digamos que la aplicación de la nueva normativa sobre condiciones generales y consumidores ha provocado, en la práctica, que las entidades de crédito hayan introducido sensibles cambios en los contenidos de sus pólizas bancarias.

Hay que incidir en el estudio de aquellas cláusulas financieras que generalmente figuran incluidas en los distintos formularios bancarios y que, en la aplicación de los criterios de la cláusula general y del elenco de cláusulas de la disposición adicional primera de la LGDCU, puedan ser consideradas abusivas.

Debe analizarse la normativa sectorial sobre transparencia bancaria y las pautas establecidas por el servicio de reclamaciones del Banco de España para la determinación de lo que sea buena o mala práctica bancaria, pero ello no significa que otros tipos de cláusulas predispuestas no estrictamente financieras (sobre garantías, repercusiones de gastos, pactos de garantía, etc.) puedan también hallarse en los contratos que celebran las entidades de crédito con su clientela.

Pero surgen aquí determinadas cuestiones o posibles interpretaciones sobre el valor normativo de lo regulado sobre transparencia en circulares del Banco de España u órdenes ministeriales al respecto debido sobre todo a que son normas de carácter administrativo y por ello es dudosa su efectividad respecto a relaciones privadas, en aplicación del ya clásico principio de seguridad en contratos privados, según el cual el principio básico de libertad contractual en los mismos solo puede limitarse por una ley formal y cuya consecuencia (si seguimos esta idea) sería que el no cumplimiento de esas normas sobre transparencia por los bancos solo podrían ser objeto de sanción ante el propio Banco de España⁵⁷.

En este sentido, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España (creado por la Orden Ministerial de 3 de marzo de 1987) es el competente para la tramitación de todo tipo de reclamaciones de la clientela frente a las entidades de crédito ante posibles incumplimientos de los usos bancarios o de la transparencia; hay que recordar que sus decisiones ni son vinculantes ni ejecu-

⁵⁷ VICENT CHULIÁ, F.: «Condiciones generales de la contratación y condiciones abusivas bancarias», *Estudios de derecho judicial*, núm. 55, 2004, págs. 78 y ss. Cfr. también ÁLVAREZ MORENO: «Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, num. 17, 1993.

tivas sino solo consultivas o, como máximo, mediación amistosa entre entidad y cliente, de tal manera que la propia entidad de crédito no está obligada a cumplirlas⁵⁸.

Según los datos del propio Banco de España, el número de reclamaciones ante este servicio aumentó considerablemente desde los años 2008 y 2009, justamente cuando se producen los efectos de la crisis financiera y siendo la mayoría de estas reclamaciones provenientes de personas físicas sobreendeudadas por préstamos y créditos hipotecarios, tendencia que aumentó en los años siguientes según los datos que hemos confrontado personalmente desde los años 2009 a 2014⁵⁹.

Más eficaz será el control frente a la abusividad bancaria en tres niveles diferentes, al menos, tanto a nivel europeo, mediante el denominado sistema de corregulación, como en el caso propiamente español a través de las Asociaciones de Defensa de Consumidores y Usuarios Bancarios y el control por notarios y registradores. Analizamos estos tres aspectos:

- El modelo europeo de corregulación.
- La labor de las Asociaciones de Defensa de Consumidores y Usuarios Bancarios (sobre todo, OCU, AUSBANC o ADICAE) que plantean actuaciones buscando, por una parte, el control y, por otra, intervenir o influir de alguna manera en la corregulación.
- El control por notarios y registradores.

2.2.1. El modelo europeo de corregulación

Precisamente en esta materia de la protección de los consumidores en general y del consumidor bancario prestatario en particular, algunos autores, la propia Comisión de la UE y asociaciones de consumidores de prestigio transnacional, como la Federación Hipotecaria Europea (FHE), ven claras posibilidades de contraste de opiniones y criterios entre sí y sobre todo de cara a la comisión, buscando lo que algunos denominan ejemplos de corregulación en aspectos consensuados como recomendaciones o estándares aplicables a los mercados bancarios europeos en general y particularmente hipotecarios⁶⁰.

⁵⁸ ANDREU MARTÍ, M.: *La protección del cliente bancario*, Madrid, 1998, págs. 193 y ss.

⁵⁹ Así se desprende de los datos que hemos confrontado de la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España correspondientes a los años 2009, 2011 y 2014.

⁶⁰ FHE, *Nota sobre definiciones de datos a consumidores*, 2008, págs. 5-9. Estos estándares de préstamo responsable emitidos por la FHE se refieren básicamente a préstamos hipotecarios y hacen referencia a todo el trámite de concesión, desde el inicio hasta la comercialización, y considera que dichos estándares habrán de tenerse en cuenta por entidades de crédito y por prestatarios. La FHE, por tanto, emite unas directrices para el préstamo responsable a considerar no solo por los clientes prestatarios sino también por las autoridades, de forma que establece unos principios

Algunos ejemplos tenemos. Y así, el Código de Conducta Europeo de 2001 fue un claro ejemplo de correulación en el marco de la UE⁶¹, como resultado de largas reflexiones y reuniones entre asociaciones de consumidores y entidades de crédito europeas, hasta el punto de que la propia comisión la recogió en gran medida a través de una recomendación⁶², en concreto, la Recomendación 2001/19/CE.

La virtualidad del mismo, como ocurre con otros Códigos de Conducta, consiste en que la propia comisión asume muchas de dichas reflexiones y recomendaciones pactadas con los consumidores y las traslada a la banca prestataria incluso con instrumentos de registro y control, que ha dado por buenos la propia *European Banking Industry Committee* (EBIC), sistema muy utilizado en el marco de la UE y sorprendentemente casi desconocido y por supuesto inaplicado en España.

Algo parecido ocurre con el denominado *Libro Blanco sobre la Integración de los Mercados Hipotecarios Europeos* de diciembre de 2007, que constituye también otro modelo de correulación que asume reflexiones sobre los efectos de la crisis europea, aspectos de refinanciación hipotecaria, etc., recogiendo peticiones de asociaciones de consumidores de toda Europa, y que ha originado también numerosas bases para determinada recomendación.

Hasta tal punto ha sido así que este Libro Blanco fue pionero en cuestiones luego tratadas ampliamente, como el control transfronterizo de los servicios bancarios, registros de morosos, ficheros de solvencia, etc.

Precisamente, la misma FHE aprobó en 2009, tras amplios debates internos, unos «Estándares de la Federación Hipotecaria Europea para el préstamo hipotecario responsable»⁶³, que incluyen estándares muy consensuados y reclamados por las asociaciones de consumidores y usuarios europeas, representando en muchos casos puntos de vista contrarios a la comisión pero que la propia comisión finalmente ha asumido en diferentes aspectos.

generales que, si bien no son vinculantes, se emiten con clara intención de su toma en consideración y por tanto coregulan el sistema de concesión de préstamo.

⁶¹ Estos estándares de préstamo responsable los ha tomado la FHE de prácticas de préstamo responsable provenientes desde hace tiempo en los EE. MM. de la UE y, por tanto, se fundamentan en condiciones regulatorias de los diferentes países miembros. Consisten básicamente en unos Indicadores de Préstamo Responsable (IPR) aplicables a cualquier entidad que tramite préstamo hipotecario, entidades públicas y entidades privadas, y se refieren a puntos varios como información, validación, principios... a tener en cuenta tanto por prestamista como por prestatario.

⁶² La FHE viene realizando desde hace años y sobre todo desde el inicio de la crisis propuestas para un marco europeo de préstamo responsable y ha denunciado desde el primer momento errores sistémicos en las entidades de crédito de la UE, sobre todo en la tramitación y promoción de préstamos hipotecarios para la vivienda en el marco de la UE.

⁶³ La FHE publicó en el tramo 2008-2013 una serie de Estándares de Préstamo Responsable actualizados a la situación económica y financiera de cada año, pero siempre dentro del entorno de las consecuencias sobrevenidas por la crisis en los países de la UE, y a esos estándares se sumaron la casi totalidad de los países de la UE a través de sus delegaciones nacionales.

Si el Código de Conducta Europeo de 2001 y el *Libro Blanco sobre la Integración de los Mercados Hipotecarios* de 2007 fueron un ejemplo de corregulación para muchos autores, estos estándares de la FHE son otro ejemplo de autorregulación, hasta el punto de que la banca europea y la propia comisión aceptan sus posiciones y puntos de vista en muchos casos como propios, como lo demuestra el hecho de ser asumidos muchos aspectos de protección de los derechos de consumidores bancarios en la Directiva 2008/98/CE y directivas posteriores al respecto, que citamos en otros capítulos de este trabajo.

De manera resumida citamos aquí tan solo algunos ejemplos de estas reflexiones y opiniones aprobadas en la FHE que asumió la comisión en mayor o menor medida:

- a) Obligación de la entidad de crédito de actuación con transparencia⁶⁴, publicidad, profesionalidad y competencia de su personal.
- b) Obligación de una tasación realista realizada por agencias no «próximas» a la entidad de crédito⁶⁵.
- c) Información suficiente, verdadera y clara de las condiciones contractuales al prestatario.
- d) Obligatoriedad de buena fe por el prestamista bancario ante reclamaciones del prestatario y facilitación de soluciones amistosas.
- e) Tratamiento y gestión creativa de buena fe y con soluciones alternativas de clientes morosos al menos en casos de morosidad pasiva sobrevenida.
- f) Probablemente la aportación mayor sea la referida al estándar asumido por la comisión sobre *credit worthiness*, es decir, búsqueda de una evaluación previa de la solvencia del prestatario presente y futura.
- g) Obligatoriedad de bancos y entidades de crédito de información leal y verdadera al cliente prestatario sobre el riesgo del préstamo, teniendo en cuenta los ingresos y capacidad presente y futura del propio prestatario.

⁶⁴ Se buscará una transparencia total en toda la tramitación del préstamo en aspectos como los principios de reciprocidad y proporcionalidad, eficacia transfronteriza en la UE, información al prestatario, garantía hipotecaria, capacidad del prestatario de devolución de préstamo, procedimiento de reclamaciones, gestión de impagos, etc.

⁶⁵ La FHE suele publicar periódicamente unas directrices sobre la independencia de tasadores, buscando la coexistencia de tasadores internos y externos, y creó un denominado Grupo de Trabajo de Tasación en el que se integraron en un primer momento países tan importantes como Alemania, Francia, Italia, Reino Unido, Países Bajos, República Checa, Dinamarca, Grecia, Suecia y, por supuesto, España.

En dicho grupo de trabajo cada uno de los EE. MM. expone cómo funciona el sistema de préstamo hipotecario en su país, pero acepta sugerencias de los demás miembros del grupo en la búsqueda de un sistema integral de crédito de modelo europeo en lo referente a la tasación de inmuebles. Dicho grupo de trabajo suele actualizar y publicar con periodicidad unos trabajos anuales denominados «Tasación de Bienes con Fines Hipotecarios» y su influencia es indiscutible como elemento de corregulación, como se demostró a nivel europeo en la Directiva de Capital de 2006, que asumió gran cantidad de propuestas como opiniones, etc., sobre corregulación y autorregulación.

- h) Obligación del banco o entidad de adaptarse en caso de circunstancias sobrevenidas a la renegociación de las condiciones del pago del préstamo sin olvidar la garantía.
- i) Enunciado de diferentes cuestiones⁶⁶ que asumirán directivas posteriores sobre test de solvencia, ficheros de solvencia, TAE, protección del consumidor bancario, etc., que desarrollamos y analizamos en otro lugar, por lo que no se incluyen aquí.

2.2.2. La labor de asociaciones de defensa de consumidores y usuarios bancarios

La función de asociaciones de consumidores y usuarios españolas frente a la abusividad de las entidades de crédito la han llevado a cabo fundamentalmente tres de ellas, que son la OCU, ADICAE y AUSBANC, todas ellas con el denominador común de haber observado tiempo atrás los abusos de las entidades de crédito y su deslealtad contumaz con los clientes.

Del análisis que hemos hecho de la Orden EHA/2899/2011 se desprende claramente el incumplimiento reiterado de varios artículos de dicha orden, como el 10, 11, 18, etc., por parte de los bancos y cajas, que lejos de asesorar de buena fe al cliente, lo que hacen en realidad son claros engaños de una mayoría de clientes confiados con el director de la sucursal a quien conocen o en campañas publicitarias engañosas, todo ello muy lejos de una buena práctica bancaria mínimamente leal.

Diferentes informes tanto de la Comisión Europea como de la Confederación Española de Organizaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios (CEACCU) han venido a realizar en los últimos años numerosas denuncias sobre prácticas bancarias en préstamos y créditos, y

⁶⁶ Los elementos más importantes que el Grupo de Trabajo de Tasación emite en sus resúmenes ejecutivos se refieren tanto a metodología de la tasación como a criterios de valoración, si bien cada uno de los países se adhiere en mayor o menor medida a los diferentes valores de tasación. *Vid. www.hypo.org.*

Así como por ejemplo en el concepto «marco regulador» se distingue entre países con marco legal propio sobre tasación de inmuebles (entre los que está España, Alemania, Portugal...) y países en los que no existe ese marco (Francia, Reino Unido, Bélgica, Grecia...). De igual modo, en lo referente a las claves de tasación se distingue entre tasación a valor hipotecario (en la que está España con Francia o Portugal) y países con tasación a valor de mercado (Alemania, Reino Unido, Holanda, Italia...). De igual modo se distingue entre países con marco legal que regula a los tasadores de inmuebles (España, Alemania, República Checa y Polonia) y países sin marco legal que regule a los tasadores, que abarca al resto de países. De igual manera se diferencia por países la limitación máxima del valor del préstamo en relación con el valor de la garantía, siendo en España el 80% para bienes residenciales, igual que Francia, Reino Unido o Italia, y siendo también en España el 60% para bienes comerciales, igual que en Francia o Italia pero diferente por ejemplo que en Dinamarca o República Checa, donde es el 70% para dichos bienes comerciales.

Finalmente, se enumeran otros criterios sobre seguro de responsabilidad profesional del tasador o sobre el título y uso de tasador y otras cuestiones menores sobre la tasación que por ser de menor transcendencia no incluimos aquí.

esta última confederación con numerosas reclamaciones y denuncias a través de las asociaciones antes citadas⁶⁷.

Las citadas asociaciones han venido llevando a cabo acciones colectivas contempladas en el TRLGDCU (art. 37), ejerciendo la defensa de intereses de consumidores y usuarios, buscando en muchos casos sentencias judiciales que declaren la nulidad de cláusulas en préstamos cuya nulidad sería extensiva a todos los contratos y préstamos similares, ya que cualquier particular o cliente bancario con contrato similar declarado nulo puede pedir obviamente su ejecución.

Estaríamos ante las llamadas acciones colectivas de cesación reguladas en la LGDGC (art. 12), en relación con el artículo 16 ya planteado en la Directiva 98/27/CE⁶⁸ y que busca en definitiva declaraciones de nulidad. Estas acciones son utilizadas por estas asociaciones de consumidores y son muy conocidos sus logros en numerosas sentencias que, tras declarar la nulidad de cláusulas abusivas, llevan también la prohibición de su utilización futura por las entidades de crédito.

A tenor de varias comunicaciones de la Comisión Europea relativas a las llamadas acciones de cesación y, en definitiva, sobre derechos de los consumidores, la citada Directiva 98/27/CE ha publicado la relación de asociaciones que tienen legitimación y habilitación para ejercer dichas acciones, en la que están incluidas las citadas como las tres asociaciones españolas más importantes (OCU, ADICAE y AUSBANC), entre otras.

Sin entrar en otras consideraciones que exceden este trabajo, las acciones judiciales y procesos planteados por estas asociaciones de consumidores tienen en sí mismas las ventajas y virtualidades siguientes:

1. Dictada sentencia, los efectos de la misma son predicables a todas las personas físicas con intereses análogos en los que se basó la demanda, una vez declarada la nulidad.
2. Como consecuencia de lo anterior e independientemente de que unos consumidores hayan presentado demanda, resultarán beneficiados por el fallo de la sentencia estimatoria con condenas pecuniarias desde el momento en que la sentencia sea firme.
3. De esta manera, las cláusulas contenidas en esos contratos de préstamo individuales, una vez declaradas nulas en sentencia firme, adolecerían de eficacia y por tanto sería inaplicables.
4. Declarada la nulidad de las cláusulas contenidas en tales contratos de préstamo individuales, surge la obligación para el acreedor de eliminar las cláusulas abusivas

⁶⁷ Vid. <http://www.ceaccu.org/sobreendeudamiento/comisiones-bancarias-icualto-nos-cuestan-y-cual-es-la-entidad-mas-cara>, 2011-2014.

⁶⁸ DOUE 27/5/2011, C 158.

del contrato y mientras este no lo lleve a cabo, el deudor no incurrirá en mora en caso de que no cumpla con su obligación de entregar o hacer alguna cosa desde que el acreedor le exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación conforme a lo dispuesto en el artículo 1.100 del CC, en tal sentido:

«Incurren en mora los obligados a entregar o hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación... En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro».

2.2.3. El control por notarios y registradores

Recordemos que el ciudadano tiene derecho a elegir libremente al notario, en aplicación del artículo 3 en concordancia con el artículo 126 del Reglamento Notarial, y ello es un aspecto más de los derechos del consumidor a la hora de elegir a qué notario da su confianza para autorizar una escritura notarial.

El tema es importante porque el notario debe buscar transparencia y claridad al estar en sus manos la numerosa contratación de créditos, tanto financieros como inmobiliarios. Sin embargo, el propio Banco de España, a través de su servicio de reclamaciones⁶⁹, indica expresamente que no es función suya informar a los clientes de los diferentes aspectos de elección de notario, sino únicamente las condiciones contractuales del préstamo, con lo cual resulta claro que es únicamente el notario quien debe tomar ciertas decisiones a la hora de autorizar una escritura pública de préstamo bancario con cláusulas previsiblemente abusivas.

En este sentido, la opinión del notariado es que «la crisis ha demostrado que es necesaria una redefinición de los instrumentos de protección del consumidor bancario e inmobiliario. Y los notarios, al menos en relación con los contratos que se autorizan o intervienen notarialmente, debemos asumir un papel central en ese nuevo esquema. Dificilmente la sociedad podrá percibir que un notario elegido por el banco (o por la inmobiliaria) es una figura puesta a su disposición para su protección. Por ello es fundamental revitalizar el derecho a la libre elección, procurando su eficacia e involucrando en este objetivo a Administraciones y a asociaciones para la defensa de los consumidores y usuarios y a los propios consumidores»⁷⁰.

⁶⁹ <http://www.bde.es/clientebanca/derechos/susderechos.htm>

⁷⁰ PÉREZ HEREZA, J.: «La libre elección de notario y la protección del consumidor», *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril de 2014, núm. 54, pág. 13.

Los notarios tienen la obligación de informar debidamente a las partes de las condiciones de la escritura pública y en el caso de préstamos se concreta esta obligación en dársele al firmante del mismo de forma clara e inteligible para los no formados en derecho.

De los artículos 5 y 7 de la LCGC, en relación con el artículo 23, los notarios tienen también la obligación concreta antes de la firma de escritura de aclarar al firmante del préstamo puntos concretos sobre las cláusulas del contrato en términos asequibles a la formación de un ciudadano medio firmante de buena fe.

Asimismo, la citada Orden EHA/2899/2011 de transparencia y protección del cliente bancario contempla en varios artículos la obligación del notario de no proceder a la firma de la escritura del préstamo si observa irregularidades, contradicciones o puntos concretos del préstamo que no coinciden o bien con la voluntad expresada por el cliente o bien con las obligaciones de la entidad de crédito. Sin embargo, numerosos notarios mantienen discrepancias o reservas sobre si el propio reglamento de notarios o la propia normativa citada les obliga a realizar juicios de valor sobre cláusulas dudosas contenidas en préstamos y créditos, existiendo una cierta doctrina notarial que opina que quizás ello sería extralimitarse en sus funciones.

El problema planteado no solo es de interpretación porque la propia Orden EHA/2899/2011 entiende claramente que muchas cláusulas financieras son cláusulas cerradas que se ofrecen como tal y de forma vinculante al cliente, tal y como vienen, o aparecen en modelos de préstamo o crédito que se ofrecen a los clientes de forma masiva.

No obstante, otro sector de doctrina notarial y registral⁷¹ interpreta que el notario sí está capacitado y entra en sus competencias el poder de detectar nulidad en algunas cláusulas ofrecidas a los clientes, independientemente de que puedan o no recurrirse posteriormente por el cliente consumidor o, lo que es más frecuente, por las asociaciones de consumidores y usuarios.

Alguno de los últimos trabajos de la civilística han tratado la cuestión de la actuación del notario cuando le proponen incluir cláusulas abusivas no negociables, planteando la cuestión de si el notario debe rechazar o no incluir en la escritura esa cláusula abusiva, sobre todo si observa si ello incurriría en posible ilegalidad cuando se den circunstancias de predisposición e imposición a un consumidor o cliente bancario de dicha posible cláusula abusiva en el contrato de crédito, cuestión que efectivamente entra dentro de los derechos del consumidor conforme a la normativa indicada.

Algún autor insiste en la idea de que aunque las cláusulas abusivas según la ley sean nulas, se trataría de una ineficacia de efectos retardados, porque no tiene virtualidad auténtica hasta que no se inscriba en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

⁷¹ GÓMEZ GALLIGO, J.: «Las condiciones generales de contratación en los contratos bancarios. El Registro de Condiciones Generales de la Contratación y la eficacia de la inscripción», *La contratación bancaria*, Sequeira, Gadea y Sacristán (dirs.), Madrid, 2007, págs. 240-275.

Es en esta idea sobre la actuación del notario ante las cláusulas abusivas en la que incide CLAVERÍA GOSÁLBEZ, al afirmar que «... si observamos otros preceptos de nuestro ordenamiento, advertimos con sorpresa y temor que se trata de una ineficacia de efectos retardados, pues no adquiere verdadera virtualidad hasta que no consta como tal en el RCGC. Este registro, instaurado por la LCGC (arts. 11, 22 y 23) y regulado además por el Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, resultaba singularmente relevante a la vista del núm. 6 del artículo 10 de la LCU tras su redacción en la LCGC de 1998, precepto trasplantado casi literalmente al artículo 84 del texto refundido actual. Como punto de partida, el aludido registro merece varias objeciones:

- 1.^a Una cláusula no es equiparable a una persona o a una finca, pues, a efectos prácticos, carece de identidad: ¿Cuándo una cláusula permanece siendo ella misma y cuándo deja de ser ella para pasar a ser otra? ¿Al cambiar una frase, una palabra, una coma?
- 2.^a A la vista de lo establecido en el número 3 del artículo 82 del texto refundido, que matiza y desarrolla el número 1, la cláusula X puede ser abusiva en el contrato Y y no serlo en el contrato Z, lo que implica que carece de sentido que conste o no conste como abusiva en el RCGC.
- 3.^a Pero, en mi opinión, la más grave decisión del legislador español en la materia reside en el artículo 84 del texto refundido, en cuya virtud... Los notarios y los registradores de la propiedad y mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación»⁷².

En este sentido, concluye el propio CLAVERÍA que cuando la LCGC y demás textos hablan de nulidad de las cláusulas abusivas «realmente establece una mera impugnabilidad que no impide la eficacia inmediata de las cláusulas, haciendo casi ilusoria la protección de los adherentes en contra de los principios informadores de la Directiva 93/13, CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, de la jurisprudencia europea y de las mismas leyes españolas, empezando por la CE»⁷³.

Por ello, es de destacar con dicho autor que debe concluirse que «el derecho español vigente sobre la predisposición y la imposición del contenido contractual, con o sin condiciones generales propiamente dichas, padece graves defectos que lo inhabilitan en gran medida para cumplir su sedicente finalidad protectora...»⁷⁴, lo que demuestra las dificultades de nuestro ordenamiento

⁷² CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H.: «El notario ante las cláusulas abusivas», *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril de 2014, núm. 54, págs. 7 y 8.

⁷³ *Ibidem*, pág. 8.

⁷⁴ *Ibidem*, pág. 9.

para el control de legalidad que deban ejercer los notarios respecto a las cláusulas abusivas, lo que aconseja en opinión del mismo autor una «profunda revisión»⁷⁵ de la normativa.

Recordemos finalmente que el Consejo General del Notariado creó el llamado Órgano de Control de Cláusulas Abusivas (OCCA) con la finalidad de crear un medio que reforzase la protección de los consumidores en la labor diaria de los notarios, con información sobre derechos del consumidor, jurisprudencia sobre cláusulas abusivas y otra información relevante para clientes bancarios en su condición de consumidores a la hora de firmar escrituras de contratos de préstamo, con especial incidencia en información sobre las cláusulas abusivas⁷⁶.

2.3. REFERENCIA A ALGUNAS CLÁUSULAS ABUSIVAS BANCARIAS

Recordemos que la actividad primordial de las entidades de crédito, en su acepción más genuina, consiste en la intermediación en el crédito. Estas reciben recursos ajenos de manos del público para, a su vez, prestarlos por su cuenta y riesgo. Esta actividad de intermediación la realiza en su gran mayoría utilizando dinero ajeno y para preservar la integridad de esos fondos las entidades de crédito deben realizar sus operaciones activas con una razonable dosis de seguridad, dentro del riesgo que toda actividad empresarial entraña⁷⁷. Tan solo recogemos aquí alguna de las cláusulas abusivas más comunes exclusivamente referentes al tema de estudio de este trabajo.

Así, por poner tan solo algunos ejemplos, tendríamos en primer lugar la llamada cláusula de resolución anticipada del préstamo por incumplimiento de prestaciones accesorias.

En este tipo de cláusula, la entidad bancaria se reserva el derecho de resolver un contrato de préstamo con base en una serie de obligaciones accesorias que se hubieran incumplido por

⁷⁵ *Ibidem*, pág. 9.

⁷⁶ A tal efecto se creó una web para consulta de los consumidores: <http://www.occa.notariado.org>, que también puede consultarse en www.notariado.org

⁷⁷ DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: «Hipoteca de la vivienda y otras hipotecas desde la perspectiva bancaria», *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, dirigida por Lauroba Lacasa, E., Marcial Pons, 2012, págs. 301 y ss. El profesor DOMÍNGUEZ LUELMO analiza en profundidad los medios que utilizan los bancos para evitar la finalidad de la reforma introducida en la LEC a través de la Ley 37/2001, mediante un uso sesgado y de mala fe por el banco del artículo 670.4.3.º de la LEC, de forma que el banco consigue quedarse el inmueble objeto de subasta no por un valor igual o mayor que el 70% del precio por el que salió a subasta, sino por el 50% o menos de ese valor, lo que viene a demostrar una vez más el «talante» de bancos y cajas. También *cf.* DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: «Comentarios a la Ley Hipotecaria», *op. cit.*, especialmente comentarios al artículo 12, págs. 149 y ss. Desde el punto de vista de la protección del consumidor en la materia, DÍAZ ALABART, S. (dir.) *et alii*: «La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)», Col. *Derecho del consumo*, Madrid, 2015. También para visión general del tema *vid.* DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, 2000, págs. 491 y ss. *Id.* a este respecto para un marco general BERCOVITZ, A. y BERCOVITZ, R.: *Estudios jurídicos sobre protección de consumidores*, Madrid, 1987, y BERCOVITZ, A.: «La protección de los consumidores en el derecho español», *EC*, núm. 1, 1984.

el cliente, por lo que posee amplia libertad a la hora de determinar qué tipo de obligaciones incumplidas son aquellas por las que puede poner fin a la relación contractual, sin embargo, por jurisprudencia reciente; parece claro que esto no debe ser así y que para el caso de resolución de contrato, estas entidades deben basarse en un incumplimiento grave de una obligación importante y no de cualquier tipo, por lo que se intenta que ese poder suyo de resolución contractual se vea reducido solamente a los aspectos más relevantes del contrato.

Otro ejemplo podría ser la denominada cláusula de resolución anticipada del préstamo por imposibilidad de inscripción registral de la garantía hipotecaria⁷⁸.

Esta cláusula es un ejemplo claro de una cláusula abusiva en cuanto causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato debido a que la entidad de crédito debió realizar la inscripción registral antes de la concesión del préstamo, degenerando el asunto en cláusula claramente abusiva porque recoge la facultad del banco de resolver el préstamo si no puede registrarse el documento de la hipoteca, y todo ello resulta en desproporcionado y, por tanto, abusivo, porque el banco prestamista no responde en ningún caso, ni siquiera cuando el error es imputable a sí mismo.

Un tercer ejemplo podría ser también la llamada cláusula de vencimiento anticipado por embargo de bienes del prestatario o disminución de la solvencia, sobre la cual recordemos que el artículo 1.129 del CC contempla que el deudor pierde su derecho a plazo por tres motivos:

- Cuando resulte insolvente después de que contrae una obligación.
- Cuando no otorgue al acreedor las garantías comprometidas.
- Cuando disminuyan sus garantías por culpa propia o desaparezcan fortuitamente.

La abusividad de la cláusula consiste en que no se refiere a la insolvencia sino a que haya o exista un embargo o simple disminución de la solvencia por eventualidades posteriores al contrato, lo cual significa conceder al banco una facultad discrecional de resolución del contrato por vencimiento anticipado, facultad claramente desproporcionada, con lo cual la cláusula origina en su conjunto un desequilibrio contractual⁷⁹.

Finalmente y respecto al control judicial de la abusividad de ciertas cláusulas, la STS de 18 de junio de 2012 y la sentencia de la cláusula suelo (STS, Pleno, 9 de mayo de 2013) han crea-

⁷⁸ DOMÍNGUEZ LUELMO: *op. cit.*, comentario al artículo 258 de la LH sobre información y protección del consumidor, especialmente al 258.2, sobre el deber de información a los consumidores, págs. 1.246-1.247, al 258.3, sobre la protección registral del consumidor, págs. 1.247-1.248, y sobre otros derechos de los consumidores, págs. 1.248-1.251.

⁷⁹ *Ibidem*, comentarios al artículo 12 de la LH, especialmente comentarios a las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras, págs. 149 y ss., sobre todo págs. 149-151, sobre su validez, y págs. 151-155, sobre la constancia registral, así como págs. 155-160, sobre la STJUE de 14 de marzo de 2013 (Asunto C-415/11) sobre abusividad de algunas cláusulas en préstamo hipotecario.

do doctrina jurisprudencial en el sentido de que no cabe el control de validez sobre las cláusulas que definen los *essentialia negotii*. La sentencia dice que la cláusula suelo es esencial en cualquier contrato hipotecario y no es susceptible de supervisión en búsqueda de cláusulas abusivas del artículo 82 de la LGDCU, aunque sí deberá ser anulada si padece de falta de transparencia.

En la sentencia se dice que la cláusula suelo aparece como esencial por ser un límite al alcance de lo que el que presta debe pagar, sin embargo, aquí entra en discordia con el mundo del derecho, que está lleno de cláusulas contractuales que sí lo hacen y nadie ha dictado su necesidad en el contrato ni les ha librado del control material, por lo que de nuevo entraríamos en lo ya dicho sobre el concepto de transparencia.

Realmente el control de transparencia es más oscuro e inseguro que el control de contenido y ello hace más difícil la separación entre el control de incorporación o no incorporación de cláusulas inconcretas, oscuras, complicadas, ilegibles y el control de contenido de las cláusulas que son legibles, concretas, sencillas, claras pero no transparentes que se eliminan no incorporándolas y las que se encuentran en lo abstracto de la «transparencia sustancial», que creemos que cursan por el control de contenido del artículo 82 de la LGDCU.

Más recientemente, la STS de 23 de diciembre de 2015 se pronunció claramente sobre numerosas cláusulas que son declaradas abusivas y sobre las consecuencias de la declaración de nulidad por abusividad, en concordancia con la Directiva 93/13 del Consejo de 5 de abril sobre cláusulas abusivas, en cuyo artículo 6 consagra como principio general el que las cláusulas declaradas abusivas generan nulidad parcial del contrato e incidiendo además en que los derechos nacionales de los EE. MM. no podrán vincular obligaciones al cliente.

Sobre el problema resultante, a su vez, de la integración, es sabido que existieron numerosas dudas y «por ello fue elevada cuestión prejudicial por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santander precisamente en relación con la posible integración con respecto a las cláusulas de intereses moratorios y vencimiento anticipado. La cuestión ha sido resuelta mediante auto de 11 de junio de 2015, Asunto C-602/13, que aclara y sistematiza la doctrina del TJUE condensándola en dos principios: 1. Los jueces nacionales al declarar una cláusula abusiva están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva...; el contrato de que se trate 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. 2. Excepcionalmente se ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de derecho nacional, pero esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad...»⁸⁰.

⁸⁰ PÉREZ HEREZA, J.: «El carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado por impago parcial y su posible integración... A propósito de la STS de 23 de diciembre de 2015», *El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero de 2016, núm. 65, pág. 53.

Aunque insistiendo en que estas páginas son solo aproximativas y sin pretensión alguna de exhaustividad, digamos finalmente que el consumidor tiene que poder «identificar la cláusula como definitoria del objeto del contrato» y «conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos de interés». Así, por ejemplo, si una cláusula defrauda lo que el consumidor esperaba que fuera el precio, no es transparente, pero tampoco lo sería en el caso de que la venta o la presentación del producto se hayan llevado a cabo de una forma engañosa. En todo caso, opina la doctrina que los defectos informativos de una cláusula no pueden ser abordados desde una norma de control de contenido, sino que han de cursar a través de los medios ordinarios de las acciones de nulidad por vicios en el consentimiento.

3. TRANSPARENCIA BANCARIA Y PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES

[La transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago bancarios y protección de la clientela (Orden EHA/1608/2010 de 14 de junio, Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre y Circular 8/1990 de 7 de septiembre). Entidades de crédito. Transparencia de las operaciones y protección de la clientela (BOE 20 de septiembre de 1990)].

En el mercado de los servicios de pago, los consumidores habitualmente sufren de la desventaja informativa y precisan de una protección adicional para que sus intereses económicos queden protegidos. Para ello, en materia de derecho comunitario se adoptó la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, que tiene como objetivo la verdadera integración del mercado único de servicios de pago y reconoce como esencial para su logro garantizar de manera adecuada la protección del usuario de servicios de pago.

Las disposiciones de esta directiva que requerían rango legal han sido incorporadas al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago. Esta ley, en su título III, recoge las obligaciones generales de transparencia e información de las condiciones generales y requisitos aplicables a los servicios de pago, así como los aspectos genéricos del régimen de resolución y modificación de los contratos marco y se remite la concreción de esas obligaciones generales para su posterior desarrollo reglamentario, siendo la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, la norma que desarrolla y completa la transposición al ordenamiento jurídico español de la citada directiva.

La Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, protege al cliente en los mercados de servicios financieros estableciendo en tres capítulos las condiciones generales de transparencia y requisitos de información aplicables a los servicios de pago y las especificidades que operan respecto de las operaciones de pago singulares y los contratos marco.

En concreto, el capítulo I recoge la aplicabilidad de la orden tanto a las operaciones de pago singulares como a los contratos marco y a cada una de las operaciones de pago que se realizan

sujetas a dichos contratos marco. Sin embargo, en los supuestos en que el usuario del servicio de pago no sea consumidor, las partes podrán acordar que no se aplique, total o parcialmente, la orden.

También establece obligaciones generales de información a los proveedores y beneficiarios de servicios de pago cuando presten servicios de cambio de divisa o establezcan recargos o descuentos para utilizar un determinado instrumento de pago.

En materia de divisa de las operaciones, los pagos se efectuarán en la divisa que las partes hayan acordado. Cuando en el punto de venta o por el propio beneficiario, se ofrezca un servicio de cambio de divisa con anterioridad al comienzo de la operación de pago, la parte que ofrezca el servicio de cambio de divisa al ordenante deberá informar a este de todos los gastos, así como del tipo de cambio que se empleará para la conversión de la operación de pago. Una vez informado, el ordenante deberá mostrar su consentimiento sobre el servicio de cambio de divisa bajo estas condiciones.

En orden a lograr esa transparencia y protección del cliente evitando la aplicación de cláusulas abusivas en perjuicio del cliente, entra en juego la obligación del Banco de España de controlar a las entidades financieras y así el apartado 3 del artículo 3 de la orden establece que los proveedores de servicios de pago que ofrezcan los servicios de cambio de divisa establecerán y harán públicos, en la forma que establezca el Banco de España, los tipos de cambio, comisiones y gastos, incluso mínimos, aplicables a las operaciones.

En el artículo 4 de la orden se concreta la información que los proveedores y beneficiarios de los servicios de pago deben ofrecer al cliente acerca de los gastos adicionales o de las reducciones para utilizar un determinado instrumento de pago. Así, cuando a efectos de la utilización de un instrumento de pago determinado, el beneficiario exija el pago de un gasto adicional u ofrezca una reducción por su utilización, informará de ello al ordenante antes de iniciarse la operación de pago. E igualmente se procederá cuando sea el proveedor de servicios de pago o un tercero quien exija el pago de un gasto adicional sin perjuicio de lo dispuesto en la Orden PRE/1019/2003, de 24 de abril, sobre transparencia de los servicios bancarios prestados mediante cajeros automáticos.

Para garantizar que el usuario de servicios de pago conoce de la traslación, desde el beneficiario hasta él, de aquellos costes que a aquel le supone la aceptación de un instrumento de pago concreto, se obliga a los beneficiarios a que proporcionen a los consumidores información completa sobre la cuantía de ese gasto adicional, que en ningún caso ha de superar el coste diferencial que asume el beneficiario por la aceptación de ese instrumento de pago específico.

En orden a las especialidades respecto de los requisitos de información para instrumentos de pagos de escasa cuantía, el artículo 5 de la citada orden considera instrumentos de pago de escasa cuantía aquellos que solo afecten a operaciones de pago individuales no superiores a 30 euros o que tengan un límite de gasto de 150 euros o que permitan almacenar fondos que no excedan en ningún momento la cantidad de 150 euros.

En el capítulo II se recogen las exigencias de información relativas a las operaciones de pago singulares, entendiendo por tales aquellas que no están cubiertas por un contrato marco, exigiendo

en estos casos que el proveedor de servicios de pago facilite con carácter previo al usuario determinada información general relativa al plazo de ejecución máximo del servicio de pago y el conjunto de gastos que el usuario debe abonar al proveedor por dicho servicio. El proveedor queda obligado a facilitar cierta información al ordenante y al beneficiario, después de la recepción de la orden de pago y su ejecución respectivamente, de manera que puedan identificar la operación de pago, conocer su importe o, cuando proceda, el tipo de cambio utilizado.

Respecto a la información general previa relativa a las operaciones de pago singulares, el artículo 7 establece que el proveedor de servicios de pago facilitará al usuario de servicios de pago, de un modo fácilmente accesible para él, la información y las condiciones establecidas en el artículo 8, antes de que el usuario quede vinculado por cualquier contrato u oferta. Si el usuario del servicio de pago lo solicita, el proveedor de servicios de pago le facilitará la información y las condiciones mencionadas en papel u otro soporte duradero.

La información y las condiciones estarán redactadas en términos fácilmente comprensibles, de manera clara y legible, en castellano o en cualquiera de las demás lenguas españolas oficiales de las respectivas comunidades autónomas en las que se preste el servicio de pago o en cualquier otra lengua acordada entre las partes. Si el contrato relativo a una operación de pago singular se ha celebrado a instancias del usuario del servicio de pago a través de un medio de comunicación a distancia que no permita al proveedor de servicios de pago cumplir lo dispuesto sobre la información general previa, dicho proveedor cumplirá esta obligación inmediatamente después de la ejecución de la operación de pago.

El artículo 8 de la orden regula la información y condiciones relativas a las operaciones de pago singulares. Así, prevé que el proveedor de servicios de pago facilitará al usuario de servicios de pago la información y las condiciones siguientes:

- La especificación de la información y del identificador único que el usuario de servicios de pago debe facilitar para la correcta ejecución de una orden de pago.
- El plazo máximo de ejecución del servicio de pago que debe prestarse.
- Todos los gastos que el usuario debe abonar al proveedor de servicios de pago y, en su caso, el desglose de las cantidades correspondientes a dichos gastos.
- En caso de que la operación de pago incluya un cambio de divisa, el tipo de cambio efectivo o el de referencia que se aplicará.

El capítulo III contiene previsiones análogas a las del capítulo II pero referidas a los contratos marco. Respecto a los contratos marco, el artículo 11 regula la información general previa a la celebración de un contrato marco y en su apartado 1 dispone que el proveedor de servicios de pago facilitará al usuario de servicios de pago, en papel u otro soporte duradero, la información y las condiciones contenidas en el artículo 12 con suficiente antelación a la fecha en que el usuario quede vinculado por cualquier contrato marco u oferta. La información y las condiciones estarán

redactadas en términos fácilmente comprensibles, de manera clara y legible, en castellano o en cualquiera de las demás lenguas oficiales de las respectivas comunidades autónomas en las que se preste el servicio de pago o en cualquier otra lengua acordada entre las partes.

A fin de lograr una mayor transparencia de las condiciones y, en definitiva, garantizar una mayor protección para el consumidor, el artículo 12 prevé una regulación exhaustiva de los requisitos de información y condiciones a la hora de celebrar un contrato marco. Así, el proveedor de servicios de pago proporcionará al usuario de servicios de pago la información y las condiciones relativas:

- Al proveedor de servicios de pago.
- A la utilización del servicio de pago.
- A los gastos y tipos de interés de cambio.
- A la comunicación.
- A las responsabilidades y requisitos necesarios para la devolución.
- A las modificaciones y rescisión del contrato marco.
- A la ley aplicable, la competencia jurisdiccional y los procedimientos de reclamación.

Igualmente, se garantiza la protección de los consumidores al regularse la accesibilidad de la información y de las condiciones del contrato marco en el artículo 13, pues en cualquier momento de la relación contractual, el usuario de servicios de pago que así lo solicite tendrá derecho a recibir en papel o en otro soporte duradero las condiciones contractuales del contrato marco, así como la información y las condiciones contempladas en el artículo 12.

El capítulo III concluye con dos artículos que concretan el régimen en virtud del cual los proveedores de servicios de pago pueden modificar o resolver un contrato marco en previsión de proteger al consumidor. En concreto, el artículo 17 establece que el proveedor de servicios de pago deberá proponer cualquier modificación de las referidas en el artículo 22 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de modo idéntico al estipulado en el artículo 11, relativo a la información general previa a la celebración de un contrato marco. Por su parte, el artículo 18 prevé que conforme a lo previsto en el artículo 21.3 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de acordarse así en el contrato marco, el proveedor de servicios de pago podrá resolver el contrato marco celebrado por un periodo indefinido si avisa en idénticos términos a los previstos en el artículo 11.1 y con una antelación mínima de 2 meses.

La disposición final primera de la presente orden ministerial habilita al Banco de España para que pueda dictar las normas precisas para el desarrollo y ejecución de esta orden y la disposición adicional tercera de esta orden ministerial establece una protección para el consumidor frente a las entidades de pago recogiendo el régimen de información contable de estas e incluye una habilitación al Banco de España para que concrete su aplicación a estas entidades y, en definitiva, para ejercer la supervisión el Banco de España sobre esos contratos y proteger a los clientes frente a las entidades bancarias de posibles abusos por partes de estas.

Dicha disposición adicional establece que «en los términos previstos en el artículo 14 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, las entidades de pago ajustarán su información contable a los principios contenidos en el Plan General de Contabilidad, con las adaptaciones que se establezcan mediante circular del Banco de España, que requerirá, en lo que se refiera a estados públicos, informe previo del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. En todo caso, la normativa contable que se establezca de forma específica para las entidades de pago deberá tomar en consideración los criterios y la terminología establecidos en la normativa contable aplicable a las entidades de crédito».

A su vez, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, regula los temas relativos a la protección de los consumidores bancarios, en general, transparencia de las condiciones, información contractual, depósitos, créditos y préstamos, y para ello cumple un triple objetivo.

De un lado, concentra en un único texto la normativa básica de transparencia superando la dispersión normativa hasta ese momento. Por otra parte, esta norma tiene como objetivo actualizar el conjunto de las previsiones relativas a la protección del cliente bancario, al objeto de racionalizar, mejorar y aumentar donde resultaba imprescindible las obligaciones de transparencia y conducta de las entidades de crédito. En tercer lugar, la norma desarrolla los principios generales previstos en la Ley de Economía Sostenible en lo que se refiere al préstamo responsable, de modo que se introducen las obligaciones correspondientes para que el sector financiero español, en beneficio de los clientes y de la estabilidad del mercado, mejore los niveles prudenciales a la hora de conceder este tipo de operaciones.

Además, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, regula otras áreas de relevancia sustancial entre las que cabe destacar tres. En primer lugar, se aborda el desarrollo específico de la normativa de la transparencia del préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda a efectos de sustituir la regulación anterior, de 1994. Por otra parte, la nueva regulación de transparencia se basa en una serie de requerimientos de información unificada tanto de carácter precontractual como contractual. Y, en tercer lugar, refuerza específicamente la transparencia en lo que se refiere a determinados servicios, como las cláusulas suelo o techo y los instrumentos financieros de cobertura del tipo de interés.

Dando cumplimiento a la transparencia en lo relativo a los tipos de interés, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, establece en el apartado 2 del artículo 4 que las entidades de crédito deberán poner a disposición de los clientes, debidamente actualizados, los tipos de interés habitualmente aplicados a los servicios que prestan con mayor frecuencia, en un formato unificado, conforme a los términos específicos que determinará el Banco de España. Esta información incluirá, en todo caso, de manera sencilla y que facilite la comparación entre entidades, la TAE u otra expresión equivalente de la operación. Esta información unificada estará disponible en todos los establecimientos comerciales de las entidades de crédito, en sus páginas electrónicas y en la página electrónica del Banco de España, que deberá estar a disposición de los clientes en cualquier momento y gratuitamente.

Toda la publicidad de las entidades de crédito referida a los servicios bancarios será clara, objetiva y no engañosa (art. 5) y en orden a la información precontractual se establece en el artículo 6 de esta orden que las entidades de crédito deberán facilitar de forma gratuita al cliente de servicios bancarios toda la información precontractual que sea legalmente exigible para adoptar una decisión informada sobre un servicio bancario y comparar ofertas similares, debiendo ser esta información clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa y habrá de entregarse con la debida antelación en función del tipo de contrato u oferta y, en todo caso, antes de que el cliente quede vinculado por dicho contrato u oferta.

Por su parte, el artículo 7, relativo a los requisitos de la información contractual, impone la obligación a las entidades de crédito de entregar al cliente el correspondiente ejemplar del documento contractual en que se formalice el servicio recibido y la obligación de conservar el documento contractual y poner a disposición del cliente copia del mismo siempre que este lo solicite.

No obstante, en las operaciones formalizadas en documento notarial se estará, en cuanto a la obtención de copias por los clientes, a lo dispuesto en la normativa notarial. Asimismo, en los documentos contractuales relativos a servicios bancarios de captación de fondos reembolsables, especialmente depósitos y de concesión de crédito y préstamo, deberán recoger de forma explícita y clara los extremos relativos al tipo de interés nominal, la TAE u otra expresión equivalente del coste o remuneración total efectivos en términos de intereses anuales, la periodicidad con que se producirá el devengo de intereses, las comisiones y gastos repercutibles que sean de aplicación, la duración del depósito o préstamo o crédito y las condiciones para su prórroga, las normas relativas a las fechas valor aplicables, los derechos y obligaciones que correspondan a la entidad para modificación del tipo de interés pactado o de las comisiones y gastos, los derechos y obligaciones del cliente en cuanto a la cancelación del depósito o préstamo o al reembolso anticipado del mismo y las consecuencias para el cliente del incumplimiento de sus obligaciones.

Cabe añadir como requisitos de la información al cliente que toda comunicación de las entidades de crédito referida a los servicios bancarios previstos en esta orden deberá reflejar de manera clara y fiel los términos en que se desarrollen los servicios, no destacar ningún beneficio potencial del servicio ocultando expresamente los riesgos inherentes al mismo, resultar suficiente para que el destinatario más habitual de la misma comprenda adecuadamente los términos esenciales del servicio y no omitir ni desnaturalizar ninguna información relevante (art. 8.1).

A su vez, en materia de protección de los consumidores bancarios en general, esta orden obliga a las entidades de crédito a facilitar a todo cliente las explicaciones adecuadas y suficientes para comprender los términos esenciales de todo servicio bancario ofertado (art. 9).

El artículo 10 regula el asesoramiento en materia bancaria: cuando las entidades de crédito y los clientes decidan suscribir un contrato de servicio bancario de asesoramiento, establecerán el derecho a percibir una remuneración por este concepto, salvo que el servicio sea gratuito y así se haya hecho saber al cliente.

En el artículo 11 se protege al consumidor cuando establece los requisitos de forma e información resaltada dirigida a los clientes de servicios bancarios; y el artículo 12 regula la comercialización de los servicios bancarios vinculados a la contratación de otro servicio, financiero o no, por parte de las entidades de crédito, a las que se impone el deber de informar al cliente sobre la posibilidad o no de contratar cada servicio de manera independiente y en qué condiciones.

El artículo 13 establece en beneficio del consumidor bancario el deber de diligencia en ejecución de órdenes y corrección de errores, imponiendo a las entidades el deber de poner los medios necesarios para ejecutar las órdenes de los clientes sin demoras ni retrasos, empleando para ello la máxima diligencia. El artículo 14 establece el régimen sancionador en caso de incumplimiento de lo previsto en esta orden por parte de las entidades de crédito sin perjuicio de la aplicación de la legislación general sobre consumidores y usuarios.

Respecto a los créditos y préstamos, destaca la regulación del préstamo responsable, abordando la evaluación de la solvencia en el artículo 18, esto es, la entidad de crédito, antes de que se celebre cualquier contrato de crédito o préstamo, deberá evaluar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del mismo, sobre la base de la información suficiente obtenida por medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el propio cliente a solicitud de la entidad. A estos efectos, las entidades deberán contar con procedimientos internos específicamente desarrollados para llevar a cabo la evaluación de solvencia. Estos procedimientos, además de ajustarse a la normativa específica sobre gestión de riesgos y control interno que resulte aplicable a las entidades de crédito, deberán contemplar, al menos, los siguientes aspectos:

- La adecuada evaluación de la situación patrimonial, financiera, de empleo e ingresos del cliente.
- La valoración de la capacidad del cliente y de los garantes de cumplir con sus obligaciones de pago derivadas del crédito o préstamo, para lo que se tendrán en cuenta además de sus ingresos, sus activos en propiedad, sus ahorros, sus obligaciones derivadas de otras deudas o compromisos, sus gastos fijos y la existencia de otras posibles garantías.
- En caso de créditos o préstamos a tipo de interés variable, y de otros en los que el valor de las cuotas pueda variar significativamente a lo largo de la vida de la operación, se deberá valorar cómo afectaría esta circunstancia a la capacidad del cliente de cumplir con sus obligaciones.
- En caso de créditos o préstamos hipotecarios o con otras garantías reales, la valoración prudente de tales garantías mediante procedimientos que eviten influencias o conflictos de interés que puedan menoscabar la calidad de la valoración.

También se aborda en esta orden las normas relativas a los créditos y préstamos hipotecarios, destacando el papel del Banco de España, que podrá adaptar las exigencias de información contenidas en los artículos 20 a 25 de la orden (información precontractual) para su aplicación a

otro tipo de préstamos diferentes de los hipotecarios y tampoco incluidos en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

El Banco de España elaborará una Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario con la finalidad de que quienes demanden servicios bancarios de préstamo hipotecario dispongan, con carácter previo a la formalización de los mismos, de información adecuada para adoptar sus decisiones de financiación. La guía estará disponible en todos los establecimientos comerciales de las entidades de crédito, en sus páginas electrónicas y en la página electrónica del Banco de España, y deberá hallarse a disposición de los clientes en cualquier momento y gratuitamente (art. 20).

Los artículos 21 a 25 de la orden contienen normas relativas a la ficha de información precontractual, a la ficha de información personalizada, a la oferta vinculante, a la información adicional sobre instrumentos de cobertura de riesgo de tipo de interés y a la información adicional sobre cláusulas suelo y techo.

Es de destacar en esta orden que a fin de evitar cláusulas abusivas en la contratación de préstamos hipotecarios que perjudican al cliente, el artículo 25 establece que en el caso de préstamos en que se hubiesen establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, se recogerá en un anexo a la ficha de información personalizada el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima.

Respecto a la hipoteca inversa, se prevé en el artículo 32 el régimen de transparencia. Esta orden se aplicará a las hipotecas inversas comercializadas en España conforme a lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia.

4. CONCLUSIONES

Tras analizar al principio del trabajo aspectos como los inicios de la protección del consumidor en el derecho europeo o precedentes nacionales como la importante Ley de Usura de 1908, aún en vigor de forma parcial, pasamos luego a estudiar aspectos conceptuales sobre las cláusulas abusivas bancarias, indicando que el criterio central que sirve para determinar cuándo dicha cláusula debe someterse al control de contenido no es tanto su carácter de no negociada, como el de su predisposición, porque la ausencia de negociación es la mejor indicación de que el mercado funciona competitivamente y, en su consecuencia, los intereses de los consumidores están debidamente protegidos por las leyes de mercado. Es pues la previa configuración por el empresario del contenido contractual lo que determina la fiscalización del contrato, porque el cliente no tiene capacidad técnica o jurídica o carece del tiempo necesario para analizar las distintas cláusulas y formular diferentes alternativas.

Si a pesar de ello entra en la negociación de una o varias cláusulas predisuestas, puede ocurrir que exista negociación con el predisponente y tenga su modificación, con lo que la cláu-

sula pierde su condición de prerredactada o, por el contrario, no consiga cambiar su contenido y la acepte como un mal necesario para obtener el bien o el servicio solicitado.

Los criterios de integración del contrato se recogen en el artículo 1.258 del CC y el contenido del contrato se compone de las reglas establecidas por las partes interpretadas de acuerdo con los usos y la buena fe.

Esta noción de buena fe equivalente a moralidad social, a equidad, a sujeción el contrato a aquellas normas de conducta colectiva que han de ser observadas por toda conciencia sana y honrada, es válida para estimar cuándo debe considerarse abusiva una cláusula no negociada y, por tanto, nula.

Debemos considerar contrario a la buena fe incluir cláusulas que derogan injustificadamente la ley dispositiva. Para dicho autor la norma dispositiva representa un reparto equilibrado de derechos y obligaciones de las partes. Ha de compararse la regulación contenida en la cláusula predispuesta con el derecho dispositivo, esto es, el derecho que se considera aplicable al contrato si las partes no hubieran pactado nada. Los contratos que carezcan de regulación legal habrá que integrarlos con los criterios contemplados en el artículo 1.258 del CC, es decir, hallando, de acuerdo con la naturaleza del contrato, las reglas que los contratantes leales y honrados habrían pactado.

Debe profundizarse aún más en el estudio de aquellas cláusulas financieras que generalmente figuran incluidas en los distintos formularios bancarios y que, en la aplicación de los criterios de la cláusula general y de la relación de cláusulas de la disposición adicional primera de la LGDCU, puedan ser consideradas abusivas.

Debe revisarse la normativa sectorial sobre transparencia bancaria y las pautas establecidas por el servicio de reclamaciones del Banco de España para la determinación de lo que sea buena o mala práctica bancaria, ello no significa que otros tipos de cláusulas predispuestas no estrictamente financieras (sobre garantías, repercusiones de gastos, pactos de garantía, etc.) puedan también hallarse en los contratos que celebran las entidades de crédito con su clientela, y en cuanto tales también serán merecedoras de nuestra atención.

Existe un lugar común en la doctrina en que la normativa vigente necesita urgentemente una renovación y un gran cambio, hay que dictar un conjunto de normas que consigan que el consumidor de la banca sea bien informado y que acerque lo máximo posible al oferente y al consumidor, acabando con el abismo que hoy les separa. Esto genera una responsabilidad increíble en el legislador ya que hablamos de llevar a cabo una reforma al completo. No cabe duda de que el sistema de inscripción de las cláusulas declaradas judicialmente nulas y los efectos que este produce no son suficiente en esta materia.

Sin embargo, una reforma legislativa no ha de consistir tanto en crear más normas y modificar las existentes como en crear un aparato de actuación más eficiente, más coordinado, que lleve la regulación a la práctica. Una buena medida desde la que empezar esta reforma sería exigir una mayor actividad tanto reguladora como sancionadora por parte del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Igualmente, debe concluirse que el denominado control de transparencia es más difuso, oscuro e inseguro que el control de contenido porque hace que el control abstracto de validez no sea posible y la legitimación de las asociaciones de consumidores pierdan la oportunidad de contrastar, y en su conjunto también dificultará la separación entre el control de incorporación o no incorporación de cláusulas inconcretas u oscuras y el control de contenido de las cláusulas que son a primera vista concretas y claras pero no transparentes y que se deban suprimir y aquellas que se encuentran según algunos autores dentro de lo que denominan «transparencia sustancial» del artículo 82 de la LGCU, cuestión que excede este estudio.

Normativa

Normativa nacional sobre endeudamiento, información crediticia y protección del deudor.

Marco jurídico nacional (no se incluye aquí la normativa europea, el marco común de referencia y los PECL que analizamos en otro apartado).

Real Decreto 685/1982 de regulación del mercado hipotecario.

Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios.

Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito.

Circular número 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (regula tipos de interés, comisiones, publicidad, organización y servicio de reclamaciones).

Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación y transposición de la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores.

Ley 6/2003, de 22 de diciembre, de Estatuto de las personas consumidoras y usuarias.

Orden ECO/737/2004, de 11 de marzo, sobre servicios de atención al cliente y defensa del cliente en las entidades de crédito.

Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros, para la transposición de la Directiva Europea 2002/65/CE del Parlamento y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002.

Desde 2007, Directivas europeas MIFID (*Markets in Financial Instruments Directive*) sobre políticas comunitarias de información contractual destinadas al inversor.

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley 26/1984 para la defensa de consumidores y usuarios y la Ley 44/2006.

Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario.

Ley 2/2009, de 31 de marzo, sobre la regulación de los préstamos y créditos hipotecarios concedidos por instituciones distintas a las entidades de crédito.

Real Decreto 712/2010 que desarrolla la Ley 2/2009 de 31 de marzo.

Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, que deroga la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, e incluye y transpone la Directiva Europea 2008/48/CE.

Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible (art. 40, que regula la información para la formalización del contrato hipotecario).

Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, sobre transparencia de los servicios bancarios y concesiones de préstamos.

Código de Buenas Prácticas Bancarias del Banco de España, incluido en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios.

Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.

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

Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, sobre acuerdo extrajudicial de pagos y nuevo régimen de exoneración de deudas para el deudor persona física.

Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

Bibliografía

- Actas del Congreso Internacional «Vivienda, préstamo y ejecución», Universidad de Sevilla, Facultad de Derecho, 24 y 25 de septiembre de 2015.
- ÁLVAREZ MORENO [1993]: «Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 17.
- ÁLVAREZ RUBIO, J. [2008]: «Algunas reflexiones en torno a la reforma de "fresh start" del consumidor en USA», *Anuario de Derecho Concursal*, XIV, págs. 233 y ss.
- ANDENA, M. y HADJEMMANUIL, C. [1997]: «Banking supervision, the internal market and European Monetary Union», en Andebas, M.; Gormley, L., Hadjiemmanuil, C. y Harden, I. (eds.), *European Economic and Monetary Union: The Institutional Framework*, La Haya-Londres-Boston.
- BALBE, M. [1977]: *Estado competitivo y organización europea*.
- BARTH, JR. (ed.) [2013]: *Research Handbook on International Banking and Governance*, Chapman University, US.
- BERCOVITZ, A. [1988]: «El Derecho del mercado de capitales», *RDBB*, núm. 29.
- BERCOVITZ, A. y BERCOVITZ, R. [1987]: *Estudios jurídicos sobre protección de consumidores*, Madrid.
- BURLING, J. y LAZARUS, K. (ed.) [2012]: *Research Handbook on International Insurance Law and Regulation*, London.
- CASTILLA CUBILLAS, M. [2010]: «La implementación de la nueva Directiva de crédito al consumo y la protección sustantiva de los usuarios de tarjetas de crédito», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, XXIX, núm. 118, págs. 79 y ss.
- CRUCES GONZÁLEZ, J. A. [1994]: «La protección del consumidor en el Derecho Comunitario», en Galán Corona, E. (dir.), *Reforma del Derecho Privado y protección del consumidor. Jornadas organizadas por la Universidad de Salamanca y el Centro Asociado de la UNED en Ávila*, Valladolid, págs. 25 y ss.
- DÍEZ-PICAZO [1996]: *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Madrid.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *La unificación del Derecho contractual europeo por vía jurisprudencial*, Universidad de Valladolid, P. I. subvencionado por el Ministerio de Economía y Competitividad de España (ref. DER2012-32484).
- [2010]: *Comentarios al Código Civil*, Editorial Lex Nova, Valladolid.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. y TORIBIOS FUENTES, F. [2010]: *Ejecución hipotecaria de vivienda, rehabilitación del préstamo y enervación de la acción*, Valladolid: Lex Nova, 232 págs.
- EIJFFINGER, S. y MASCANDARO, D. [2013]: *Handbook of Central Banking, Financial Regulation and Supervision*, Universidad de Bocconi, Italia.
- FAUS MONPART, E. [2001]: *Regulación y desregulación*, Barcelona.
- GARCÍA AMIGO: «Las cláusulas abusivas en el Derecho Comunitario. Su aplicación a los servicios financieros», *AD*, núm. 44.
- GETE-ALONSO CALERA, M. C. [2008]: «Caracterización jurídica del crédito al consumo en la Comunidad Europea (Directiva 2008/48/CEE/CE)», *Advocatus*, XIX, págs. 51 y ss.

- HERRERA DE LAS HERAS, R. [2010]: «La protección de los consumidores en los contratos de crédito al consumo no concedidos por entidades de crédito. El problema del sobreendeudamiento después de la nueva Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los contratos de crédito al consumo. Una perspectiva de derecho comparado», *Actualidad Civil*, VI, págs. 611 y ss.
- HIDALGO GARCÍA, S. [2011]: *El contrato y los terceros*, Thomsom/Reuters/Lex Nova.
- [2011]: «La vinculación contractual en la reciente Ley de Crédito al Consumo», *Revista de Derecho Comercial del consumidor y de la empresa*, vol. 11, Argentina, págs. 110-130.
 - [2010]: *Comentarios al Código Civil* (dir. Domínguez Luelmo, A.), Lex Nova.
- LABROSSE, J. R. [2013]: *Financial Crisis Containment and Government Guarantees*, University of Buckingham.
- LAGUNA DE PAZ, J. C. [2014]: «El mecanismo europeo de supervisión bancaria», *Revista de Administración Pública*, núm. 194, mayo-agosto, págs. 1-29, Madrid, .
- [2009]: *Servicios de Interés Económico General*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, págs. 209-214.
 - «¿Quién, qué y cómo supervisar a las entidades financieras?», en Díez Sánchez, J. J. (coord.), *Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 191.
- MARÍN LÓPEZ, M.: «El crédito al consumo y el crédito hipotecario: regulación en la UE y tratamiento en el Derecho español», en Cámara Lafuente y Arroyo Amayuelas, *op. cit.*, págs. 341 y ss.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. [2013]: «Problemas de cobertura jurídica de la supervisión bancaria del BCE en la nueva Unión Bancaria y apuntes para su solución», *Revista de Estudios Europeos*, núm. 63, julio-diciembre, págs. 79-114, Valladolid.
- MILLER, G. P. y CAFAGGI, F. [2013]: *The Governance and Regulation of International Finance*, Humbolt University, Berlín.
- NIEMI, J.: «Overindebted Household and Law: Prevention and Rehabilitation in Europe», en Niemi, J., Ramsay, I. y Whitford, W. C. (eds.), *Consumer Credit, Debt and Bankruptcy. Comparative and International Perspectives*, Oxford/Portland (oreg.), págs. 93 y ss.
- NIEMI-KIESILÄINEN, J. y HENRIKSON, A.-S.: *Legal Solutions to Debt Problems in Credit Societies* (Informe para el Consejo de Europa, 13/2016).
- PALAO MORENO, G. [2002]: «La protección de los consumidores en el Derecho Comunitario Europeo», en Reyes López, M. J. (coord.), *Derecho de Consumo*, Valencia, págs. 37 y ss.
- RAMOS HERRANZ, I. y GHIGI, C. [2008]: «Unión Europea. Nueva Directiva de crédito al consumo», *Derecho de los Negocios*, XIX, núm. 216, págs. 49 y ss.
- REYES LÓPEZ, M. J. [2012]: «Apunte sobre el futuro de la regulación del crédito al consumo, a la luz de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 332, págs. 3 y ss.
- RUBIO GARCÍA, D. [1996]: «La acción comunitaria a favor de los consumidores europeos», *Revista de Estudios Europeos*, XIII, págs. 45-55.
- RUBIO LOZANO, E. [2012]: «Sobre la interpretación y alcance de la Directiva relativa a los contratos de crédito al consumo», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, II, núm. 8, págs. 1 y ss.

SÁNCHEZ-CALERO [1986]: «La delimitación de la figura de entidad de crédito y la de otros sujetos», *RDBB*, núm. 23.

SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, D. [1992]: «La política de Consumo en la Comunidad Europea», *Revista de Estudios Europeos*, II, págs. 23-43.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ: «Análisis financiero de una nueva modalidad de préstamo», *CDC*, núm. 20, 1996.

SERRANO GÓMEZ, E.; ANGUITA VILLANUEVA, L. A. y ORTEGA DOMENECH, J. [2010]: «Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física», en Cuenca Casas, M. (coord.), *Familia y concurso de acreedores*, Cizur Menor, págs. 25 y ss.

TOMÁS MARTÍNEZ, G. y GÓMEZ TRUJILLO, L. [2011]: «La integración del mercado hipotecario europeo: la Propuesta de Directiva sobre los Contratos de Crédito para Bienes Inmuebles de Uso Residencial», *Revista General de Derecho Europeo*, XXV, págs. 1 y ss.

TWIGG-FLESNER, C. [2012]: «La Directiva sobre Derechos de los Consumidores en el contexto del Derecho de consumo de la UE», en Cámara Lafuente, S. (dir.) y Arroyo Amayuelas, E. (coord.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un Derecho Europeo de la compraventa de octubre de 2011*, Cizur Menor, págs. 81 y ss.