



ESCUELA JUDICIAL - Servicio de Formación Continua

**ACCIONES INDIVIDUALES RELATIVAS A CONDICIONES
GENERALES DE CONTRATACIÓN
Y A LA PROTECCIÓN DE USUARIOS Y CONSUMIDORES**

AUTORES

Esperanza Gallego Sánchez

Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad de Alicante

Marta Cervera Martínez

Magistrada del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Barcelona

Alberto Arribas Hernández

Magistrado Sección nº 28 de la Audiencia Provincial de Madrid

Luis Antonio Soler Pascual

Magistrado Sección nº 8 de la Audiencia Provincial de Alicante

Abril - 2017

ÍNDICE

Abreviaturas

PARTE PRIMERA. ASPECTOS SUSTANTIVOS

Capítulo I.-

La Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Pronunciamientos Tribunal de Justicia en materia de cláusulas abusivas. STJUE C-240/98, C-473/00, C-168/05, C-243/08, C-40/08, C-541/99, C-484/08, C-137/08, C-453/10, C-472/10, C-618/10, C-472/11, C-92/11, C-415/2011, C-397/11, C-488/11.

Capítulo II.-

Las condiciones generales de contratación. El contrato de adhesión. Características.

Capítulo III.-

El control de las condiciones generales de contratación en contratos celebrados con consumidores y usuarios.

Capítulo IV.-

Desarrollo el control de transparencia.

Sección primera.- Alcance del control de incorporación (legibilidad, comprensión gramatical, corrección de escritura). Los art. 5 y 7 LCGC.

- . La oferta vinculante.
- . OM 5 de mayo de 1994 (BOE de 11 de mayo de 1994) sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.
- . Orden EHA/2899/11, de 28 de octubre (BOE de 29 de octubre de 2011), de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Sección segunda.- El control de transparencia como control de la comprensibilidad del riesgo y carga económica. El art. 4.2 de la Directiva 93/13. Los elementos esenciales del contrato (STS 241/2013 y 265/2015).

- . Configuración jurisprudencial nacional y europea.
 - a).- STS 241/2013, STS 464/2014, 138/2015, 139/2015, 222/2015 y STS 705/2015.
 - b).- STJUE C-26/13, C-143/13, C-154/15 y C-421/14.

Sección tercera.- La consecuencia de la falta de transparencia. Abusividad.

Sección cuarta.- El estado de la cuestión en relación a tres cláusulas en particular.

- a).- La cláusula suelo.
- b).- La cláusula sobre vencimiento anticipado
- c).- La cláusula sobre intereses moratorios

Sección quinta.- Efectos de la abusividad. Art. 1303 CC.

- a).- Retroactividad. STJUE C-154/15.
- b).- Intereses de demora. STS 716/2016

Capítulo V.-

Los beneficiarios del control de transparencia. El consumidor. Concepto.

Sección primera.- Concepto de consumidor. STJUE de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y Man Garabito, C-488/11, (ECLI:EU:C:2013:341), STJUE de 15 de enero de 2015, Birutė Šiba contra Arūnas Devėnas, C-537/13, (ECLI:EU:C:2015:14), ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (caso Tarcãu).

Sección segunda.- El caso del "consumidor experto". STJUE de 3 de septiembre de 2015, Costea, C 110/14, (ECLI:EU:C:2015:538) y STS, Sala 1ª, núm. 60/2016, de 12 de febrero de 2016 (Roj: STS 361/2016).

Sección tercera.- Ánimo de lucro y condición de consumidor. Interpretación. STS, Sala 1ª, núm. 16/2017, de 16 de enero de 2017, (Roj: STS 17/2017).

Sección cuarta.- Bienes de primera necesidad y consumidor. STS, Sala 1ª, 265/2015 de 22 de abril de 2015 (Roj: STS 1723/2015).

Sección quinta.- La condición de consumidor en los contratos con doble finalidad. STJUE de 3 de septiembre de 2015, Costea, C 110/14, (ECLI:EU:C:2015:538) y STS, Sala 1ª, núm 224/2017, de 5 de abril de 2017 (Roj: STS 1385/2017).

Capítulo VI.-

Los contratos con condiciones generales de contratación con no consumidores.

Sección primera.- No aplicación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios a los profesionales y empresarios.

Sección segunda.- Régimen jurídico aplicable.

Sección tercera.- STS 367/2016, STS 30/2017, STS 41/2017 y 57/2017.

Capítulo VII.-

Régimen legal aplicable al caso de contratos celebrados con consumidores

Sección primera.- En las que las cláusulas están negociadas individualmente.

Sección segunda.- En el que las cláusulas están predispuestas e impuestas pero circunscritas a un solo contrato.

Capítulo VIII.-

El control notarial de las cláusulas abusivas. El papel del notario en los préstamos bancarios con garantía real.

PARTE SEGUNDA. ASPECTOS PROCESALES

Capítulo I.-

Introducción.-

Capítulo II.-

La interpretación de la disposición adicional 4ª de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.-

Capítulo III.-

Normas procesales generales en procesos para la defensa de consumidores y usuarios.-

Sección primera.- Capacidad para ser parte y capacidad procesal de consumidores personas físicas y de entidades, grupos y asociaciones de consumidores y usuarios.-

Sección segunda.- Legitimación.-

Sección tercera.- Publicidad e intervención en los procesos promovidos para la protección de derechos e intereses de consumidores y usuarios.

Sección cuarta.- La pluralidad de partes. El litisconsorcio.

Sección quinta.- Acumulación.-

Sección sexta.- La sentencia y sus efectos.

- I. Acciones individuales/acciones colectivas. Relaciones. Cosa juzgada. STS 123/2017.**
- II. STJUE C-154/2015. Vigencia del principio dispositivo y de congruencia en relación a los controles de incorporación, transparencia, contenido y efectos de la abusividad.**

Sección séptima.- La ejecución de sentencias dictadas en procesos promovidos por consumidores y usuarios.-

Capítulo IV.-

Normas especiales para el ejercicio de la acción colectiva de cesación en defensa de consumidores y usuarios consecuencia de la ley 39/2002.-

Sección primera.- Configuración de la acción de cesación.-

Sección segunda. Especialidades procesales: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil.-

Capítulo V.-

Normas especiales en el ámbito de las condiciones generales de la contratación.-

Sección primera. Acciones individuales.-

Sección segunda.- El mecanismo de control abstracto. Las acciones colectivas-

Sección tercera.- Competencia objetiva.-

Sección cuarta.- Competencia territorial.-

Capítulo VI.-

Algunos supuestos de nulidad de cláusulas atinentes a cuestiones procesales.-

Sección primera.- Sobre la validez de las cláusulas de sumisión expresa.-

Sección segunda.- Cláusula sobre costas.-

Sección tercera.- Cláusulas sobre preconstitución y carga de la prueba.

Capítulo VII.-

El anuncio extraprocésal de cese en la aplicación de la cláusula cuestionada. Efectos en el proceso.

Capítulo VIII.-

La mediación en consumo como ADR o Sistema Alternativo de Resolución de conflicto.

Sección primera.- Normativa europea: Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

Sección segunda.- La mediación en consumo en España. Su repercusión procesal.

Capítulo IX.-

Condiciones generales en contratos con consumidores. Abusividad y transparencia. Control de oficio.

Sección primera.- Límites al control de oficio. Principio de contradicción y aquietamiento del consumidor.

Sección segunda.- Obstáculos procesales. Procedimiento y plazo.

Capítulo X.-

Carga de la prueba de la condición de consumidor. Objeto de la prueba (¿Qué probar?)

Sección primera.- Relevancia de la prueba testifical

Sección segunda.- La prueba documental.

ABREVIATURAS

Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación	LCGC
Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios	LGPCU
Código Civil.....	CC
Ley Orgánica del Poder Judicial.....	LOPJ
Ley de Enjuiciamiento Civil.....	LEC
Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas <i>en los contratos celebrados con consumidores</i>	Directiva 93/13
Boletín Oficial del Estado.....	BOE
Tribunal de Justicia.....	TJ
Tribunal General.....	TG
Tribunal Supremo.....	TS
Audiencia Provincial.....	AP

INDICE CON PAGINACIÓN

PARTE PRIMERA. ASPECTOS SUSTANTIVOS	11
CAPÍTULO I	11
La Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. La Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Pronunciamientos del Tribunal de Justicia en materia de cláusulas abusivas. STJUE C-240/98, C-473/00, C-168/05, C-243/08, C-40/08, C-541/99, C-484/08, C-137/08, C-453/10, C-472/10, C-618/10, C-472/11, C-92/11, C-415/2011, C-397/11, C-488/11. C-34/2013, (C-377).	11
Sección primera. Objeto y ámbito de aplicación de la Directiva.	11
1. Objeto de la Directiva	11
2. Ámbito de aplicación de la Directiva.	13
Sección segunda. Contenido de la Directiva	14
Sección tercera. La Directiva y el Derecho español	22
1. La incorporación de la Directiva en el Derecho español	22
2. La eficacia de la Directiva. Los efectos de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de cláusulas abusivas	23
CAPÍTULO II	26
Las condiciones generales de contratación. El contrato de adhesión	26
Sección primera. Las condiciones generales de la contratación.	26
1. Concepto	26
2. Características.	35
2.1. Requisitos.	35
2.1.1. Introducción.	35
2.1.2. Carácter contractual.	35
2.1.3. La predisposición.	35
2.1.4. La generalidad.	37
2.1.5. La imposición.	38
2.1.6. La condición de profesional del predisponente	41
2.2. Elementos irrelevantes para la caracterización.	42
Sección segunda. El contrato de adhesión	43
CAPÍTULO III	44
El control de las condiciones generales de contratación en contratos celebrados con consumidores y usuarios	44
Sección primera. El ámbito del control. Contratos y cláusulas excluidos	44
Sección segunda. Tipos de control. En particular el control de contenido o de abusividad	48
1. Tipos de control	48
2. En particular el control de contenido o de abusividad.	49
2.1. Alcance del control de contenido o de abusividad	49
2.2. Contenido del control de contenido o de abusividad	51
CAPÍTULO IV	54
Desarrollo del control de transparencia.	54
Sección primera. Alcance del control de incorporación (legibilidad, comprensión gramatical, corrección de escritura)	54
1. Los art. 5 y 7 LCGC.	56
2. La oferta vinculante.	57
2.1) OM 5 de mayo de 1994 (BOE de 11 de mayo de 1994) sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios	57

2.2. Orden EHA/2899/11, de 28 de octubre (BOE de 29 de octubre de 2011), de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. _____	60
Sección segunda. El control de transparencia como control de la comprensibilidad del riesgo y carga económica. El artículo 4.2 de la Directiva 93/13. Los elementos esenciales del contrato (STS 241/2013 y 265/2015) _____	61
1. El control de transparencia como control de la comprensibilidad del riesgo y carga económica. _____	61
2. El art. 4.2 de la Directiva 93/13. Los elementos esenciales del contrato (STS 241/2013 y 265/2015). _____	63
2.1. Configuración jurisprudencial nacional y europea _____	66
2.1.1. STS 241/2013, STS 464/2014, 138/2015, 139/2015, 222/2015 y STS 705/2015 _____	66
2.2.2. STJUE C-26/13, C-143/13, C-154/15 y C-421/14. _____	72
Sección cuarta. El estado de la cuestión en relación a tres cláusulas en particular y su incidencia en los litigios en curso _____	77
1. La cláusula suelo _____	77
2. La cláusula sobre vencimiento anticipado _____	79
3. La cláusula sobre intereses moratorios _____	81
Sección quinta. Efectos de la abusividad. Art. 1303 CC. _____	87
1. Efectos de la abusividad. _____	87
1.1. Art. 1303 CC. _____	88
1.1.1. Retroactividad. STJUE C-154/15. _____	88
CAPÍTULO V _____	92
Los beneficiarios del control de transparencia. El consumidor _____	92
CAPÍTULO VI _____	101
Los contratos con condiciones generales de contratación con no consumidores _____	101
Sección primera. No aplicación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios a los profesionales y empresarios _____	101
1.1. Requisitos de redacción. _____	103
1.2. Requisitos de conocimiento y aceptación. _____	103
2. Control legalidad _____	104
Sección tercera. Referencia a las sentencias del Tribunal Supremo nº 367/2016, 30/2017, 41/2017 y 57/2017 _____	104
CAPÍTULO VII _____	107
Régimen legal aplicable al caso de contratos celebrados con consumidores en los que las cláusulas están negociadas individualmente y aquellos en que están predisuestas e impuestas pero circunscritas a un solo contrato _____	107
Sección primera. Contratos en las que las cláusulas están negociadas individualmente _____	107
Sección segunda. Contratos en el que las cláusulas están predisuestas e impuestas pero circunscritas a un solo contrato _____	108
CAPÍTULO VIII _____	109
El control notarial de las cláusulas abusivas. El papel del notario en los préstamos bancarios con garantía real _____	109
PARTE SEGUNDA. ASPECTOS PROCESALES _____	113
CAPÍTULO I _____	113
Introducción _____	113
CAPÍTULO II _____	118
La interpretación de la Disposición Adicional 4ª de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación _____	118
CAPÍTULO III _____	120
Normas procesales generales en procesos para la defensa de consumidores y usuarios _____	120
Sección primera. Capacidad para ser parte y capacidad procesal de consumidores personas físicas y de entidades, grupos y asociaciones de consumidores y usuarios _____	120
1. Capacidad para ser parte _____	120

2. Capacidad procesal	121
Sección segunda. Legitimación	122
Sección tercera. Publicidad e intervención en los procesos promovidos para la protección de derechos e intereses de consumidores y usuarios	126
1. Comunicación previa de la presentación de la demanda en los procesos para la defensa de perjudicados que estén determinados o sean fácilmente determinables –colectivos-.	128
2. La publicidad de la admisión de la demanda en los procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, o por los grupos de afectados, sean colectivos o difusos.	128
3. Intervención procesal de los posibles perjudicados.	130
Sección cuarta. Pluralidad de partes. El litisconsorcio	130
Sección quinta. Acumulación	131
1. Acumulación de acciones.	131
1.1. El caso de la acumulación de acciones individuales.	132
1.2. El caso de la acumulación de acciones individuales a una acción colectiva.	134
1.2.1. Posibilidad de acumulación de las acciones típicamente individuales -declarativas, constitutivas y de condena- a la acción colectiva de cesación.	134
1.2.2. Posibilidad de acumulación de las acciones de las que varios son titulares, unas individuales, otras colectivas.	134
1.2.3. Competencia territorial para el conocimiento de la acumulación subjetiva de acciones	136
2. En cuanto a la acumulación de procesos	137
Sección sexta. La Sentencia y sus efectos.-	138
1. Acciones individuales/acciones colectivas. Relaciones -STS 123/2017 (ROJ 477/2017)-. Cosa Juzgada y Tribunal de Justicia -ATS de 4 de abril de 2017 (ROJ ATS 2684/2017)-	138
1.1. Introducción. Interpretación del art. 221 LEC.-	138
2. STJUE asunto C-154/2015 (ECLI:EU:C:2016:980). Vigencia del principio dispositivo y de congruencia en relación a los controles de incorporación, transparencia, contenido y efectos de la abusividad.	142
Sección séptima. La ejecución de sentencias dictadas en procesos promovidos por consumidores y usuarios.-	145
CAPÍTULO IV	147
Normas especiales para el ejercicio de la acción colectiva de cesación en defensa de consumidores y usuarios. La Ley 39/2002.	147
Sección primera. Configuración de la acción de cesación.	147
Sección segunda. Especialidades procesales: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil.	148
CAPÍTULO V	149
Normas especiales en el ámbito de las condiciones generales de la contratación	149
Sección primera. Acciones individuales	149
Sección segunda. El mecanismo de control abstracto. Las acciones colectivas	151
1. La acción declarativa.	152
2. Las acciones de cesación y de prohibición.	152
3. La acción de enriquecimiento injusto e indemnizatoria	152
4. La acción de retractación.	153
Sección tercera. Competencia objetiva	153
Sección cuarta. Competencia territorial	155
CAPÍTULO VI	157
Algunos supuestos de nulidad de cláusulas atinentes a cuestiones procesales	157
Sección primera. Sobre la validez de las cláusulas de sumisión expresa	157
Sección segunda. Cláusula sobre costas	158
Sección tercera. Cláusulas sobre preconstitución y carga de la prueba	158
CAPÍTULO VII	159

El anuncio extraprocésal de cese en la aplicación de la cláusula cuestionada. Efectos en el proceso	159
CAPÍTULO VIII	159
La mediación en consumo como ADR o Sistema Alternativo de Resolución de conflicto	159
CAPÍTULO IX	162
Condiciones generales en contratos con consumidores y usuarios. Abusividad y transparencia.	
Control de oficio	162
Sección primera. Límites al control de oficio. Principio de contradicción y aquietamiento del consumidor	165
Sección segunda. Obstáculos procesales. Procedimiento y plazo	166
CAPÍTULO X	167
Carga de la prueba de la condición de consumidor	167
Sección primera. Objeto de la prueba (¿Qué probar?)	167
CAPÍTULO XI	169
Otros aspectos probatorios examinados por la jurisprudencia	169
Sección primera. Relevancia de la prueba testifical.	169
Sección segunda. La prueba documental	169

PARTE PRIMERA. ASPECTOS SUSTANTIVOS

CAPÍTULO I

La Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. La Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Pronunciamientos del Tribunal de Justicia en materia de cláusulas abusivas. STJUE C-240/98, C-473/00, C-168/05, C-243/08, C-40/08, C-541/99, C-484/08, C-137/08, C-453/10, C-472/10, C-618/10, C-472/11, C-92/11, C-415/2011, C-397/11, C-488/11. C-34/2013, (C-377).

Sección primera. Objeto y ámbito de aplicación de la Directiva.

1. Objeto de la Directiva

Tal y como dispone el artículo 1 de la misma, el propósito de la Directiva 93/13/CEE, CEE del Consejo, de 5 de abril consiste en aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. Y ello, según se deduce, de la Introducción de la misma, con dos objetivos. Por un lado, adoptar medidas para establecer progresivamente el mercado interior, como espacio sin fronteras interiores¹¹¹¹ en el que la libre circulación de mercancías, de servicios y de capitales estuviera garantizada. Por otro lado, proteger a los consumidores. La adopción de la misma se justifica, en efecto, en que las legislaciones de los Estados miembros relativas a las cláusulas de los contratos celebrados entre, por una parte, el vendedor de bienes o el prestador de servicios y, por otra, el comprador eran muy dispares, lo cual daba lugar a que los mercados nacionales de venta de bienes y prestación de servicios a los consumidores difirieran entre sí y a que pudieran producirse distorsiones de la competencia entre los vendedores y los prestadores de servicios, en especial cuando la comercialización se realizaba en otros Estados miembros.

Asimismo, se advierte que los consumidores no conocían las normas que regulaban los contratos de venta de bienes o de prestación de servicios en los Estados miembros distintos del suyo y que esta dificultad podía disuadirles de realizar transacciones de adquisición de bienes o servicios de modo directo en otro Estado miembro. Junto a ello, se alude que es obligación de dichos Estados velar por que no se incluyan cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, por lo que resultaba indispensable eliminar estas cláusulas tanto para facilitar el establecimiento de un mercado único, como para proteger al ciudadano en su papel de consumidor al adquirir bienes y servicios mediante contratos que se rigen por leyes de Estados miembro distintos del suyo y asimismo para proteger a los empresarios quienes, en su condición de vendedores de bienes y prestadores de servicios se verán así ayudados en sus actividades de venta de bienes y prestación de servicios, tanto dentro de su país como en todo el mercado interior; y que de este modo se verá estimulada la competencia, contribuyendo así a una mayor opción de los ciudadanos de la Comunidad como consumidores.

Con el paso del tiempo, no obstante, la protección del consumidor se ha erigido en el fundamento básico de la norma, como demuestran las resoluciones judiciales sobre el particular. El sistema de protección que establece la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información. Según tiene declarado el TJUE es precisamente esa situación de inferioridad la que justifica que el artículo 6.1 de la Directiva disponga que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Según se desprende de la jurisprudencia de ese Tribunal se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas, esto es, subsanar el desequilibrio que instaura el contrato en perjuicio del consumidor (apdos. 44 y 45, STJUE C- 415/2011 y 39 y 40 STUE de 14 de junio de 2012, C-618/2010, asunto Banco Español de Crédito).

Con todo, hay que aclarar desde ahora que se trata de una Directiva de “primera generación”, esto es, de “mínimos” y armonización parcial, por lo que expresamente dispone que los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por ella, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección (art. 8). Así lo ha constatado la STJUE de 3 de junio de 2010, C-484/08, asunto Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid vs. AUSBANC al declarar que la regulación marcada por las disposiciones de la Unión Europea es de mínimos, de modo que admite disposiciones más estrictas del Estado para garantizar al consumidor un mayor nivel de protección, frente a cláusulas abusivas. Ha de recordarse que el vigente Derecho Originario de la Unión Europea declara la protección de los consumidores como una competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros, según previenen los artículos 4.2.f) y 169.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

A este respecto la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo incluye un nuevo artículo 8 bis en la Directiva 93/13, mediante el que se introducen deberes de información adicionales a cargo de los Estados miembros y de la propia Comisión en este contexto. Conforme al precepto mencionado cuando un Estado miembro adopte disposiciones con arreglo a lo

dispuesto en el artículo 8, informará de ello a la Comisión, así como de todo cambio ulterior, en particular si dichas disposiciones hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración o contienen listas de cláusulas contractuales que se consideren abusivas. Además, la Comisión se asegurará de que esa información sea fácilmente accesible para los consumidores y los comerciantes, entre otros medios, a través de un sitio web específico y transmitirá dicha información a los demás Estados miembros y al Parlamento Europeo, al tiempo que consultará a las partes interesadas por lo que respecta a dicha información.

No obstante, el verdadero interés de este precepto reside en que reconoce de forma expresa que es compatible con la Directiva el hecho de que los Estados miembros extiendan el control de abusividad a las cláusulas negociadas individualmente y, sobre todo, a las relativas a la adecuación entre precio o de la remuneración, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, excluidas del mismo por mor del artículo 4.2. Lo que ha dado lugar a una abundante litigiosidad y, en particular, en España ha promovido la línea jurisprudencial que ha soslayado dicha prohibición, así como la relativa a las cláusulas relativas a la definición del objeto principal del contrato con fundamento no una norma expresa, sino en la concepción y alcance del principio de transparencia, cuestión que se desarrollará de manera minuciosa en el capítulo cuarto de este título.

Sin perjuicio de ello conviene recordar desde ahora que la STJUE de 3 de junio de 2010 (Asunto C 484-08; Caja Madrid contra Ausbanc) ya consideró que una legislación nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible no es contraria a la Directiva.

2. Ámbito de aplicación de la Directiva.

Subjetivamente la Directiva se aplica a los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. La Directiva no se aplica, por tanto, si el adquirente de los bienes o servicios no es un consumidor y tampoco si quien los transfiere no es un profesional. A tenor del artículo 2 a) consumidor es toda persona física que, en los contratos regulados por la Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional. A efectos de interpretación de este artículo, la Sentencia TJUE de 22 noviembre 2001 (C-541 y C-542/1999), declara, en efecto, que el concepto de «consumidor» debe interpretarse en el sentido de que se refiere exclusivamente a las personas físicas ya que del tenor literal del precepto se deduce claramente que una persona distinta de una persona física, que celebra un contrato con un profesional, no puede ser considerada un consumidor en el sentido de la citada disposición. Por otro lado, conforme establece la Sentencia TJUE (Sala Cuarta) de 3 septiembre 2015 (C-110), el artículo 2, letra b), debe interpretarse en el sentido de que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «consumidor» con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Carece de pertinencia al respecto el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava

bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete.

Por el contrario el profesional puede ser tanto una persona física, como jurídica y, en este último caso, pública o privada. A tenor del artículo 2 c) profesional es cualquier persona que actúe dentro del marco de su actividad profesional, por lo que se trata de un concepto de contornos más amplios que el de empresario. Incluye a toda persona que distribuya bienes o preste servicios en el mercado de manera habitual, ya sean aquellos materiales o inmateriales y estos físicos, intelectuales, artísticos o de cualquiera otra índole, con independencia de toda otra consideración. Conforme establece la Sentencia TJUE de 15 enero 2015(C-537), la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se aplica a los contratos tipo de servicios jurídicos, como los que son objeto del asunto principal, concluidos por un abogado con una persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional.

Objetivamente la Directiva se aplica a los contratos de prestación de servicios y transmisión de bienes, sea cual sea la consideración de ambos. Esto es incluye, por ejemplo, tanto bienes materiales como inmateriales y servicios de todo tipo, incluidos los intelectuales y artísticos. Sin embargo, no todas las cláusulas de los mismos están sometidas a sus disposiciones. En concreto, según advierte el artículo 1.2 las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la misma. A este respecto conviene tener en cuenta que conforme dispone la Sentencia TJUE (Sala Tercera) de 10 septiembre 2014 (C-34), el artículo 1.2 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual que figura en un contrato concluido por un profesional con un consumidor está excluida del ámbito de aplicación de esa Directiva únicamente si dicha cláusula contractual refleja el contenido de una disposición legal o reglamentaria imperativa, lo que incumbe comprobar al tribunal remitente. Asimismo, según la Sentencia TJUE (Sala Primera) de 21 marzo 2013, C-92/2011 el artículo 1.2 debe interpretarse en el sentido de que esta Directiva se aplica a las cláusulas de las condiciones generales incluidas en contratos, celebrados entre un profesional y un consumidor, que reproducen una disposición del Derecho nacional aplicable a otra categoría de contrato y que no están sujetas a la normativa nacional de que se trate.

Sección segunda. Contenido de la Directiva

La Directiva no regula el régimen jurídico de los contratos que se integran en su ámbito de aplicación. Por el contrario, se limita a dictar dos pautas normativas principales en torno a ellos. Por un lado, exige que en los casos de contratos que consten por escrito, las cláusulas se redacten siempre de forma clara y comprensible (art. 5.1); regla que completa con una pauta hermenéutica, conforme a la cual en caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Por otro lado disciplina el sistema normativo relativo a las cláusulas abusivas. En este contexto, que cómo es fácil comprender, constituye el núcleo básico de la norma, comienza por definir la noción de cláusula abusiva, como

aquella cláusula contractual que, no habiendo sido negociada individualmente, pese a las exigencias de la buena fe, causa un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato (art. 3.1).

Esta redacción, no obstante, tras la corrección de errores aprobada en 2015, ha sido sustituida por la relativa a las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente cuando, contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, lo que resulta más indicativo en el contexto de la norma; si bien no deja de ser una cuestión terminológica derivada de disfunciones relativas a la traducción carente de consecuencias que no había suscitado problemas en la práctica. Las traducciones del texto a las diferentes lenguas no presentan en este punto plena coincidencia (“malgrado la buona fede” , consta en la traducción italiana; “en dépit de l'exigence de bonne foi” , en la traducción francesa; “contrary to the requirements of good faith” , en la traducción inglesa y “entgegen den Geboten von Treu und Glauben” en la traducción alemana). Con todo, la idea central, que ahora ha triunfado, es la alemana, que expresa la contradicción con un mandamiento de buena fe.

A este respecto para facilitar la identificación de las cláusulas abusivas, en el Anexo de la Directiva se recoge una lista de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas. Conforme al tenor literal del artículo 3.3 de la Directiva a la Sentencia TJUE (Sala Primera) de 14 marzo 2013, el anexo al que remite esa disposición sólo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.

En torno a los elementos de esta noción, la Directiva define el concepto de cláusula no negociada individualmente declarando que se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión; añadiendo que el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. Y sentando una regla sobre la carga de la prueba, conforme a la cual se presume que las cláusulas tipo, esto es, las incluidas en condiciones generales de la contratación, no han sido negociadas individualmente por lo que el profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba que (art. 3.2).

Sin embargo, respecto a los otros dos elementos, esto es, contrariedad a la buena fe y desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato en detrimento del consumidor, no suministra criterio alguno. Se limita a disponer que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa (art. 4.1).

Por otro lado, es fundamental tener en cuenta que no todas las cláusulas pueden ser sometidas a este juicio de abusividad. La Directiva es tajante al excluir el control de abusividad en los supuestos de cláusulas que definan el objeto principal del contrato y que se refieran a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, siempre que se redacten de forma clara y comprensible (art. 4.2).

La STJUE de 30 de abril de 2014 (C-26/13) -EDJ 2014/64254- define lo que se entiende por objeto principal del contrato, teniendo en cuenta también, según expone, el carácter de excepción del artículo 4.2 de la Directiva y la exigencia de una interpretación estricta de esta disposición que deriva de él. Conforme a ello, las cláusulas del contrato incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato», en el sentido de esta disposición, deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que como tales lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte del concepto de “objeto principal del contrato”, en el sentido del artículo 4.2. De modo que, según la sentencia, de los términos del artículo 4.2 resulta que esa categoría de cláusulas cuyo posible carácter abusivo no cabe apreciar tiene un alcance reducido, ya que esa exclusión sólo abarca la adecuación entre el precio o la retribución prevista y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida.

Por tanto, no hay abusividad digna de protección en materia de precios, ni de calidades de productos, lo que, según un sector de la doctrina, no hace sino constatar el hecho de que la Directiva no pretende corregir déficits económicos, sino solo jurídicos, en relación con los derechos y obligaciones de las partes que deriven del contrato, ya que se entiende que un régimen de libre competencia es suficiente para que los consumidores informados puedan haber valorado correctamente las propuestas de contrato. A este respecto la STS, Sala 1ª, núm. 406, de 18 de junio de 2012 (Roj: STS 5966/2012) aclara que *“el control de contenido que la nueva redacción del artículo 10 LGCU, siguiendo a la Directiva del 93, ya no refiere a la buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, sino a la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes y no permite que la valoración del carácter abusivo de la cláusula pueda extenderse ni a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución por una parte, ni tampoco a los servicios o fines que hayan de proporcionarse como contrapartida, esto es, dicho control de contenido no permite entrar a enjuiciar la justicia y el equilibrio contraprestacional de los elementos esenciales del contrato y, por tanto, a valorar la posible <<abusividad>> del interés convenido. No hay, por así decirlo, desde la perspectiva de las condiciones generales, un interés <<conceptualmente abusivo>>, sino que hay que remitirse al control de la usura para poder alegar un propio <<interés usurario>> que afecte a la validez del contrato celebrado”*.

En opinión de otros, sin embargo, el hecho de se admita el control de abusividad en ese ámbito no supone una habilitación para controlar la justicia de los precios. Simplemente permite que puedan ser declaradas abusivas cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato que, pese a ser claras y comprensibles, por no presentarse con la debida información provoquen una alteración del equilibrio económico del contrato que el consumidor creía haber pactada. En efecto, y este inciso es fundamental, la exclusión de dicho juicio solo procede siempre y cuando las cláusulas se redacten de manera clara y comprensible, según se hace deducir del art. 4.2 de la Directiva. Lo que ha dado lugar a una abundante litigiosidad y, en particular, en España, ha promovido la línea jurisprudencial que ha soslayado dicha prohibición, así como la relativa a las cláusulas relativas a la definición del objeto principal del contrato con fundamento no en una norma expresa, sino en la concepción y alcance del principio de transparencia, cuestión que se desarrollará de manera minuciosa en el capítulo cuarto de este título.

No obstante conviene anotar desde ahora que la STJUE de 30 de abril de 2014, Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai, C-26/13, (EDJ 2014/64254) considera que

“esta causa de exclusión del control de abusividad no sería aplicable en el Derecho español al no haber incorporado el artículo 4.2 al Derecho nacional, incluso si la cláusula controvertida se hubiera redactado de manera clara y comprensible como así declara la STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid & Ausbanc, C-484/08, (ECLI:EU:C:2010:309). En consecuencia, en el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible (...)”, lo que obliga a considerar que “la normativa española de que se trata en el litigio principal permite garantizar al consumidor, conforme al artículo 8 de la Directiva, una protección efectiva más elevada que la prevista por ésta. A la luz de estas consideraciones, estima la sentencia que procede responder a las cuestiones primera y segunda que los artículos 4.2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible”.

Adicionalmente, tal y como se ha indicado antes, el artículo 8 bis, introducido por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo reconoce de forma expresa la posibilidad de que los Estados miembros extiendan el control de abusividad a las cláusulas relativas a la adecuación entre precio o remuneración, por una parte, y a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra. Si bien, con anterioridad la STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid & Ausbanc, C-484/08, (ECLI:EU:C:2010:309) ya consideró que una legislación nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible no es contraria a la Directiva.

Finaliza la Directiva ordenando los efectos anudados a la declaración como abusiva de una cláusula, en cuyo contexto dispone que los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas (art. 6.1). Y obligando a dichos Estados miembros a prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas (art. 7.1).

Al respecto de la extinción de la vinculación el TJUE ha venido estableciendo de forma constante y reiterada (S-26/10/06, asunto C-168/05; S TJUE de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08; S-30/5/13, asunto C-488/11; A-17/3/16, asunto C-613/15; S-21/12/16, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15 y S-26/1/17, asunto C-

421/14) que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE es una disposición de carácter imperativo, equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento interno tienen rango de normas de orden público y que dicha Directiva en su totalidad constituye una medida indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta. Lo que ha reiterado en la STJUE de 21 de diciembre de 2016, sobre la que se volverá, insistiendo en que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE es una disposición que debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen la naturaleza de normas de orden público (ap.54), así como una norma imperativa (ap.55).

Asimismo desde la STJUE de 27 de junio de 2000 (C-240/98 a C-244/98) -EDJ 2000/13642- ha fundamentado en este precepto, en conjunción con el siguiente la facultad de declaración de oficio por el juez de las cláusulas abusivas.

En efecto, entre los medios que se obliga a prever para el cese del uso de las cláusulas abusivas (art. 7.1), la Directiva alude expresamente a dos, relativos a cuestiones de legitimación.

Al respecto de la legitimación activa reconoce legitimación activa para la denuncia de la existencia de cláusulas abusivas a las personas y organizaciones que, según la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores (art. 7.2).

Y, en materia de legitimación pasiva, dispone que, respetando la legislación nacional, las acciones podrán dirigirse, por separado o conjuntamente, contra varios profesionales del mismo sector económico o contra las asociaciones de los mismos que utilicen o recomienden que se utilicen las mismas cláusulas contractuales generales o cláusulas similares (art. 7.3).

No obstante, la jurisprudencia del TJUE ha individualizado otros que encomiendan tal labor a los jueces y tribunales de los Estados miembros. Desde la STJUE de 27 de junio de 2000 (C-240/98 a C-244/98) -EDJ 2000/13642- ha fundamentado en este precepto, en conjunción con el anterior la facultad de declaración de oficio por el juez de las cláusulas abusivas.

Esta sentencia dispone que

“en cuanto a la cuestión de si un Tribunal, al que se haya sometido un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, puede apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula de dicho contrato, es preciso recordar que el sistema de protección establecido por la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas. Y que el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva, que obliga a los Estados miembros a prever que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores, no podría alcanzarse si éstos tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de dichas cláusulas. En litigios cuya cuantía es a menudo escasa, los honorarios del abogado pueden resultar superiores a los intereses en juego, lo cual puede disuadir al consumidor de defenderse ante la aplicación de una cláusula abusiva. Si bien es cierto que, en algunos Estados miembros, las reglas de procedimiento permiten a los particulares defenderse a sí mismos en tales litigios, existe un riesgo no desdeñable de que, debido, entre otras cosas, a la ignorancia, el consumidor no invoque el

carácter abusivo de la cláusula que se esgrime en su contra. De ello se deduce que sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el Juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula”.

Por otra parte, continúa la sentencia, “*como ha observado el Abogado General en el punto 24 de sus conclusiones, el sistema de tutela instaurado por la Directiva se basa en la idea de que la situación de desequilibrio entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. Por tal razón, el artículo 7 de la Directiva , que en su apartado 1 exige a los Estados miembros velar por que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, precisa, en su apartado 2, que estos medios deben permitir a las organizaciones de consumidores reconocidas acudir a los órganos judiciales competentes con el fin de que éstos diluciden si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y lograr, en su caso, que cese su aplicación, aun cuando no hayan sido utilizadas en contratos determinados”.*

Añade que “*como ha señalado el Gobierno francés, cuesta comprender que, en un sistema que exige la existencia, con carácter preventivo, de acciones colectivas específicas con el fin de poner término a los abusos perjudiciales a los intereses de los consumidores, el Juez que conozca de un litigio relativo a un determinado contrato, en el que se estipule una cláusula abusiva, no pueda impedir la aplicación de esta cláusula por la mera razón de que el consumidor no haya planteado su carácter abusivo. Por el contrario, es preciso considerar que la facultad del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva -impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva-, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores”.* Por lo que concluye que “*de cuanto antecede se desprende que la protección que la Directiva otorga a los consumidores implica que el Juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le haya sido sometido cuando examine la admisibilidad de una demanda presentada ante los órganos jurisdiccionales nacionales”.*

Asimismo la STJUE de 6 de octubre de 2009 (C-40/08) -EDJ 2009/216356-, tras declarar que el artículo 6 de la Directiva constituye una norma de orden público al proclamar que no vincularán al consumidor las cláusulas abusivas, concluye, respecto de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral que ha adquirido fuerza de cosa juzgada, dictado sin comparecencia del consumidor, que el juez que conoce de esa demanda está obligado, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, a apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula arbitral contenida en el contrato celebrado entre un profesional y dicho consumidor, en la medida en que, con arreglo a las normas procesales nacionales, pueda efectuar dicha apreciación en el marco de procedimientos similares de carácter interno.

En relación con las cláusulas de sumisión expresa contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la STJUE de 9 de noviembre de 2010 (C-137/08) -EDJ 2010/219186- añade que

“el juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula atributiva de competencia jurisdiccional territorial exclusiva, que figura en el

contrato que es objeto del litigio del que conoce y que se ha celebrado entre un profesional y un consumidor, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, en caso afirmativo, apreciar de oficio el carácter eventualmente abusivo de dicha cláusula. El control de oficio por parte del Juez puede realizarse, incluso, tras la presentación de la petición inicial del procedimiento monitorio como reconoce la STJUE de 14 de junio de 2012 (C-618/10) -EDJ 2012/109012- exponiendo que “la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas -EDL 1993/15910- en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio -in limine litis ni en ninguna fase del procedimiento- el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición”.

La STJUE de 21 de febrero de 2013 (C-472/11) -EDJ 2013/9874-, mantiene la facultad judicial de declarar de oficio la existencia de cláusulas abusivas pero reconoce la vigencia del principio de contradicción de manera que ha de concederse previa audiencia a las partes para que puedan pronunciarse sobre el carácter abusivo de la cláusula controvertida. Declara que

“la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual no está obligado, para poder extraer las consecuencias de esa comprobación, a esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula. Sin embargo, el principio de contradicción obliga, con carácter general, al juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual a informar de ello a las partes procesales y ofrecerles la posibilidad de debatir de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales”.

La STJUE de 30 de mayo de 2013 (C-397/11) -EDJ 2013/71558- reconoce la posibilidad de que en grado de apelación también pueda declararse de oficio la existencia de una cláusula abusiva. Declara que

“la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores -EDL 1993/15910-, debe interpretarse en el sentido de que, cuando un tribunal nacional, que conoce en apelación de un litigio sobre la validez de cláusulas incluidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor sobre la base de un formulario redactado previamente por ese profesional, está facultado según las reglas procesales internas para apreciar cualquier causa de nulidad que derive con claridad de los elementos presentados en primera instancia, y para recalificar en su caso, en función de los hechos acreditados, el fundamento jurídico invocado para sustentar la invalidez de esas cláusulas, debe apreciar, de oficio o previa recalificación del fundamento jurídico de la demanda, el carácter abusivo de las referidas cláusulas a la luz de los criterios de dicha Directiva”.

La STJUE de 17 julio 2014 (C-169), dispone que el artículo 7 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a un sistema de procedimientos de ejecución, que establece que el procedimiento de ejecución hipotecaria no podrá ser

suspendido por el juez que conozca del proceso declarativo, juez que, en su resolución final, podrá acordar a lo sumo una indemnización que compense el perjuicio sufrido por el consumidor, en la medida en que éste, en su condición de deudor ejecutado, no puede recurrir en apelación contra la resolución mediante la que se desestime su oposición a la ejecución, mientras que el profesional, acreedor ejecutante, sí puede interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva. Según el Auto TJUE de 17 marzo 2016 (C-613), los artículos 6.1 y 7.1, exigen que el Derecho nacional no impida que el juez deje sin aplicación tal cláusula en caso de que aprecie que es «abusiva», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la presente Directiva.

A tenor de la STJUE de 14 abril 2016 (C-381), el artículo 7 de la Directiva se opone a una normativa nacional que obliga al juez que conoce de una acción individual de un consumidor, dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula de un contrato que le une a un profesional, a suspender la tramitación de esa acción en espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentra pendiente, ejercitada por una asociación de consumidores con el fin de que cese el uso, en contratos del mismo tipo, de cláusulas análogas a aquella contra la que se dirige dicha acción individual, sin que pueda tomarse en consideración si es pertinente esa suspensión desde la perspectiva de la protección del consumidor que presentó la demanda individual y sin que ese consumidor pueda decidir desvincularse de la acción colectiva.

La STJUE de 21 abril 2016 (C-377) declara que el artículo 7, apartado 1 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa procesal nacional, que en un procedimiento concursal, por un lado, no permite que el juez concursal examine de oficio el carácter supuestamente abusivo de las cláusulas contractuales de las que se derivan los créditos comunicados en el marco de tal procedimiento, aunque este juez disponga de los datos de hecho y de Derecho necesarios para ello, y que, por otro lado, sólo permite que dicho juez examine los créditos que no vayan acompañados de una garantía, y ello únicamente en relación con un número limitado de alegaciones basadas en la prescripción o en la extinción de tales créditos. Conforme al Auto TJUE (Sala Quinta) de 26 octubre 2016 (C-568), el artículo 7.1 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la examinada en el litigio principal, que no permite que el juez que conoce de una acción individual de un consumidor dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le une a un profesional adopte de oficio medidas cautelares, con la duración que estime oportuna, a la espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva pendiente cuya solución puede ser aplicada a la acción individual, cuando tales medidas sean necesarias para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que debe recaer acerca de la existencia de los derechos invocados por el consumidor sobre la base de la Directiva.

Sección tercera. La Directiva y el Derecho español

1. La incorporación de la Directiva en el Derecho español

Conforme al artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea las Directivas obligan al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. El legislador disponía a este respecto de dos opciones. Por un lado, seguir el modelo germano y efectuar la transposición a través de una Ley de Condiciones Generales de la Contratación, de modo que el control de las cláusulas abusivas se extendiera no sólo a los contratos celebrados con consumidores sino también a los contratos no negociados celebrados entre empresarios, opción que no contraría la Directiva 13/1993, dado el carácter de mínimos de la misma (art. 8). Por otro lado, realizarla en el reducido marco de la legislación de consumo, lo que suponía circunscribir el control de contenido a las cláusulas no negociadas a los contratos celebrados con consumidores. Sin embargo, no se escogió ninguna de ellas, sino una tercera, que podemos calificar como intermedia.

La Directiva, en efecto, se incorporó mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, que al mismo tiempo, a través de su disposición adicional primera, modificó el marco jurídico preexistente de protección al consumidor frente a las cláusulas abusivas, constituido por la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que garantizaba la protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas; situación que persiste en la actualidad. Continúa vigente la LCGC, cuyo ámbito de aplicación es el de las cláusulas contractuales, predispuestas, impuestas y previstas para incorporarse a una pluralidad de contratos (art. 1), con independencia de que el adherente sea un consumidor u otro profesional (art. 2), que no prevé un control del contenido de las mismas, salvo que el adherente sea un consumidor, en cuyo caso remite a la normativa sobre consumo (art. 8.2). Y, por otro lado, la regulación sobre las cláusulas abusivas se contiene en los artículos 80 a 91 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, modificados parcialmente por la Ley 3/2014 de 27 de marzo, aprobada a su vez al objeto de incorporar al Derecho español la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. De manera que en nuestro ordenamiento coexiste una regulación general de las condiciones generales y una reglamentación especial sólo para los contratos con consumidores, en la que se inserta el control de las cláusulas abusivas, cuyo ámbito objetivo de aplicación, como el de la Directiva 93/13, no es sólo el de las condiciones generales, sino el de las cláusulas no negociadas individualmente, ya se hayan previsto para incorporarse a una pluralidad de contratos o a uno sólo (art. 80 TRLGDCU), lo que plantea no pocos problemas de aplicación, que podían muy bien haberse soslayado.

2. La eficacia de la Directiva. Los efectos de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de cláusulas abusivas

La eficacia de la Directiva en el Derecho interno excede de la mera incorporación formal de la misma a través de las Leyes o disposiciones previstas al efecto en el Estado miembro. No hay que olvidar que el Derecho de la Unión se caracteriza por la nota de la primacía respecto de los Derechos nacionales y que las Directivas despliegan un “efecto interpretativo” sobre el Derecho nacional; si bien con el límite de que el Juez no está obligado a hacer interpretaciones *contra legem* de su Derecho nacional, pero considerando que los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tal y como previene el artículo 4 bis de la LOPJ introducido por el apartado dos del artículo único de la L.O. 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

La vía a través de la cual el Tribunal de Justicia ha venido construyendo la jurisprudencia sobre las cláusulas abusivas es la de la cuestión prejudicial prevista en el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Ante el riesgo de interpretaciones distintas por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales al aplicar el Derecho de la Unión, la cuestión prejudicial constituye el instrumento previsto por el Tratado para evitar este riesgo al permitir que el Tribunal de Justicia asegure la interpretación uniforme del Derecho de la Unión. En el marco de las cuestiones prejudiciales, el Tribunal de Justicia está llamado a determinar el contenido material y el alcance de las normas del Derecho de la Unión y a definir todo aquello que caracteriza su modo de operar y sus efectos. Por medio de esta técnica del reenvío prejudicial se permite a un órgano jurisdiccional nacional ante el que se está sustanciando un litigio que requiere la aplicación de una norma de la Unión Europea, dirigirse al Tribunal de Justicia para solicitar que interprete o determine la validez de la norma en cuestión. Tras la respuesta del Tribunal de Justicia, el juez nacional resolverá el litigio principal.

A este respecto ha de señalarse que, según reiterada jurisprudencia, la competencia del Tribunal de Justicia en la materia comprende la interpretación de las disposiciones de la Directiva y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de la misma, pero incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta esos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada en función de las circunstancias propias del caso. De ello se desprende que el Tribunal de Justicia se limitará a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones que éste debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que se trate. En este sentido se pronuncian, entre más, la STJUE de 26 de abril de 2012, *Invitel*, C-472/10, Rec. p. I-0000, apartado 22 y jurisprudencia citada o la STJUE de 14 de marzo de 2013, C-415/2011, así como la STJUE de 10 de septiembre de 2014, C-34/2013.

Declara esta última que, “*de constante jurisprudencia resulta que, en ejercicio de su competencia para interpretar el Derecho de la Unión que le confiere el artículo 267 TFUE, el Tribunal de Justicia puede interpretar los criterios generales utilizados por el legislador de la Unión para definir el concepto de cláusula abusiva (véase en ese sentido el auto Pohotovost', C-76/10, EU:C:2010:685, apartado 60 y jurisprudencia citada). No obstante, incumbe al tribunal remitente, teniendo en cuenta esos criterios, pronunciarse sobre la calificación concreta de una cláusula contractual específica en*

función de las circunstancias propias del caso. De ello se deduce que el Tribunal de Justicia debe limitarse a dar al tribunal remitente indicaciones que éste debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula considerada, pero no puede pronunciarse sobre la aplicación de estos criterios generales a una cláusula particular que debe ser examinada en función de las circunstancias propias del caso concreto (SSTJUE Aziz, EU:C:2013:164 y jurisprudencia citada; Kásler y Káslerné Rábaj, EU:C:2014:282, y ATJUE Sebestyén, C-342/13, EU:C:2014:1857)".

Sin embargo, es fundamental considerar que la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia vincula con autoridad de cosa juzgada al juez que planteó la cuestión que deberá aplicar la norma comunitaria de conformidad con la interpretación dada por el Tribunal de Justicia. A ese respecto la STJUE de 27 de junio de 2000 declara de forma terminante que el juez nacional debe interpretar, en toda la medida de lo posible, a la luz del tenor literal y de la finalidad de dicha Directiva. Y que la exigencia de interpretación conforme requiere en particular que el Juez nacional dé preferencia a aquella que le permita negarse de oficio a asumir una competencia que le haya sido atribuida en virtud de una cláusula abusiva.

También es importante retener que la sentencia prejudicial de interpretación despliega un efecto general en el sentido de que la interpretación que realiza de la norma comunitaria vincula a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que deban aplicarla en cualquier tipo de litigios alcanzando a la jurisprudencia interna. Sus efectos en este ámbito se han sentido de modo particular en la jurisprudencia española con motivo de la declaración de nulidad de una cláusula suelo y la eficacia de dicho pronunciamiento sobre la obligación de devolver las cantidades indebidamente percibidas por el acreedor por la aplicación de la misma. La polémica se originó con motivo de la STS 241/2013 de 9 de mayo, que fijó la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión, reiterada posteriormente en otras sentencias. En síntesis, según declara la STS 139/2015 de 25 de marzo, *"cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013"*.

Como no podía ser de otro modo, ya que suponía dejar de aplicar el efecto propio vinculado a la nulidad de una cláusula, esta opción del Tribunal Supremo creó gran perplejidad entre la judicatura lo que provocó que se plantearan diversas cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La STJUE de 21 de diciembre de 2016 resuelve las primeras cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo mercantil número 1 de Granada (C-145/15) y por la Audiencia Provincial de Alicante (C-307/15 y C-308/15), declarando que *"el artículo 6.1 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3.1 de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión"*.

De esta forma el Tribunal de Justicia de la Unión Europea rectifica la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, de modo que debe entenderse que la doctrina

jurisprudencial del Tribunal Supremo que limita los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula suelo ha sido sustituida por la STJUE de 21 de diciembre de 2016 dictada en aplicación de la Directiva. Por este motivo, posteriormente, el Tribunal Supremo, en STS 123/2017 de 24 de febrero (ECLI: ES:TS:2017:477) ha modificado la doctrina jurisprudencial expuesta al objeto de aplicar la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, que, como se ha indicado, declara contraria al derecho comunitario la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de la cláusula suelo. Ordenando, por tanto, la devolución de todas las cantidades cobradas de más en aplicación de la cláusula desde la contratación del préstamo. Los problemas de aplicación que estas resoluciones judiciales han generado y seguirán generando serán objeto de exhaustivo análisis en el título segundo de esta obra.

De otro lado, hay que considerar que la sentencia prejudicial interpretativa puede valorar negativamente incluso la legislación del Estado miembro, lo que puede provocar la necesidad de reforma de dicha legislación por contradecir de manera directa la interpretación uniforme del Derecho de la Unión. La STJUE 21 de noviembre de 2002, Cofidis, C-473/00, Rec. p. I-10875, apartado 32, EDJ 2002/60149 declara que la Directiva se opone a una normativa interna que, en el marco de una acción ejercitada por un profesional contra un consumidor y fundada en un contrato celebrado entre ellos, prohíbe al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor, el carácter abusivo de una cláusula inserta en dicho contrato.

Refiriéndose al art. 6.1 de la Directiva, pero con conclusiones de aplicación general, la STJUE de 14 de junio de 2012, C-618/2010, asunto Banco Español de Crédito, dispone que si bien el precepto reconoce a los Estados miembros cierto margen de autonomía en lo que atañe a la definición del régimen jurídico aplicable a las cláusulas abusivas, les impone expresamente la obligación de establecer que tales cláusulas “no vincularán al consumidor”. El Tribunal constata que se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas. Por consiguiente dispone que dicho precepto se opone a una normativa nacional, cualquiera que sea, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de aquélla. Los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, pero no están facultados para modificar el contenido de la misma.

La STJUE de 26 de octubre de 2006 (C-168/05) -EDJ 2006/281725-, en relación con el procedimiento arbitral cuyo contrato de sumisión a arbitraje contenía una cláusula abusiva declaró que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que implica que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral ha de apreciar la nulidad del convenio arbitral y anular el laudo si estima que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva, aun cuando el consumidor no haya alegado esta cuestión en el procedimiento arbitral, sino únicamente en el recurso de anulación.

Asimismo la STJUE de 14 marzo 2013 Aziz, C-415/11 (ECLI:EU:C:2013:164) dispone que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el

fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final.

Sin embargo, la STJUE de 10 septiembre 2014 (C-34) estima que las disposiciones de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que permite el cobro de un crédito, basado en cláusulas contractuales posiblemente abusivas, mediante la ejecución extrajudicial de una garantía que grava un bien inmueble ofrecido en garantía por el consumidor, siempre que esa normativa no haga imposible o excesivamente difícil en la práctica la salvaguardia de los derechos que dicha Directiva atribuye al consumidor, lo que corresponde verificar al tribunal remitente. Asimismo la STJUE de 18 febrero 2016 (C-49), al resolver una cuestión prejudicial planteada en relación a la normativa española, declara que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que no permite al juez que conoce de la ejecución de un requerimiento de pago apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando la autoridad que conoció de la petición de juicio monitorio carece de competencia para realizar tal apreciación.

CAPÍTULO II

Las condiciones generales de contratación. El contrato de adhesión

Sección primera. Las condiciones generales de la contratación.

1. Concepto

El art. 1 LCGC dispone que son condiciones generales de la contratación las cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. Por tanto, se consideran condiciones generales de la contratación aquellas cláusulas que, habiendo sido redactadas con la finalidad de pasar a formar parte de una pluralidad de contratos, se incorporan al convenio por imposición de una de las partes. A consecuencia de ello, la ordinaria determinación bilateral del contenido del contrato es sustituida por la adhesión al clausulado unilateralmente predeterminado por la parte económicamente más fuerte, que impone el mismo en su contratación en serie. De ahí que se plasmen en los denominados contratos de adhesión, que podríamos denominar típicos.

En razón de ello constituyen un instrumento imprescindible de la contratación mercantil en serie puesto que con la reglamentación contractual predispuesta y uniforme se hace posible la racionalización de las operaciones comerciales que

demanda la economía del consumo permitiendo la contratación generalizada, con la consiguiente reducción de costos y facilitación de las prestaciones. El empleo de condiciones generales de la contratación permite, en efecto, el abaratamiento de los costes de transacción, al evitar que quien produce y distribuye en masa bienes y servicios tenga que acudir a una imposible negociación individual del contenido de cada contrato, al tiempo que permite una continua adaptación de los tipos contractuales a las necesidades del tráfico moderno, para el que las previsiones del derecho dispositivo han quedado obsoletas. De ahí que su utilización sea típica de las grandes empresas, en especial de las bancarias y de seguros, de las de suministro, energía y de medios de comunicación, a quienes reportan evidentes ventajas en orden a la agilidad de la contratación.

En efecto, tal y como recuerda la STS, Sala 1ª, núm. 241/2013, de 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013), los costes de los recursos que se deben invertir en el diálogo que todo proceso individualizado de negociación conlleva -con el correlativo encarecimiento del producto o servicio que al final repercute en el precio que paga el consumidor o usuario-, unido al elevado volumen de operaciones que se realizan en el desarrollo de determinadas actividades negociales fue determinante de que en ciertos sectores de la economía se sustituyesen los tratos personalizados de los términos y las condiciones de los contratos, por la contratación por medio de condiciones generales propias del tráfico en masa, en los que el diálogo da paso al monólogo de la predisposición del contenido contractual por parte del profesional o empresario, ya que el destinatario -tanto si es otro profesional o empresario como si es consumidor o usuario-, acepta o rechaza sin posibilidad de negociar de forma singularizada, dando lugar a lo que la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, califica como "*un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico*".

Ninguna de estas circunstancias autoriza, sin embargo, a estimar que constituyan fuente autónoma del Derecho. Su fuerza de obligar deriva en exclusiva del contrato. Las condiciones generales están llamadas a formar parte del contenido de un contrato que se ha perfeccionado de conformidad con el art. 1261 Cciv por la concurrencia del consentimiento de las dos partes sobre un objeto y una causa, de modo que la naturaleza de las mismas es contractual y no normativa. Todo ello, sin perjuicio de que, a través de una práctica generalizada, puedan terminar constituyendo un uso y de que, en ocasiones, sean impuestas por el Estado, derivando entonces su fuerza de obligar de la disposición legal en la que se contengan. La LCGC constata esta orientación al disponer que no resulta de aplicación a aquellos contratos en los que las condiciones generales reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan determinadas por una disposición legal o administrativa de carácter general y de aplicación obligatoria para los contratantes (art. 4.2 LCGC). Es claro que la Ley no será de aplicación a las cláusulas que reproduzcan Convenios internacionales o disposiciones legales o administrativas por la sencilla razón de que estas cláusulas no son contractuales y, por consiguiente, no pueden considerarse condiciones generales de la contratación.

Ahora bien, resulta obvio que por intermedio de las mismas se arbitra una forma especial de contratar propiamente mercantil, que difiere de la tradicional que contempla nuestro Código Civil, también denominada "por negociación", al objeto de diferenciarla de esta en la que dicha negociación, por definición, no existe, al menos concebida en los mismos términos que allí. En efecto, el derecho de la contratación civil está fundado en la existencia de dos voluntades plenamente libres y conscientes,

que, por eso mismo, serán las que mejor arbitren sus propios intereses, de manera que el Derecho no debe interferir en las decisiones que adopten. De ahí, que todo él y, en particular el principio "*pacta sunt servanda*" acogido en el artículo 1091 del Cciv, se fundamenten en última instancia en el principio de libre autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1255 del Cciv. En definitiva, las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos (artículo 1091 Cciv) porque los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente (art. 1255 Cciv) con plena libertad e igualdad real.

Este esquema quiebra al tratar de la contratación mediante condiciones generales de la contratación puesto que dichas condiciones no son producto de la voluntad, libre y consciente, de las dos partes del contrato, sino sólo de una de ellas, el predisponente; mientras que la otra se limita a aquietarse con las mismas, lo que provoca una situación de desequilibrio contractual, que no es específica del convenio en cuestión, sino propiamente estructural, es decir, derivada de esta forma de contratación en sí misma considerada con independencia de las concretas situaciones de desigualdad que puedan existir en cada caso particular.

Este reconocimiento de las condiciones generales como una forma especial de contratación en la que quiebra el principio de autonomía de la voluntad debido a la existencia del desequilibrio estructural que la caracteriza, preconizado por la doctrina mercantil con mucha antelación, ha sido finalmente asumido en el ámbito judicial. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha declarado de forma reiterada que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas. En este sentido se pronuncian entre otras las SSTJUE de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98, apartado 25; 26 de octubre 2006, Mostaza Claro, C-168/05 apartado 25; 4 junio 2009, Pannon GSM C-243/08 apartado 22; 6 de octubre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08 apartado 29; 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08 apartado 27; 9 noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08 apartado 46; 15 de marzo de 2012, Perenièová y Pereniè, C-453/10, apartado 27; 26 abril de 2012, Invitel, C-472/10, apartado 33; 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, apartado 39; 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt C-472/11, apartado 19; 14 de marzo de 2013, Aziz VS. Caixa d'Estalvis de Catalunya C-415/11, apartado 44; y 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C 92/11, apartado 41).

A la cuestión tampoco viene siendo ajeno nuestro Tribunal Supremo, que ha resaltado tanto la diferenciación jurídica de este fenómeno respecto del contrato por negociación propio del Código Civil, como su calificación de específico modo de contratar en el marco general del Derecho de los contratos y el rasgo caracterizador de la existencia de ese especial desequilibrio interno, así como la existencia de un régimen jurídico particular que pretende compensar aquel intentando cohesionar dos realidades contrapuestas. Por un lado, la necesidad del empleo de condiciones generales de la contratación; y, por otro, el riesgo intrínseco de que el contenido de las mismas sea únicamente el reflejo de los intereses negociales de la parte que tiene la facultad de prerredactarlas.

A ello alude la STS, Sala 1ª, núm. 241/2013, de 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013) cuando declara que *“el insatisfactorio resultado de aplicar las reglas clásicas de contratación liberales, pensadas para supuestos en los que los contratantes se hallan en una posición idéntica o semejante, para regular los contratos celebrados de acuerdo con este modo de contratar, fue determinante de que el legislador introdujese ciertas especialidades conducentes a un tratamiento asimétrico, con la finalidad, declarada en la EM de la LCGC, de restablecer en la medida de lo posible la igualdad de posiciones ya que <<la protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica. Por ello la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual.”*

Asimismo la STS, Sala 1ª, núm. 406, de 18 de junio de 2012 (Roj: STS 5966/2012) declara que *“la cláusula general de buena fe, como criterio delimitador de la posible abusividad de la cláusula, solamente toma en consideración el ámbito objetivo del desequilibrio resultante sin presuponer ninguna intención o finalidad reprobable”,* añadiendo que *“respecto a su incidencia en el ámbito del tráfico patrimonial o en el derecho de la contratación, la normativa de consumo, y particularmente la de contratación bajo condiciones generales, tiene una marcada función de configurar el ámbito contractual y, con ello, de incidir en el tráfico patrimonial, de suerte que doctrinalmente puede señalarse que dicho fenómeno comporta en la actualidad un auténtico <<modo de contratar>>, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico”*.

Es más, en el estado actual de evolución jurisprudencial puede afirmarse que las especificidades de este modo de contratar determinan no solo la existencia de un presupuesto causal propio que sirve de base a un régimen específico, sino que este último hace descansar la validez y eficacia definitiva no tanto en el consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual, de contenido y de transparencia, en orden a un equilibrio prestacional y comprensibilidad real del marco de las condiciones generales en sí mismas consideradas, de cuyo cumplimiento depende la eficacia última de la regulación predispuesta (conforme, ORDUÑA, J. *Control de transparencia y contratación bancaria*, Tirant lo Blanch 2016, págs. 13 y 14).

En efecto, la STS, Sala 1ª, núm. 464/2014, de 8 de septiembre de 2014 (Roj: STS 3903/2014) es crucial a este respecto. Insiste en que *“la contratación bajo condiciones generales, por su naturaleza y función, tiene una marcada finalidad de configurar su ámbito contractual y, con ello, de incidir en un importante sector del tráfico patrimonial, de forma que conceptualmente debe precisarse que dicha práctica comercial constituye un auténtico modo de contratar claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado por nuestro Código Civil, con un régimen y presupuesto causal propio y específico”,* como ya señalara la STS, Sala 1ª, núm. 406, de 18 de junio de 2012 (Roj: STS 5966/2012); pero añade que dicho régimen *“hace descansar su eficacia última, no tanto en la estructura comercial del consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden al equilibrio prestacional y a la comprensibilidad real de la reglamentación predispuesta, en sí misma considerada”*.

Declara la sentencia que entre esos deberes asignados al predisponente ocupa un lugar central *“el de transparencia que debe quedar plasmado en la comprensibilidad*

real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales” (...), “deber de comprensibilidad real de dicha cláusula en el curso de la oferta comercial y de la reglamentación contractual predispuesta”, deber que no es sino el fundamento del control de transparencia.

Estima que “fidel a la naturaleza y función de este particular modo de contratar, como a su peculiar presupuesto causal y régimen de eficacia, el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada” (...) al tiempo que determina “que el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13 , artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TR-LGDCU) quede caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato”, citando al efecto la STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014). Y continúa, al pronunciarse sobre el alcance de control, que “conforme al anterior fundamento, debe concluirse que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada”.

Según la sentencia este es el alcance que, en plena armonía con la doctrina jurisprudencial expuesta por la Sala, contempla a estos efectos la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, de 30 de abril de 2014, C-26/13 , declarando, entre otros extremos, que: “El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo”.

Añade, que “de esta forma se entiende que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo

considerado, como para la aplicación del referido control sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta”, citando a este respecto las SSTJUE de 21 de febrero de 2013 , C- 427/11 y de 14 de marzo de 2013 , C-415/11, así como la STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014). Extremo o enjuiciamiento que, advierte, “ni excluye ni suple la mera <<transparencia formal o documental>> sectorialmente prevista a efectos de la validez y licitud del empleo de la meritada cláusula en la contratación seriada”.

Sostiene asimismo la sentencia que dicha calificación jurídica, fue reconocida inicialmente en la citada Sentencia de esa Sala de 18 de junio de 2012 , y que ha sido una constante en la doctrina jurisprudencial aplicable al fenómeno de la contratación seriada siendo reiterada tanto por la Sentencia de la misma Sala que primeramente enjuició el supuesto de las cláusulas suelo, la STS de 9 de mayo de 2013 , como por las resoluciones posteriores en materia de contratación seriada, tales como las SSTS de 10 de marzo de 2014 (núm. 149/2014), de 11 de marzo de 2014 (núm. 152/2014) y de 7 de abril de 2014 (núm. 166/2014). Sin embargo, la STS, Sala 1ª, núm. 241/2013, de 9 de mayo de 2013 no alude a esta cuestión, limitándose a declarar, según se ha expuesto antes, que “*el insatisfactorio resultado de aplicar las reglas clásicas de contratación liberales, pensadas para supuestos en los que los contratantes se hallan en una posición idéntica o semejante, para regular los contratos celebrados de acuerdo con este modo de contratar, fue determinante de que el legislador introdujese ciertas especialidades conducentes a un tratamiento asimétrico, con la finalidad, declarada en la EM de la LCGC, de restablecer en la medida de lo posible la igualdad de posiciones ya que “la protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica. Por ello la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual”.*

De otro lado la STS, Sala 1ª, núm. 149/2014, de 10 de marzo de 2014 (Roj: STS 853/2014) no alude a contratación con condiciones generales alguna. Se limita a constatar que la demandada carece de la condición de consumidor y, por este hecho, a concluir que el contrato ha de someterse al régimen general del contrato por negociación, como si, en contra de lo expresado en las anteriores resoluciones, la contratación mediante condiciones generales fuera sinónimo de contratación con consumidor. Declara la sentencia que “*desde la perspectiva conceptual y metodológica que concurre en el presente caso, conforme también a la calificación otorgada por ambas Instancias, se debe partir, necesariamente, del hecho de que la demandada no ostenta la condición de consumidor pues el destino del servicio contratado queda integrado, plenamente, en el marco de la actividad empresarial o profesional de prestación de servicios que, a su vez, realiza la parte demandada como gestora de una residencia para personas de tercera edad y en situación de discapacidad*”. Al entender de la sentencia “*esta calificación condiciona la valoración e interpretación de la relación negocial resultante dado que la posible ponderación de los presupuestos que informan el equilibrio prestacional del contrato cursan en atención al régimen general del contrato por negociación que atiende, fundamentalmente, a la voluntad manifestada por las partes como principio rector en el orden interpretativo del contrato (1281 del Código Civil); sin posibilidad de extrapolar dicha interpretación al ámbito del control específico de abusividad, propio de la contratación bajo condiciones generales como modo propio y diferenciado de contratar y, en particular, del posible*

carácter abusivo de la correlación entre el plazo de duración y de prórroga automática del contrato en conexión con la facultad de resolución pactada. Por tanto, el contexto interpretativo queda informado desde la voluntad negocial de las partes y se proyecta sobre la totalidad de la relación contractual programada, esto es, tanto respecto de las obligaciones principales como de la obligación penal que por su naturaleza es accesoria, de forma que también deberá estarse a su configuración negocial conforme al marco establecido a tales efectos por el Código Civil; extremo en donde realmente se aprecia la incorrecta fundamentación que realizan ambas Instancias. En efecto, de acuerdo con este régimen de aplicación, la facultad judicial de moderación equitativa de la pena procede, en general, cuando la configuración de la obligación penal establecida responde o se programa en consideración del incumplimiento total de la obligación, supuesto que permite dicha moderación en atención a la transcendencia o alcance de los incumplimientos parciales o irregulares realizados (artículo 1154 del Código Civil). Sin embargo, cuando la obligación penal se aleja de este plano indemnizatorio del incumplimiento contractual en aras a la previsión específica de otros hechos relevantes de la relación contractual, caso que nos ocupa, en donde se penaliza el desistimiento unilateral del vínculo contractual por alguna de las partes, la valoración judicial respecto al alcance patrimonial, o "exceso" de dicha pena queda excluida y, por tanto, fuera de la facultad de moderación (STS 1 de junio de 2006, núm. 384/2009), a semejanza de lo que ocurre cuando el hecho previsto es el propio incumplimiento parcial o irregular de la obligación, tal y como argumenta la parte recurrente. En este contexto, la producción del evento específicamente previsto, en nuestro caso, el ejercicio unilateral de la facultad de desistimiento, determina la aplicación de la pena sin necesidad de probar la idoneidad de ese hecho en el plano del incumplimiento contractual y, en consecuencia, de los daños contractuales que pudieran derivarse. Todo ello, acorde con el principio dispositivo de las partes".

La STS, Sala 1ª, núm. 152/2014, de 11 de marzo de 2014 (Roj: STS 1484/2014), también citada en la resolución comentada, guarda más relación con las especificidades de la contratación a través de condiciones generales. Declara, en efecto, de forma expresa que en la misma se delimita, "en términos generales, el particular régimen de ineficacia contractual aplicable a la contratación bajo condiciones generales", afirmando que "esta particularidad de la ineficacia contractual que se proyecta sobre la contratación bajo condiciones generales no responde al previo juego de las posibles categorías dogmáticas a considerar, ya que, por el contrario, encuentra su fundamento de aplicación tanto en el específico régimen jurídico dispuesto por la legislación de consumidores y de condiciones generales a tal efecto, como en la propia naturaleza del fenómeno jurídico de las condiciones generales, como un modo de contratar, claramente diferenciado de la naturaleza y régimen del paradigma del contrato por negociación. Ambos aspectos, en todo caso, vienen informados por la tutela constitucional de defensa de los consumidores y usuarios (51 CE) y constituyen medidas necesarias para la protección jurídica del adherente".

Añade que "en este contexto, debe diferenciarse la labor interpretativa consistente en una mera y directa moderación por el juez de la cláusula declarada abusiva, extremo que prohíbe la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 14 de junio de 2012, en interpretación de la directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, del juicio de eficacia contractual resultante que necesariamente se deriva tras la declaración de abusividad de la cláusula en cuestión. A este sentido, responde la legislación especial en la materia de condiciones generales, en donde los artículos 9.2 y 10 LCGC, permiten al Juez aclarar la eficacia del contrato declarando la nulidad del mismo solo cuando la cláusula afecte a un elemento esencial (artículo

1261 CC), o determine una situación no equitativa en la posición de las partes que no puede ser subsanada. Alcance, por lo demás, concordante con la relevancia que esta Sala, de acuerdo con la orientación de los textos de armonización del Derecho de Contratos Europeo, reconoce respecto del principio de conservación de los actos y negocios jurídicos (favor contractus) no sólo como canon o criterio hermeneútico, sino como principio general del derecho (SSTS 17 de enero de 2013, núm. 820/2013 y 15 de enero de 2013, núm. 827/2013). Esta función comporta un juicio de la eficacia de la relación contractual objeto de examen que excede de la mera interpretación integrativa del contrato como complemento o extensión de lo acordado por las partes y, en su caso, de lo declarado abusivo, ya que encierra una auténtica valoración causal del entramado contractual resultante a los efectos de declarar el ámbito de eficacia contractual que resulte aplicable conforme, entre otros extremos, a la naturaleza y tipicidad del contrato celebrado, al engarce o conexión contractual afectada por la cláusula abusiva en cuestión y al cumplimiento obligacional observado, todo ello, conforme al principio de buena fe contractual y a la sanción del enriquecimiento injustificado por alguna de las partes”.

Tras ello, no obstante, la sentencia resuelve el asunto sin extraer consecuencias específicas de las particularidades que señala, disponiendo que “declarada la abusividad de la pena convencional prevista para el ejercicio del desistimiento unilateral del contrato, y por tanto, la imposibilidad de su moderación, la cuestión se centra en saber si de la valoración de la eficacia del contrato puede derivarse un contenido indemnizatorio en favor del predisponente. La respuesta debe ser negativa con fundamento tanto en el juicio o valoración causal de la eficacia contractual anteriormente señalada, en donde la indemnización de daños pretendida por el predisponente tampoco encuentra asidero en los parámetros de ponderación aplicables al presente caso, ya en orden a la observancia del principio de buena fe contractual, o bien, en aras a la sanción de un enriquecimiento injustificado del adherente, como en la propia imposibilidad de moderar directamente el contenido de la cláusula declarada abusiva”.

La STS, Sala 1ª, núm. 166/2014, de 7 de abril de 2014 (Roj: STS 1702/2014) resulta muy esclarecedora. Dilucida un recurso de casación articulado en dos motivos. En el primero, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC , por oposición a la doctrina jurisprudencial de esa Sala al aplicar por extensión las previsiones contenidas en la legislación para la protección de consumidores y usuarios a un contrato en el que no se dan la esfera subjetiva ni objetiva de aplicación de dichas normas. En el segundo , al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC , por interés casacional al infringir la sentencia recurrida la doctrina jurisprudencial de dicha Sala en los casos de las denominada pena o dinero de arrepentimiento, que no admiten moderación. Ambos motivos son estimados. “Respecto a la cuestión de fondo del presente caso, motivo primero del recurso de casación, relativa a la posibilidad de que el juez, en un contrato por negociación pueda aplicar, o tener en consideración, la especial tutela que para los consumidores dispensa su legislación específica y la de condiciones generales de la contratación, particularmente del control de abusividad, a los efectos de extraer valoraciones interpretativa del contrato suscrito ya en orden al posible desequilibrio contractual del contrato en general, o bien respecto de su incidencia en la interpretación de una cláusula en particular, caso que nos ocupa, la respuesta debe ser negativa”, declara la sentencia.

Razona, que “esta Sala en relación a la delimitación conceptual aplicable ya ha señalado, STS de 18 de junio de 2012 (núm. 406/2012) que la normativa de consumo, y particularmente la de contratación bajo condiciones generales, tiene una marcada

función de configurar especialmente el ámbito contractual predispuesto y, con ello, de incidir en la regulación del tráfico patrimonial sujeto a estas características de contratación, de suerte que doctrinalmente puede señalarse que dicho fenómeno comporta en la actualidad un auténtico <<modo de contratar>> diferenciable de la contratación tradicional por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico. Esta previa calificación, que anida en la propia naturaleza del fenómeno de la contratación seriada, condiciona la fundamentación del presente caso dado que la posible ponderación de los presupuestos que informan el equilibrio prestacional del contrato cursan en atención al régimen general del contrato por negociación que atiende, primordialmente, a la voluntad manifestada por las partes, como principio rector del orden valorativo e interpretativo del contrato (artículo 1281 del Código Civil); sin posibilidad de extrapolar en dicha interpretación el control específico de abusividad, propio de la contratación bajo condiciones generales. De ahí, por tanto, que el marco interpretativo quede informado desde la voluntad negocial de las partes y se proyecte sobre la totalidad de la relación contractual programada, esto es, tanto respecto de las obligaciones principales del contrato como de la obligación penal que por su naturaleza es accesoría, de forma que también deberá estarse a su configuración negocial conforme al marco establecido a tales efectos por el Código Civil; extremo en donde se aprecia la incorrecta fundamentación que realiza la sentencia de Apelación".

Esta doctrina se perfila de manera terminante en la STS, Sala 1ª, 265/2015 de 22 de abril de 2015 (Roj: STS 1723/2015). Alude en concreto a que la jurisprudencia de la Sala (sentencias núm. 406/2012, de 18 de junio , núm. 241/2013, de 9 de mayo , 166/2014, de 7 de abril , 246/2014, de 28 de mayo , 464/2014, de 8 de septiembre , 677/2014, de 2 de diciembre) ha considerado que la contratación bajo condiciones generales constituye un auténtico modo de contratar, claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado en el Código Civil, cuya eficacia exige que, además de la prestación del consentimiento del adherente a la inclusión de unas cláusulas redactadas de un modo claro y comprensible, y transparentes en sus consecuencias económicas y jurídicas, el profesional o empresario cumpla unos especiales deberes de configuración del contrato predispuesto en el caso de cláusulas no negociadas en los contratos celebrados con consumidores, que supongan el respeto, de acuerdo con las exigencias de la buena fe, al justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

Ahora bien, es conveniente observar desde ahora que condición general de la contratación y cláusula abusiva no constituyen términos sinónimos. Tal y como se ha indicado antes una cláusula es condición general cuando está predispuesta para ser incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, sin que tal circunstancia de por sí necesariamente deba implicar tacha alguna de abusividad; mientras que cláusula abusiva es la que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares, tal y como recuerda la EM LCGC. Pero sobre todo, y esto resulta ser lo más trascendente a efectos de la correcta selección y comprensión del régimen jurídico aplicable, constituye un craso error metodológico pretender reconducir y subordinar la categoría de las condiciones generales de la contratación y su corolario de la contratación en serie como forma especial de contratación en el marco de la

dogmática general del contrato a un aspecto o consecuencia eventual de la misma, esto es, al tratamiento de la cláusula abusiva. Como también lo es la de reducir las connotaciones jurídicas de este instituto al pretender constreñirlas al ámbito del denominado derecho del consumo (conforme, ORDUÑA, *op.cit.* pág. 14, quien añade que en parecidos términos, debe señalarse que su correcta delimitación metodológica, como modo de la contratación también permite su debida diferenciación de otras figuras próximas como el fraude o el abuso de derecho en la contratación, o el propio contrato celebrado en daño tercero, citando al efecto las SSTs 25 de febrero de 2013, núm. 58/2013, y 11 de octubre de 2013, núm. 526/2013).

2. Características.

2.1. Requisitos.

2.1.1. Introducción.

De la formulación legal prevista en el artículo 1.1 de la LCGC se deduce sin especial dificultad que los requisitos para poder calificar una cláusula como condición general son cuatro y que los mismos actúan con carácter cumulativo como características definitorias de la misma. Se trata del carácter contractual, de la predisposición unilateral, de la generalidad y de la imposición. En estos mismos términos se pronuncia la STS, Sala 1ª, núm. 241/2013, de 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013). El Alto Tribunal se ve en la obligación de determinar las características definitorias de las condiciones generales al objeto de decidir si las cláusulas que definen el objeto principal de los contratos controvertidos en el caso pueden tener la consideración de condiciones generales debido a que la sentencia recurrida rechaza que deba atribuírseles dicho carácter porque versan sobre los elementos esenciales de los contratos y porque, precisamente por ello el consumidor las conoce de modo necesario y las acepta libre y voluntariamente. Por otro lado, junto a dichos requisitos, la doctrina suele referirse a la exigencia de que el predisponente tenga la condición de profesional, por lo que también se hará mención a esta cuestión.

2.1.2. Carácter contractual.

El carácter contractual significa que se trata de cláusulas contractuales, en el sentido ya advertido de que su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión. En el caso decidido por la STS, Sala 1ª, núm. 241/2013, de 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013) no se cuestionó que las cláusulas controvertidas tuvieran carácter contractual, dado que su inclusión en los contratos de préstamo hipotecario con consumidores es facultativa, tal y como lo evidenció, según el Tribunal, la realidad explicitada ya que no en todos los préstamos hipotecarios se utilizan cláusulas de estabilización del tipo de interés y no se alegó la existencia de normativa que exigiera que en los préstamos hipotecarios deban pactarse tipos de interés variable ni que exista una norma que indique cual es la concreta fórmula que debe utilizarse en el caso de que se opte por esta modalidad de préstamo.

2.1.3. La predisposición.

En segundo lugar, la predisposición unilateral alude a que la cláusula ha de estar prerredactada o preelaborada a instancia de una de las partes contratantes con objeto

de ser aplicada al contrato que se celebre con anterioridad a la suscripción del contrato al que se incorporan. Es decir, la predisposición se identifica con la ausencia de negociación individual. La característica determinante de esta nota consiste en que la cláusula no es fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos, tal y como advierte la STS, Sala 1ª, núm. 241/2013, de 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013). Por consiguiente, se excluyen del concepto de cláusulas predispuestas y, por ende, no son condiciones generales, aquellas cláusulas que hayan sido redactadas unilateralmente por una de las partes del contrato antes de la celebración del mismo, pero tras una fase de negociación entre ambas partes. Sin embargo la autoría intelectual de las mismas es irrelevante. Pueden haber sido redactadas por el propio empresario predisponente que las incorpora al contrato, o por un tercero, de quien las tome el predisponente, o tratarse de condiciones generales predispuestas por otros empresarios, asociaciones u organizaciones empresariales o encargadas a profesionales del derecho o incluso copiadas de otras difundidas públicamente, de las cuales se ha servido el empresario predisponente que dispone su incorporación al contrato.

A este respecto ha de tenerse en cuenta que la predisposición de la cláusula se presume con carácter "iuris tantum" en los contratos con consumidores, por disposición del art. 82.2.II del TRLGDCU, a tenor del cual corresponde al profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente la carga de la prueba. Precepto que obedece, según la STS, Sala 1ª, 265/2015 de 22 de abril de 2015 (Roj: STS 1723/2015), a que resulta ser un hecho notorio que en determinados sectores de la contratación con los consumidores, en especial los bienes y servicios de uso común a que hace referencia el art. 9 TRLCU, entre los que se encuentran los servicios bancarios, los profesionales o empresarios utilizan contratos integrados por condiciones generales de la contratación. Esta misma resolución dispone que al objeto de enervar la presunción no basta con incluir en el contrato predispuesto un epígrafe de "condiciones particulares" o menciones estereotipadas y predispuestas que afirmen su carácter negociado, ni con afirmar sin más en el litigio que la cláusula fue negociada individualmente. Para destruir la presunción es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario. Si tales circunstancias no son expuestas y probadas adecuadamente, la alegación de que ha existido negociación es solo una fórmula retórica carente de contenido real, y supone identificar contratación voluntaria y prestación de consentimiento libre en documento intervenido notarialmente con negociación contractual. Tal ecuación no es correcta.

En definitiva, según la sentencia, el sector bancario se caracteriza porque la contratación con consumidores se realiza mediante cláusulas predispuestas e impuestas por la entidad bancaria, y por tanto, no negociadas individualmente con el consumidor, lo que determina la procedencia del control de abusividad previsto en la Directiva 1993/13/CEE y en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, salvo que se pruebe el supuesto excepcional de que el contrato ha sido negociado y el consumidor ha obtenido contrapartidas apreciables a la inserción de cláusulas beneficiosas para el predisponente. En cualquier caso, no se trata de ordinario de una cuestión controvertida ya que, tal y como observa la STS, Sala 1ª, núm. 241/2013, de 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013), en muchas

ocasiones la propia regulación sectorial demuestra que se trata de cláusulas predispuestas, que en su aplicación práctica se concretan en ofertas "irrevocables", tal y como sucede normalmente en la contratación bancaria.

2.1.4. La generalidad.

La generalidad de las condiciones consiste en que las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o, al menos, estar destinadas a tal fin ya que se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse. No se precisa, por el contrario, que la predisposición se haga con referencia a la totalidad de los contratos de la empresa, ni siquiera a todos los contratos de un determinado tipo, ni tampoco que exista una perfecta uniformidad en todas las condiciones. En efecto, en torno a este requisito se produce una cierta paradoja. Por un lado, es consustancial a la naturaleza de la contratación predispuesta por cuanto la misma tiene su razón de ser en la contratación en masa de bienes y servicios, que exige la incorporación a una pluralidad de contratos y un contenido uniforme. De hecho, en la redacción primitiva art. 10.2 de la LGDCU, anterior a la modificación efectuada por la D.A. 1ª de la LCGC, el requisito de la generalidad imponía que las condiciones generales se elaborasen para incorporarse a todos los contratos que la empresa o grupo de empresas celebrara, lo que, interpretado de modo estricto, conducía a exigir que para ser consideradas como tales las condiciones generales habían de ser uniformes.

Sin embargo, esa rigidez tuvo efectos perversos en la práctica por cuanto para eludir el régimen tuitivo previsto en el art. 10 de la LGDCU al predisponente le bastaba con probar que en uno de los contratos del mismo tipo que celebraba, la cláusula en cuestión no se contenía. Por ello la doctrina anterior a la LCGC ya propuso que el requisito de la generalidad y consiguiente uniformidad debería concebirse en un sentido amplio de modo que no se requiriera la incorporación a la totalidad de los contratos, ni a una parte sustancial de los mismos, sino simplemente a un conjunto de los mismos. En la actualidad el artículo 1 LCGC prescinde de la uniformidad e incluso de la necesidad de una previa incorporación general, requiriendo únicamente que hayan sido redactadas "con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos".

De modo que, tal y como se advierte, con razón [PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. "Los contratos de adhesión" en Tratado de contratos, T. II, 2ª Edición (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Valencia, 2013, 1793 y ss., par. 50 y ss.], no se trata sólo de que ya no se requiera la uniformidad de las condiciones generales en todos los contratos del mismo tipo que realice un empresario, sino que la existencia de este requisito se hace depender de una mera intención o propósito de que se incorporen a una pluralidad de contratos, con independencia de en cuantos contratos celebrados por el mismo predisponente hayan llegado realmente a incorporarse. En la Ley, la generalidad parece, pues, un mero propósito del predisponente, que se valora con independencia de su actuación. No sería, por consiguiente, necesario ni tan siquiera que la condición general haya llegado a incorporarse a más de un contrato, siempre y cuando la intención con la cual fuera predispuesta fuese incorporarla a una pluralidad de contratos. Lo cierto es con todo que el problema no parece haber sido resuelto, sino simplemente trasladado. Ahora radica en determinar cómo puede probarse que una determinada cláusula ha sido prerredactada con el propósito de ser incorporada a una pluralidad de contratos del mismo tipo, ya que éste es un dato de carácter interno o psicológico.

2.1.5. La imposición.

Conforme al artículo 1 de la Ley 7/1998 para que existan condiciones generales también es preciso que la incorporación de las mismas a cada contrato en concreto sea impuesta por una de las partes, el predisponente, a la otra, que por esa razón, según se ha indicado, se suele llamar adherente. Según declara la STS, Sala 1ª, núm. 241/2013, de 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013), el artículo 1 LCGC no precisa qué debe entenderse por imposición de la condición general por una de las partes. El Tribunal considera, no obstante, que al desarrollarse el litigio sometido a su consideración en materia de condiciones insertas en contratos con consumidores resulta particularmente útil para determinar su contenido lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 93/13, a cuyo tenor *"se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión"*. La sentencia estima que *"la exégesis de la norma transcrita impone concluir que el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base en cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio, en orden a la individualización o singularización del contrato, ya que, la norma no exige que la condición se incorpore a todos los futuros contratos, sino a una pluralidad de ellos"*.

Añade que, "más aún, cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a lo cual vea rechazado su intento de negociar, ya que, a diferencia de lo que exigía el artículo 10.2 LGDCU en su primitiva redacción, <<[a] los efectos de esta Ley se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate>> -lo que fue interpretado por la STS de 20 de noviembre de 1996, RC 3930/1992, en el sentido de que <<se le exige que no haya podido eludir su aplicación, en otras palabras, no una actitud meramente pasiva >>, la norma vigente, fruto de la transposición de la Directiva 93/13, no exige la inevitabilidad. Solo que se trate de cláusulas "no negociadas individualmente".

En efecto, en el régimen de las cláusulas no negociadas de la LGDCU anterior a la modificación introducida en la misma por la LCGC 7/1998, la imposición se identificaba con la inevitabilidad de la cláusula por el consumidor si se quería obtener el bien o servicio (art. 10.2.1º), lo que, literalmente interpretado, suponía que la cláusula solo podía estimarse impuesta en los casos en los que un bien o servicio fuera ofrecido en régimen de monopolio o por un grupo de oferentes que utilizaran todos la misma cláusula, puesto que en los demás supuestos, teóricamente, era posible evitar la aplicación de la cláusula, contratando con otro oferente que no la utilizara. Sin embargo, es fácil colegir que una concepción de esa índole restringía de manera desproporcionada el ámbito de aplicación de la normativa, al tiempo que desconocía el verdadero problema que en la dogmática del contrato causa la utilización de condiciones generales no negociadas, cuya imposición no deriva de una situación de monopolio o de oligopolio sino de las particularidades de una especial forma de contratación en la que el mercado no funciona correctamente y, por lo tanto, no puede ser garante del consentimiento al modo tradicional.

Con ello, en definitiva, el Alto Tribunal equipara el requisito de la imposición al de la predisposición, lo que de alguna manera reconoce cuando afirma que “es cierto que, como apunta la citada STS 406/2012, de 18 de junio, debe distinguirse entre el hecho de participar en la redacción del contrato y el carácter negociado de una cláusula contractual, pero también lo es que, a efectos de la tutela de los consumidores, las cláusulas contractuales prerredactadas, sean condiciones generales -sometidas a la LCGC- o particulares -no sujetas a dicha norma-, deben entenderse impuestas cuando no han sido negociadas individualmente. Como de forma gráfica describe el Ministerio Fiscal, existe imposición cuando, elegido un determinado contrato, <<[...] nada ni nadie evita al cliente la inserción de la cláusula suelo y techo>>. Máxime cuando se trata de productos o servicios de consumo no habitual y de elevada complejidad técnica, en el que la capacidad real de comparación de ofertas y la posibilidad real de comparación para el consumidor medio es reducida, tratándose con frecuencia de un <<cliente cautivo>> por la naturaleza de las relaciones mantenidas por los consumidores con <<sus>> bancos que minoran su capacidad real de elección.”

Sin embargo a pesar de la cita a la STS, Sala 1ª, núm. 406, de 18 de junio de 2012 (ROJ: STS 5966/2012), lo cierto es que en esta el Tribunal varía el criterio. En aquella, en efecto, declaró que “el “carácter negociado de las cláusulas”, que excluye la aplicación de la Ley General de Consumidores y Usuarios en el ámbito de la contratación previsto en el artículo 10, en su nueva redacción dada por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, de 13 de abril de 1998, así como lo dispuesto por esta última en orden al control de inclusión, transparencia y reglas de interpretación (artículo 1 en relación con los artículos 5 y 6 de la Ley), también debe darse prevalencia a la consideración que realiza la sentencia de Apelación que, en el marco de la prueba practicada, no impugnada por la parte recurrente, llega a la conclusión del carácter negociado de estas cláusulas no solo por incidir en la esencia patrimonial de la póliza de préstamo, sino también por la comparación y contraste que hicieron los actores al recurrir, sin éxito, a otras entidades financieras. Frente a esta consideración, la mera alegación de que la parte recurrente no participó en la redacción del contrato no desvirtúa para nada que el contenido fuese negociado, máxime si se tiene en cuenta que los prestatarios suscribieron, previamente a la formalización en escritura pública del préstamo convenido, los documentos explicativos de la entidad financiera en donde se informaba de las condiciones concretas de la operación a realizar: oferta vinculante del préstamo hipotecario a interés fijo, liquidación de intereses y orden de pago de deudas de los prestatarios según sus propias indicaciones”.

En definitiva, conforme a la STS, Sala 1ª, núm. 241/2013, de 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013), “*la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar*”. Ahora bien, ello no significa que se fuerce el consentimiento contractual que debe emitir el destinatario de tales cláusulas, que, por lo tanto, existe y no está viciado. La sentencia citada lo aclara de forma terminante cuando estima que “*esta imposición del contenido del contrato no puede identificarse con la imposición del contrato en el sentido de obligar a contratar. Es el consumidor el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quien, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre -razonablemente garantizada por la intervención notarial- y otra identificar tal consentimiento en el contenido con la previa existencia de negociación individualizada del mismo*”.

Significa, por tanto, únicamente que si el adherente quiere obtener el bien o servicio al que el contrato se refiere, tiene que aceptar necesariamente las cláusulas y el contenido que se le ofrece, sin que ni aquellas ni este varíen a consecuencia de una eventual negociación individual. En consecuencia, la imposición no requiere inexistencia absoluta de negociación individual, se trata simplemente de que, aunque puede existir, no conduce a resultado alguno puesto que una de las partes está en condiciones de negarse a toda modificación del clausulado predispuesto; mientras que la otra únicamente puede contratar en las condiciones previamente ofertadas o prescindir del bien o servicio elegidos. Adicionalmente estima el Tribunal que *“no puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario y que tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios”*.

Esta orientación se consolida de forma terminante en la STS, Sala 1ª, 265/2015 de 22 de abril de 2015 (Roj: STS 1723/2015). El Tribunal estima que para que una cláusula de un contrato concertado con un consumidor pueda considerarse "no negociada" y por tanto le sea aplicable la Directiva 1993/13/CEE y la normativa nacional que la desarrolla (en particular, la Ley y posteriormente el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y Usuarios), basta con que esté predispuesta e impuesta, en el sentido de que su incorporación al contrato sea atribuible al profesional o empresario. Observa el tribunal que tales requisitos se recogen en el art. 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE cuando establece que *“se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión”* y que la exégesis de dicha norma lleva a concluir que el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base en cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio.

Insiste en que cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a la cual vea rechazado su intento de negociar. Tampoco es obstáculo a la aplicación del régimen jurídico de las condiciones generales que existan varios empresarios o profesionales que oferten los servicios o productos demandados por el consumidor, porque no es preciso que exista una posición monopolística del predisponente para que las cláusulas de los contratos que celebra con los consumidores puedan ser consideradas como no negociadas. Esta "imposición del contenido" del contrato no puede identificarse con la "imposición del contrato" en el sentido de "obligar a contratar". Es el consumidor el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quién, de entre las diversas empresas y profesionales que actúan en el mercado, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre (ahí es donde incide la garantía de la intervención notarial) y otra identificar tal consentimiento, aun intervenido notarialmente, en el contenido del contrato con la previa existencia de negociación individualizada del mismo.

Sin embargo no es posible equiparar el desconocimiento de una cláusula con la imposición de la misma. La STS, Sala 1ª, núm. 241/2013, de 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013), precisa al respecto que *“el empresario, al configurar la oferta,*

puede imponer al consumidor una cláusula indeseada por este que, pese a conocerla, debe aceptar para contratar. Tal conocimiento no excluye su naturaleza de condición general y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentidas e incorporadas al contrato, tanto por ser el consentimiento uno de sus elementos desde la perspectiva de la doctrina clásica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1261.1º CC -<<no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes [...]>>- como por exigirlo de forma expresa el artículo 5.1 LCGC según el cual <<las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo>> (...)". En definitiva "el conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias - singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes".

2.1.6. La condición de profesional del predisponente

Según se deduce del artículo 2 de la LCGC, para que una cláusula contractual, predispuesta, impuesta y prevista para incorporarse a una pluralidad de contratos pueda ser considerada una condición general es imprescindible que el predisponente tenga la condición de profesional. Por profesional entiende la LCGC toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada. Por consiguiente, se trata de un concepto de contornos más amplios que el de empresario. Incluye a toda persona que distribuya bienes o preste servicios en el mercado, ya sean aquellos materiales o inmateriales y estos físicos, intelectuales, artísticos o de cualquiera otra índole, con independencia de toda otra consideración.

Sin embargo la nota fundamental a efectos de su caracterización consiste no en la actividad que ejerza en general sino en el propósito con el que suscribe el contrato, de modo que se trata de un concepto funcional, es decir, a estos efectos el de profesional no es un estado, sino una posición en el contrato en particular. No se trata, por consiguiente, respecto de una determinada persona, de una categoría consustancial e inmutable, lo determinante es la condición en la que el sujeto actúa al celebrar el contrato de que se trate. Es una cualidad apreciable en función de la condición en la que se sitúa en relación con un negocio jurídico u operación particular, entre los muchos que puede desarrollar en su vida diaria, de tal forma que una misma persona en diferentes situaciones, puede ostentar unas veces la condición de consumidor y otras, la de profesional.

La noción es, por tanto, sustancialmente idéntica a la del empresario, que utiliza el TRLCU para delimitar su ámbito de aplicación, a pesar de la reforma que ha sufrido el artículo 4 TRLCU, tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo. El texto actual dispone que se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. La norma reproduce el texto de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 cuando dispone que se entiende por comerciante toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión en relación con contratos regulados por la Directiva.

Según consta en el preámbulo de la misma la inclusión de la referencia a la forma de actuación, que faltaba en la redacción anterior, y, por tanto, en la LCGC, se debe únicamente a la conveniencia de aclarar que la Directiva no afecta al Derecho nacional en materia de representación legal, por ejemplo a las disposiciones sobre la persona que actúa en nombre del comerciante o por cuenta de este (tales como un agente o un fideicomisario), ya que los Estados miembros deben seguir siendo competentes en esta materia. Por otra parte la sustitución del inciso de actuar “dentro del marco de su actividad profesional o empresarial”, por el de hacerlo “con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión” no pretende sino tratar de resolver el problema de los llamados contratos de doble finalidad, esto es, aquellos cuyo objeto está en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona, cuestión que se tratará en el capítulo V de este título.

Por lo demás es indiferente que se trate de una persona física o jurídica, pública o privada. Pero sí parece que no podrá tener la consideración de predisponente, por no ser profesional o empresario, quien se dedique a una actividad de manera esporádica u ocasional, aunque haya redactado previamente las cláusulas del contrato que realice, por cuanto que la noción de empresario o profesional exige la habitualidad.

Asimismo es irrelevante que el adherente tenga la condición de consumidor o no. El artículo 2 LCGC es rotundo cuando dispone que será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica –adherente. La EM de la LCGC justifica esta opción en que pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual porque la protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica. Cuestión bien distinta es que todo adherente goce del mismo nivel de protección, lo que no sucede, tal y como tendremos ocasión de analizar de manera pormenorizada en los capítulos siguientes.

2.2. Elementos irrelevantes para la caracterización.

Según declara con total oportunidad la STS, Sala 1ª, núm. 241/2013, de 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013), fuera de los requisitos anteriores, cualquier otro ha de considerarse irrelevante para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación. En particular resulta irrelevante la autoría material, la apariencia externa, la extensión y cualesquiera otras circunstancias, incluyendo la circunstancia de que la condición general de la contratación comprenda el cumplimiento por el predisponente de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial.

También resulta indiferente que se trate de cláusulas definitorias del objeto principal del contrato. Dicha circunstancia no priva a la misma de su consideración de condición general. Tal y como constata la sentencia citada, “el hecho de que se refiera al objeto principal del contrato en el que está insertada no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo” (...). Por tanto “en nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal y, de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de éste”.

Cuestión distinta es determinar cuál es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él y, singularmente, cuando los intereses en juego a cohonestar son los de un profesional o empresario y un consumidor o usuario, ante la necesidad de coordinar, por un lado, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, que proclama el artículo 38 CE y, por otro, la defensa de los consumidores y usuarios que el artículo 51 CE impone a los poderes públicos, al exigir que garantice mediante procedimientos eficaces los legítimos intereses económicos de los mismos, tema que se tratará con detenimiento en los capítulos posteriores.

Sección segunda. El contrato de adhesión

Como categoría dogmática la adhesión constituye una forma de otorgar el consentimiento, que sustituye a la tradicional, en la medida en que el aceptante carece de capacidad para configurar el contenido contractual, de modo que la expresión de su voluntad se restringe a aquietarse a las condiciones especificadas en la oferta o a prescindir del contrato. A diferencia de lo que sucede en el contrato tradicional, por negociación, en cuyo ámbito los interesados determinan un contenido contractual que consensuan a través de la negociación, en el contrato por adhesión resulta sustancial la circunstancia de que sea una parte la que redacta en exclusiva ese contenido, sin dejar intervenir a la otra que se limita a adherirse a la formulación redactada por el predisponente. Son, pues, contratos no negociados individualmente, que se caracterizan por la reducción del papel del consentimiento en el mismo que implica la imposición de su contenido.

Por tanto, su ámbito natural de aplicación es precisamente el de las condiciones generales de la contratación. De hecho, dada la configuración de las mismas, la utilización de las condiciones generales requiere el consentimiento del contratante no predisponente a través de la adhesión. En consecuencia no hay condiciones generales sin contrato de adhesión. Todos los contratos con condiciones generales son contratos de adhesión. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que el contrato no pierde esta característica por el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente. Esta circunstancia, prevista en el artículo 1.2 LCGC, no excluirá, según dispone el precepto citado, la aplicación de la LCGC al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión. Por tanto, la Ley no excluye que puedan discutirse las condiciones generales y, en el caso concreto, ser sustituidas por otras reglas contractuales distintas a las que por contraposición se suelen denominar “condiciones particulares”. Ahora bien, aclara que no por el hecho de haber existido negociación respecto de algunas cláusulas y de haberse insertado una condición particular en el contrato queda excluido el carácter de las condiciones generales del conjunto y del resto de ellas y, por ende, la calificación de contrato de adhesión.

No obstante, se comprende fácilmente que la existencia previa de condiciones generales no constituye un requisito esencial, ni determinante de este tipo de contratos. En otros términos, si bien todos los contratos con condiciones generales son contratos de adhesión, no todos los contratos de adhesión son contratos con condiciones generales. Por el contrario, en la medida en que este tipo de convenio se caracteriza exclusivamente, según lo dicho, por la reducción del papel del consentimiento en el mismo que implica la imposición de su contenido, resulta claro

que esta puede avenir ante todo contrato cuyo contenido no haya sido negociado individualmente. Así lo reconoce, por lo demás, el mismo TRLGDCU, cuyo artículo 80 se refiere por ese motivo no a contratos con condiciones generales, sino a cláusulas no negociadas individualmente. Como contratos de adhesión que son los dos, los suscritos mediante condiciones generales y los impuestos en materia de contenido fuera de la contratación seriada, ambos están sometidos a particularidades de régimen jurídico, que los separan de los contratos por negociación; aunque dicho régimen difiere según intervenga o no un consumidor, como se analizará en los capítulos siguientes.

CAPÍTULO III

El control de las condiciones generales de contratación en contratos celebrados con consumidores y usuarios

Sección primera. El ámbito del control. Contratos y cláusulas excluidos

El TRLGDCU contiene una disciplina particular sobre control de transparencia y carácter abusivo destinada a regular los contratos que incluyen cláusulas no negociadas individualmente. Su ámbito de aplicación natural está constituido por los contratos con condiciones generales, en cuyo caso hay que tener en cuenta también las previsiones de la LCGC, que, en materia de transparencia formal, acoge una regulación sustancialmente igual a la del TRLGDCU y que, en lo relativo al control de contenido, remite directamente al TRLGDCU. Ahora bien, la normativa sobre el particular no se restringe a este tipo de contratos por cuanto, como se ha expuesto, comprende cualquier clase de convenio cuyas cláusulas no hayan sido objeto de negociación individual, esto es, contratos de adhesión particulares (art. 80.1 TRLGDCU), siempre que el adherente sea un consumidor. Estas cláusulas, están sometidas a un primer control de transparencia en términos similares a los previstos en la LCGC, pero también a un control de contenido y, finalmente, a un control de transparencia adicional.

Ahora bien, esta normativa no se aplica a todo tipo de convenios. El art. 4 de la LCGC preceptúa que la misma no se aplica a “*los contratos administrativos, a los contratos de trabajo, a los de constitución de sociedades, a los que regulan relaciones familiares y a los contratos sucesorios*”. Al respecto, se han esgrimido variados argumentos para explicar el motivo de la exclusión, pero todos ellos giran en torno a que aquel reside en la singular configuración y disciplina que caracteriza a estas relaciones contractuales, que las sitúan fuera de los fines de la regulación que justifica y persigue el régimen especial de las condiciones, aunque por distintas razones. Al tratar de los contratos administrativos se afirma que la posición de superioridad de la Administración determina que con carácter general el órgano administrativo imponga al particular un contenido contractual reglado, aunque pueda decirse que no prefigura de modo autónomo y unilateral el contenido o regla de la relación contractual, al tiempo que se

aduce que no son contratos de derecho privado sino administrativos, cuya preparación, adjudicación, efectos y extinción se rigen por normas administrativas.

En lo atinente a los contratos de trabajo se explica que están sometidos a una rigurosa disciplina imperativa, en cuyo ámbito a las reglas estrictamente contractuales se superpone una amplia regulación de naturaleza heterónoma constituidas por normas derivadas de la autonomía colectiva, que excluyen en gran medida la autonomía de la voluntad de las partes. Si se trata de los contratos que regulan relaciones familiares se aprecia que desaparece el carácter profesional de la actuación del predisponente y la generalidad entendida como proyección respecto de la pluralidad de relaciones contractuales, igual que sucede en los contratos sucesorios, además de que por su objeto, se afirmar, simplemente es imposible que se disciplinen mediante condiciones generales. Finalmente la razón de la exclusión de los contratos de constitución de sociedades se hace residir en que en ellos se produce una concatenación de obligaciones para los contratantes y un efecto organizativo, además de que falta en los mismos la llamada proyección en una pluralidad de relaciones contractuales; o bien, porque no se trata de contratos traslativos.

La cuestión, sin embargo, carecería de trascendencia apreciable si los controles de los que estamos tratando fueran exclusivamente los previstos en la LCGC, pero, según se ha indicado, no es así. La particular disciplina bimembre que acoge nuestro Derecho en la materia obliga a decidir si estas exclusiones afectan también a los previstos en el TRLGDCU. Sobre lo que me inclino a pensar que sí. En efecto, a pesar del silencio de ese texto legal sobre la cuestión creo que se halla implícita en él, igual que sucede con la Directiva 13/93. Y con ese objeto no es imprescindible determinar el motivo por el que la LCGC ha excluido estos contratos del régimen del control que instaura, que, a mi juicio no radica tanto en la singularidad de esos contratos, sino simplemente en que dichos contratos no se incluyen en el ámbito objetivo de aplicación de este régimen. Lo importante es considerar que la disciplina se aplica únicamente a los contratos entre consumidores o usuarios y empresarios, según previenen los artículos 2 y 59 TRLGDCU y esos contratos no lo son porque, en síntesis, falta la prestación típica del profesional y la posición específica de la otra parte como receptor de los bienes o servicios en su condición de consumidor o usuario. La EM de la LCGC es clara cuando dispone que conforme al criterio del considerando décimo de la Directiva, todos estos supuestos de exclusión deben entenderse referidos no sólo al ámbito de las condiciones generales, sino también al de cláusulas abusivas regulados en el TRLGDCU.

Ahora bien, cumplidos estos requisitos, hay que tener en cuenta que quedan sometidos al control previsto en el TRLGDCU los contratos que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependiente (art. 80.1 TRLGDCU) y que las cláusulas, condiciones o estipulaciones que utilicen las empresas públicas o concesionarias de servicios públicos, estarán sometidas a la aprobación y control de las Administraciones públicas competentes, cuando así se disponga como requisito de validez y con independencia de la consulta al Consejo de Consumidores y Usuarios, prevista en el TRLGDCU u otras leyes, todo ello sin perjuicio de su sometimiento a las disposiciones generales del TRLGDCU (art. 81.3 TRLGDCU). La sumisión al control de las cláusulas que disciplinan los contratos de prestación de servicios públicos que realicen las Administraciones Públicas y las entidades de ellas dependientes se justifica en que tienen naturaleza contractual y no normativa, y por lo tanto, quedan sujetas al régimen de control del Título II del Libro II del TRLGDCU. Así se desprende con claridad de los preceptos citados y viene además confirmado por la Exposición de Motivos de la LCGC en su considerando

VII.3, según el cual, se estima procedente que también las Administraciones Públicas queden incluidas, como estaban hasta ahora, en el régimen de protección de consumidores y usuarios frente a la utilización de cláusulas abusivas.

Junto a esta exclusión de determinados tipos de contratos del régimen de la LCGC y del TRLGDCU, el art. 4.2 LCGC dispone que tampoco será de aplicación dicha Ley a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes. La justificación de esta exclusión de la LCGC es, como se infiere de la EM de la Directiva 13/1993, de la que procede la citada exclusión, la suposición de que los convenios internacionales debidamente ratificados y las disposiciones legales o reglamentarias en los que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con consumidores, no contienen cláusulas poco transparentes, ni abusivas. Además de que en realidad estas cláusulas no son en sí mismas condiciones generales, ya que reproducen contenidos normativos imperativos, lo que excluye la contractualidad que define a la condición general. La propia EM aclara que la exclusión afecta también a los controles previstos en el TRLGDCU puesto que procede de la Directiva sobre cláusulas abusivas.

Sin embargo la disposición no ha estado exenta de dudas, por lo que ha resultado preciso delimitar el ámbito de esta exclusión. La STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, (ECLI:EU:C:2013:180) declara a este respecto que, tal como se desprende del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13, las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas no están sujetas a las disposiciones de la misma. En efecto, tal como resulta del decimotercer considerando de la Directiva 93/13, la exclusión prevista en el artículo 1.2 de ésta se extiende a las cláusulas que reflejan las disposiciones del Derecho nacional que se apliquen entre las partes contratantes con independencia de su elección o aquellas de tales disposiciones aplicables por defecto, es decir, cuando las partes no llegan a un acuerdo diferente al respecto. Por otro lado, del ámbito de aplicación de la citada Directiva se excluyen las cláusulas contractuales que reflejen las disposiciones de la normativa nacional que regulan una categoría determinada de contrato, no sólo cuando el contrato celebrado por las partes pertenece a esta categoría de contrato, sino también con respecto a los demás contratos a los que sea aplicable dicha normativa con arreglo al Derecho nacional.

Tal como defiende la Abogado General en el punto 47 de sus conclusiones, esta exclusión de la aplicación del régimen de la Directiva 93/13 se justifica por el hecho de que, en esos casos, es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos. No obstante, este razonamiento no es válido con respecto a las cláusulas de un contrato diferente. En tal situación, el legislador nacional ha decidido, en efecto, excluir dicho contrato del ámbito de aplicación del régimen normativo previsto para otras categorías de contratos. La eventual voluntad de las partes de extender la aplicación de este régimen a un contrato diferente no puede asimilarse al establecimiento por el legislador nacional de un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes del contrato.

Por otro lado, permitir que se excluya la aplicación de la Directiva 93/13 a las cláusulas contractuales por el mero hecho de que éstas reproducen disposiciones legales o reglamentarias nacionales que no son aplicables al contrato celebrado por las partes,

o se refieren a tales disposiciones, pondría en tela de juicio el régimen de protección de los consumidores instaurado por dicha Directiva. En efecto, en estas circunstancias, un profesional podría eludir fácilmente el control del carácter abusivo de las cláusulas que no hayan sido objeto de negociación individual con un consumidor redactando las cláusulas de sus contratos de la misma manera que aquellas previstas por la normativa nacional para determinadas categorías de contratos. Ahora bien, el conjunto de derechos y obligaciones que crea el contrato así redactado no tiene por qué corresponder necesariamente con el equilibrio que el legislador nacional ha pretendido establecer en los contratos regulados por su normativa en la materia.

Sobre la misma exclusión se pronuncia la STJUE de 30 de abril de 2014, Barclays Bank, C-280/13 (ECLI:EU:C:2014:279) ante una cuestión prejudicial instada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Palma de Mallorca. Observa el Tribunal que el órgano jurisdiccional remitente no invoca ninguna cláusula contractual que pudiera ser calificada de abusiva. Las cuatro cuestiones prejudiciales versan sobre la compatibilidad de disposiciones legales y reglamentarias nacionales con la Directiva 93/13. Ninguna de las disposiciones nacionales controvertidas en el litigio principal tiene carácter contractual. Además, a diferencia de los asuntos que dieron lugar a las sentencias Banco Español de Crédito (EU:C:2012:349) y Aziz (EU:C:2013:164), ninguna de aquellas disposiciones se refiere a la amplitud de las facultades del juez nacional para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual. En efecto, las disposiciones nacionales que son objeto de la remisión prejudicial tienen carácter legal o reglamentario y no se reproducen en el contrato sobre el que versa el litigio principal. Ahora bien, las disposiciones de ese tipo no están comprendidas en el ámbito de aplicación la Directiva 93/13, que tiene por objeto prohibir las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores.

El Tribunal insiste en que, a diferencia del asunto que dio lugar a la sentencia RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 25), en el cual, según los apartados 29 a 38 de dicha sentencia, las partes se pusieron de acuerdo sobre la extensión del ámbito de aplicación de un régimen previsto por el legislador nacional, las disposiciones legales y reglamentarias nacionales sobre las que versan las cuestiones prejudiciales resultan aplicables sin que su ámbito de aplicación o su alcance hayan sido modificados en virtud de una cláusula contractual. Así pues, es legítimo presumir que no se ha alterado el equilibrio contractual establecido por el legislador nacional. El legislador de la Unión decidió expresamente preservar dicho equilibrio, tal como se deduce de los términos del considerando decimotercero y del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13.

Añade, por otro lado, que las disposiciones legales y reglamentarias nacionales controvertidas en el litigio principal se aplican únicamente cuando las partes contratantes no hayan pactado otra cosa. Por consiguiente, de conformidad con el considerando decimotercero de la Directiva 93/13, tales disposiciones se rigen por el artículo 1, apartado 2, de dicha Directiva, a cuyo tenor «no estarán sometid[a]s a las disposiciones de la [...] Directiva». Así pues, en cualquier caso, la propia Directiva no resultaría aplicable. En definitiva, habida cuenta de las consideraciones anteriores, el Tribunal concluye en que procede responder a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente que la Directiva 93/13 y los principios del derecho de la Unión relativos a la protección de los consumidores y al equilibrio contractual deben interpretarse en el sentido de que están excluidas de su ámbito de aplicación las disposiciones legales y reglamentarias de un Estado miembro, como las

controvertidas en el litigio principal, cuando no existe una cláusula contractual que modifique el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones.

En el contexto español la controversia se ha suscitado en relación con las cláusulas suelo. Uno de los argumentos esgrimidos por las entidades crediticias para sostener que, incluso si las cláusulas controvertidas se califican como condiciones generales de la contratación no deben someterse a la LCGC, es que las denominadas cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios están admitidas y reguladas expresamente en las disposiciones legales de carácter sectorial. A este respecto la STS, Sala 1ª, núm. 241/2013, de 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013), declara que "la existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta Litis" ya que *la* normativa sectorial se limita a imponer determinados deberes de información sobre la incorporación de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario a que se refiere, pero no impone la existencia de cláusulas suelo, ni en defecto de pacto supone su existencia ni, finalmente, indica los términos en los que la cláusula viene expresada en el contrato. Recuerda que, en ese sentido, la STS 75/2011, de 2 de marzo, declara que la finalidad tuitiva que procura al consumidor la Orden de 5 de mayo de 1994 en el ámbito de las funciones específicas competencia del Banco de España, en modo alguno supone la exclusión de la Ley 7/98 a esta suerte de contratos de consumidores, como ley general. Así lo dispone el artículo 2.2 de la propia OM, según el cual "lo establecido en la presente Orden se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como en las demás Leyes que resulten de aplicación". Sería, afirma la expresada STS 75/2011, de 2 de marzo, "una paradoja que esa función protectora que se dispensa a los consumidores, quedara limitada a una Orden Ministerial y se dejara sin aplicación la LCGC para aquellas condiciones generales que no están reguladas por normas imperativas o que reguladas han sido trasladadas de una forma indebida al consumidor".

Sección segunda. Tipos de control. En particular el control de contenido o de abusividad

1. Tipos de control

Según se ha indicado el TRLGDCU contiene una disciplina particular sobre control de transparencia y sobre el control de contenido destinada a regular los contratos que incluyen cláusulas no negociadas individualmente. Su ámbito de aplicación natural está constituido por los contratos con condiciones generales, en cuyo caso hay que tener en cuenta también las previsiones de la LCGC, que, en materia de transparencia formal, acoge una regulación sustancialmente igual a la del TRLGDCU y que, en lo relativo al control de contenido, remite directamente al TRLGDCU. Ahora bien, la normativa sobre el particular no se restringe a este tipo de contratos por cuanto, como se ha expuesto, comprende cualquier clase de convenio cuyas cláusulas no hayan sido objeto de negociación individual, esto es, contratos de adhesión particulares (art. 80.1 TRLGDCU), siempre que el adherente sea un consumidor. Estas cláusulas, están sometidas a un primer control de transparencia en términos similares a los previstos

en la LCGC, pero también a un control de contenido y, finalmente, a un control de transparencia adicional. El control de transparencia, en sus dos vertientes, será analizado en el capítulo siguiente, por lo que en este me ocuparé del control de contenido, salvo en lo que se refiere a los efectos y a supuestos particulares, que también serán tratados en el capítulo siguiente.

2. En particular el control de contenido o de abusividad.

2.1. Alcance del control de contenido o de abusividad

El control de contenido o de abusividad procede únicamente ante contratos de adhesión suscritos con consumidores. Es indiferente que se trate de contratos de adhesión concertados mediante condiciones generales o no, esto es, contratos particulares, pero no negociados individualmente. Lo relevante es que una de las partes sea un consumidor. El art. 8 de la LCGC no contiene un control de contenido expreso o autónomo para las condiciones generales. Se trata únicamente de una norma de remisión que conecta la LCGC con los supuestos de control de validez del contenido contractual existentes en el ordenamiento jurídico, el de las normas generales de la validez de los contratos y, con carácter especial, el de las cláusulas abusivas no negociadas individualmente en los contratos con consumidores, de acuerdo con las previsiones del TRLGDCU al que la LCGC reenvía de modo expreso al objeto de que les resulte de aplicación el régimen de nulidad especial previsto en ella para las condiciones generales en sus arts. 9 y 10; si bien esta disposición también resulta superflua por cuanto la sanción de nulidad de las cláusulas abusivas ya está prevista en el art. 83 del TRLGDCU.

La consecuencia fundamental de la ausencia de un control de contenido específico para las condiciones generales es que el control de contenido de las cláusulas abusivas queda circunscrito a los contratos de adhesión con consumidores. Las condiciones generales empleadas en el tráfico con empresarios carecen de un control de contenido específico. Sólo serán nulas, como cualquier cláusula contractual, si son contrarias a las normas generales sobre validez de los contratos, pero no podrán ser calificadas como abusivas. El art. 8.2 de la LCGC es claro en cuanto a la exclusión de las condiciones generales del control de contenido de las cláusulas abusivas cuando el adherente sea un empresario, puesto que expresamente dispone que “serán nulas las condiciones generales abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas” en el TRLGDCU. Asimismo, la EM es contundente al expresar que “el concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores”, mientras que el abuso de una posición dominante de un empresario frente a otro empresario “se sujetará a las normas generales de la nulidad contractual”. En este aspecto, la legislación española es tributaria de manera estricta de la Directiva sobre cláusulas abusivas 93/13 en la medida en que restringe su ámbito subjetivo de aplicación a las cláusulas no negociadas individualmente en contratos celebrados con consumidores.

En estos supuestos el control procede en todo caso, salvo que se trate de cláusulas relativas a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible” (art. 4.2 de la Directiva 93/13/). En dichas hipótesis, únicamente

cabe verificar un control de transparencia pero nunca un control de abusividad —de fondo, en orden a valorar el posible desequilibrio eventualmente generado entre las partes contratantes, que demanda la ponderación del cumplimiento de las exigencias propias de la buena fe contractual y la constatación de concurrencia de perjuicio efectivo para la parte contratante más débil—. Salvo que la cláusula en cuestión no supere el control de transparencia, en los términos y con las consecuencias que se analizarán en el capítulo siguiente.

Sobre lo que debe entenderse por cláusulas "que describan el objeto principal" del contrato o referidas "a la definición del objeto principal", si bien la doctrina se halla dividida, la STS, Sala 1ª, núm. 241/2013, de 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013), llama la atención sobre la literalidad de los términos de la Directiva 93/13 cuando se refiere a las "cláusulas que describan el objeto principal del contrato" y a "la definición del objeto principal del contrato", sin distinguir entre "elementos esenciales" y "no esenciales" del tipo de contrato en abstracto -en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC y 315 del CCom)-, sino a si son "descriptivas" o "definidoras" del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al "método de cálculo" o "modalidades de modificación del precio". Alude asimismo al Informe de 27 de abril de 2000, de la Comisión, sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante IC 2000) que estima que las cláusulas relativas al precio están sometidas al control previsto en la Directiva ya que la exclusión se refiere exclusivamente a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o los bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, de modo que las cláusulas por las que se estipulan el método de cálculo o las modalidades de modificación del precio entran, por tanto, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva. En razón de ello, la sentencia concluye que en el caso sometido a controversia, las cláusulas suelen formar parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato.

En el ámbito comunitario se refiere a la cuestión la STJUE de 30 de abril de 2014, C-26/13, Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai (ECLI:EU:C:2014:282) estimando que, teniendo en cuenta también el carácter de excepción del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 y la exigencia de una interpretación estricta de esta disposición que deriva de él, las cláusulas del contrato incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato», en el sentido de esta disposición, deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que como tales lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte del concepto de «objeto principal del contrato», en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13. Según el Tribunal el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que los términos «objeto principal del contrato» únicamente abarcan una cláusula, contenida en un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera concluido entre un profesional y un consumidor, que no ha sido objeto de negociación individual, como la cláusula discutida en el litigio principal, en virtud de la cual la cotización de venta de esa divisa se aplica para el cálculo de las cuotas de devolución del préstamo, si se aprecia, lo que corresponde comprobar al tribunal remitente atendiendo a la naturaleza, el sistema general y las estipulaciones de ese contrato, así como a su contexto jurídico y de hecho, que esa cláusula establece una prestación esencial de ese contrato que como tal lo caracteriza. Y que tal cláusula, en cuanto estipula la obligación pecuniaria para el consumidor de pagar en devolución del

préstamo los importes derivados de la diferencia entre la cotización de venta y la de compra de la divisa extranjera, no puede calificarse como comprensiva de una “retribución” cuya adecuación como contrapartida de una prestación realizada por el prestamista no pueda ser apreciada en relación con su carácter abusivo en virtud del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13.

2.2. Contenido del control de contenido o de abusividad

El artículo 82 del TRLGDCU define como cláusula abusiva, de conformidad con la Directiva, toda aquella estipulación no negociada individualmente y toda aquella práctica no consentida expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe cause, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Por consiguiente, los requisitos que se integran en la conformación del concepto de cláusula abusiva son tres. Debe tratarse de una estipulación no negociada individualmente en el sentido expuesto en el capítulo anterior. Ha de ser contraria a las exigencias de la buena fe contractual. Y debe generar un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de los contratantes en perjuicio del consumidor o usuario.

Los dos últimos elementos han sido precisados en cuanto a su contenido con cierto grado de precisión por la jurisprudencia. La STJUE de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11 (ECLI:EU:C:2013:164) declara que al referirse a los conceptos de buena fe y desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el artículo 3.1 de la Directiva delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula que no se haya negociado individualmente. Al respecto del “desequilibrio importante” entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, estima el Tribunal que deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas.

En este contexto, la STJUE de 16 de enero de 2014, Constructora Principado, C-226/12 (ECLI:EU:C:2014:10) precisa el significado del término desequilibrio importante al indicar que “la existencia de un desequilibrio importante no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales”.

Por su parte la STJUE de 26 de enero de 2017, Banco Primus, S.A., & Jesús Gutiérrez García, C-421/14, (ECLI:EU:C:2017:60) declara que para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si —y, en su caso, en qué medida— el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas (sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 68).

En lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», la STJUE de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11 (ECLI:EU:C:2013:164) declara que el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual. La propia Directiva en el considerando 16 ofrece unas valiosas indicaciones sobre el significado que cabe atribuir a la buena fe, se refiere a la cuestión afirmando en la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, a si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula y a si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor; que los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta.

Asimismo la STJUE de 26 de enero de 2017, Banco Primus, S.A., & Jesús Gutiérrez García, C-421/14, (ECLI:EU:C:2017:60), en lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «contrariamente a las exigencias de la buena fe», señala que, habida cuenta del decimosexto considerando de la Directiva 93/13, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 69).

Del análisis del considerando así como de las sentencias citada se deduce, por tanto, que la buena fe es entendida como una regla de conducta, como un deber de tratar de manera leal y equitativa con la otra parte, es decir, como un juicio del comportamiento del predisponente, que se efectúa a partir de unos datos objetivos que vienen sugeridos en el mismo considerando. La buena fe como regla de conducta impone por lo tanto al predisponente un deber de ejercitar el poder de integración del contenido del contrato mediante condiciones generales, tratando a la otra parte de manera leal y equitativa, o lo que es lo mismo, un deber de no aprovecharse de la posición de dominio que le viene conferida por la predisposición. En primer lugar, ejercitar el poder de predisposición de manera leal y equitativa impide al predisponente aprovecharse de su facultad de imposición del contenido contractual, lo que implica, como establece el mismo considerando, tener en cuenta los intereses legítimos de la otra parte. Conforme a ello, el juicio de buena fe obliga realizar una valoración global de los diferentes intereses en juego, el del adherente y el del predisponente, de manera que una cláusula es contraria a la buena fe cuando obedece a una distribución de los derechos y obligaciones del contrato que se ha hecho teniendo en cuenta exclusivamente los intereses del predisponente.

En el ámbito interno, tras constatar que la Directiva delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula contractual que no ha sido negociada individualmente y que tampoco la norma española contiene especiales precisiones de que qué debe entenderse por desequilibrio importante contrario a la buena fe, la STS, Sala 1ª, núm. 241/2013, de 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013), declara que, atendida la finalidad de las condiciones generales -su incorporación a pluralidad contratos con consumidores- y de su control abstracto, no es posible limitarla a la esfera subjetiva; sino que es necesario proyectarla sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido. Máxime tratándose de préstamos hipotecarios en los que es notorio que el consumidor confía en la apariencia de neutralidad de las concretas personas de las que se vale el empresario (personal de la sucursal) para ofertar el producto.

Precisa también el Alto Tribunal que el desequilibrio no es exclusivo de los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas, ni su aplicación está limitada a aquellos en los que la reciprocidad se proyecta en la ejecución del contrato, por lo que sin duda puede darse en los contratos de préstamo, aunque se calificaran como contratos reales y unilaterales. Estima que la finalidad de la normativa de consumo y la generalidad de sus términos imponen entender que el equilibrio de derechos y obligaciones es el que deriva del conjunto de derechos y obligaciones, con independencia de que el empresario haya cumplido o no la totalidad de las prestaciones. El desequilibrio puede manifestarse en la propia oferta desequilibrada, en la fase genética o en la ejecución del contrato, o en ambos momentos. Más aún, recuerda que las SSTS 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007; y 861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007, mantuvieron la posibilidad de cláusulas abusivas precisamente en contratos de préstamo.

Adicionalmente, la STJUE de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11 (ECLI:EU:C:2013:164), recuerda que, conforme al artículo 4.1, de la Directiva -, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración (sentencias antes citadas Pannon GSM, apartado 39, y VB Pénzügyi Lízing, apartado 42 -EDJ 2010/219186-). De ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional"

En el contexto nacional la STS, Sala 1ª, núm. 241/2013, de 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013), insiste en que *"como regla el enjuiciamiento del carácter eventualmente abusivo de una cláusula debe referirse al momento en el que se suscribe el contrato y teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en su celebración y las demás cláusulas del mismo, de conformidad con lo que dispone el art. 4.1 de la Directiva 93/13 [...] el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará [...] considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa", citando al respecto las SSTJUE Pannon GSM, apartado 39, y VB Pénzügyi Lízing, apartado 42, Banif Plus Bank, apartado 40 y Aziz, apartado 71. Y de conformidad asimismo el artículo 82.3 TRLGDCU, a cuyo tenor el carácter abusivo de una cláusula se apreciará [...] considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa".*

Consecuentemente, declara la sentencia, para decidir sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula impuesta en un concreto contrato, el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo. También deberá valorar todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.

Sin embargo, precisa que estas reglas deben matizarse en el caso de acciones colectivas de cesación en las que es necesario ceñir el examen de abusividad de la cláusula o cláusulas impugnadas en el momento de la litispendencia o en el momento posterior en que la cuestión se plantee en el litigio dando oportunidad de alegar a las partes, y sin que puedan valorarse las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente. Asimismo estima que para juzgar sobre el equilibrio de las condiciones incorporadas a contratos con consumidores hay que atender a la naturaleza de los bienes o servicios objeto de las cláusulas contractuales. Así lo impone el considerando decimoctavo de la Directiva 93/13 según el cual la naturaleza de los bienes o servicios debe influir en la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales, y el tenor del art. 4.1 sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato [...]. También el artículo 82.3 TRLCU dispone que el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato [...].

Junto a esta cláusula general, que actúa a modo de cierre, ha de recordarse que el TRLGDCU contiene además una relación ejemplificativa muy pormenorizada de los tipos de cláusulas que en todo caso se consideran abusivas, atendiendo a los criterios que el texto prevé, y que consisten en que vinculen el contrato a la voluntad del empresario, limiten los derechos básicos del consumidor, determinen la falta de reciprocidad en el contrato, impongan al consumidor garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato o contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable (arts. 82.4 y 85 a 91 TRLGDCU).

CAPÍTULO IV

Desarrollo del control de transparencia.

Sección primera. Alcance del control de incorporación (legibilidad, comprensión gramatical, corrección de escritura)

La primera resolución que hizo referencia detallada al control de transparencia fue la de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, nº 406 de 18 de junio de 2012

(Roj: STS 5966/2012). La verdadera aportación de esta sentencia y de la posterior Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, nº 241, de 9 mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013) radica en la aceptación expresa de que el control de inclusión y el control de transparencia pueden proyectarse, a diferencia del control de contenido o control de abusividad, sobre los elementos esenciales del contrato, de modo que el ámbito definido en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (Directiva 93/13) no escapa ya, o al menos no necesariamente, a la tutela judicial.

La citada Directiva 93/13 era una Directiva de mínimos, que se limitaba única y exclusivamente a las condiciones generales que afectaban a contratos suscritos con consumidores y establecía que el control de abusividad sólo podía realizarse respecto de aquellos elementos del contrato que no constituían el objeto principal del mismo.

El artículo 4.2 de la referida Directiva dispone: "*La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*". Es decir, el control de abusividad por el contenido no puede afectar al objeto principal del contrato, pero si puede ejercerse sobre las cláusulas que lo delimitan si éstas no cumplen los requisitos de incorporación y transparencia.

La idea básica que desde siempre ha justificado la exención del control de contenido es el necesario respecto a la libertad de precios en el marco de una economía de mercado. De hecho, en el ámbito del derecho de consumo nos movemos siempre en la necesidad de compaginar la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (artículo 38 de la CE) y la defensa de los consumidores y usuarios que el artículo 51 CE impone a los poderes públicos al exigir que garantice mediante procedimientos eficaces los legítimos intereses económicos de los mismos.

Por otra parte, si se declaraba la nulidad de un elemento esencial del contrato se corría el riesgo de anular la totalidad del mismo, colocando al consumidor en una situación peor ya que la nulidad llevaba aparejada la recíproca restitución de todas las prestaciones.

Cuando el legislador español traspone al derecho interno la Directiva 93/13 lo hace de un modo más amplio. La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC) no limita su régimen legal a los consumidores, sino a cualquier supuesto en el que existan condiciones impuestas por un predisponente. Por otra parte la LCGC no limita el control a los elementos del contrato que no definan el objeto principal del mismo. La redacción literal de la norma española permitía el control de todos los elementos del contrato. El TJUE en la Sentencia de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid & Ausbanc, C-484/08, (ECLI:EU:C:2010:309) consideró que el sistema español establecía un ámbito de protección más amplio y que eso no infringía el derecho comunitario.

El denominado control de incorporación o inclusión, que en principio tiene su proyección natural en los contratos en los que existan condiciones generales de la contratación, debe ejercerse tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales (aunque en tal caso es necesario que la parte interesada lo alegue en el procedimiento) como si se celebra con consumidores (f. 201 de la STS 241/2013). Sólo en los contratos celebrados con consumidores es posible verificar ese control de oficio.

El control de incorporación nos lleva a analizar la cláusula impugnada a la vista de lo dispuesto en el artículo 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante LCGC), siendo otro elementos a tener en cuenta, según indica el Tribunal Supremo en su Sentencia nº 241, de 9 mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013) el cumplimiento por parte de la entidad financiera de las obligaciones de información precontractual previstas en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (BOE de 11 de mayo de 1994), entre las que se encuentra la existencia de oferta vinculante en el caso de las cláusulas incorporadas a préstamos hipotecarios.

1. Los art. 5 y 7 LCGC.

Desde la perspectiva estricta de las condiciones generales de la contratación, en el análisis del control de incorporación se trata, en definitiva, de aplicar, en primer lugar, el filtro negativo del artículo 7 de la LCGC: no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato. Salvado ese primer filtro, es necesario superar un segundo filtro, ahora positivo, que es el previsto en este caso en los artículos 5.5 y 7 de la misma Ley : la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que no quedarán incorporadas al contrato las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

El mismo razonamiento, aplicado ya a los contratos con consumidores, incluyan o no condiciones generales, nos conduce al artículo 80 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU), que regula los requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente en los siguientes términos: (i) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual. (ii) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido.

El primero de los filtros mencionados, art. 7, consiste, pues, en acreditar que el adherente o consumidor tuvo ocasión real de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración. El TS, en Sentencia nº 241, de 9 mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013), considera suficiente que la parte predisponente acredite la puesta a disposición y la "oportunidad real de conocer el contenido de dichas cláusulas" para superar este control, independientemente de que el adherente o el consumidor realmente las haya conocido y entendido.

El segundo de los filtros del control de incorporación y transparencia previsto en el art. 5 y 7 de la LCGC que hace referencia a la transparencia gramatical de la cláusula, de modo que las cláusulas generales deberán ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

Por ello si estamos ante una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el consumidor o adherente haya

tenido oportunidad real de conocerla al tiempo de la celebración del contrato, consideraremos superado el control de incorporación del art. 5 y 7 LCGC.

Una vez superado el control de incorporación o inclusión debemos pasar al segundo control de transparencia que es el relativo a la comprensión real de la condición general cuando estamos ante contratos suscritos por consumidores, puesto que en el caso de un contrato suscrito entre profesionales y empresarios la transparencia documental de la cláusula, es suficiente a efectos de incorporación.

La Unión Europea era consciente de la posición de debilidad del consumidor a la hora de contratar y, por esas razones, exige que el consumidor sea consciente de la incidencia de la cláusula en el contrato. El 20 de abril de 2001 el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la aplicación de la El Comité estima que se ganaría en claridad si se estableciera inequívocamente que: (a) las cláusulas que no sean objeto de negociación individual sólo pueden considerarse aceptadas por el consumidor cuando éste haya tenido oportunidad de conocerlas y de aprehender su significado antes de la conclusión del contrato; y que (b) las cláusulas contractuales deben redactarse de manera legible, clara y unívoca, y ser inteligibles para un consumidor medio que ponga la diligencia normal de un "bonus pater familias", so pena de considerarlas nulas y sin efecto.

2. La oferta vinculante.

2.1) OM 5 de mayo de 1994 (BOE de 11 de mayo de 1994) sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios

La OM de 5 de mayo de 1994 tiene como finalidad garantizar razonablemente la observancia de los requisitos de la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor.

La OM de 5 de mayo de 1994 regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores que, en lo que aquí interesa y de forma sintética, comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja (f. 198 STS 241/2013).

Debemos tener en cuenta el ámbito de aplicación de la OM de 5 de mayo de 1994 previsto en su artículo 1, será obligatoria respecto de la concesión de préstamos con garantía hipotecaria con límite de 150.253,03 euros sobre una vivienda y suscritos con persona física, en cuyo caso se exigía la entrega de oferta vinculante firmada tres días antes de la firma de la escritura, pero este régimen no resulta de aplicación en las novaciones y subrogaciones.

Así el art. 1 establece respecto del ámbito de aplicación lo siguiente:

“1. La presente Orden será de aplicación obligatoria a la actividad de las entidades de crédito relacionadas con la concesión de préstamos con garantía hipotecaria, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias:

- 1. Que se trate de un préstamo hipotecario y la hipoteca recaiga sobre una vivienda.*
- 2. Que el prestatario sea persona física.*
- 3. Que el importe del préstamo solicitado sea igual o inferior a 25 millones de pesetas, o su equivalente en divisas.”*

En los casos en los que resulte a aplicación la citada Orden Ministerial se establecen ciertas obligaciones para la entidad de crédito, tales como:

- Informar a quienes soliciten préstamos hipotecarios sujetos a esta Orden mediante la entrega de un folleto, art. 3
- Cuando la entidad concierte o efectúe la tasación del inmueble u otro servicio que considere necesario, y dicho gasto sea por cuenta del cliente, deberá indicar a éste la identidad de los profesionales o entidades seleccionados al efecto, deberá entregar copia del informe de tasación e indicar en el folleto informativo indicará con claridad los gastos preparatorios de la operación, tales como tasación, comprobación de la situación registral del inmueble, u otros que se considerarán a cargo del cliente aun cuando el préstamo no llegue a otorgarse, art. 4
- A entregar oferta vinculante por escrito donde se especifiquen las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras (capital, amortización, intereses ordinarios, tipo de interés variable, comisiones, tabla de pagos y tipo de interés anual equivalente, gastos a cargo del prestatario, intereses de demora y Resolución anticipada por la entidad de crédito). La oferta deberá ser firmada por representante de la entidad y, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, tendrá un plazo de validez no inferior a diez días hábiles desde su fecha de entrega. En el documento que contenga la oferta vinculante se hará constar el derecho del prestatario, en caso de que acepte la oferta, a examinar el proyecto de documento contractual, con la antelación a que se refiere el número 2 del artículo 7, en el despacho del Notario autorizante, art. 5.

También regula la citada OM de 5 mayo de 1994 el derecho del prestatario a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del Notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento (art. 7), pudiendo renunciar expresamente, ante el Notario autorizante, al señalado plazo siempre que el acto de otorgamiento de la escritura pública tenga lugar en la propia Notaría.

Además se prevén las obligaciones del Notario, en especial, de su deber de informar a las partes del valor y alcance de la redacción del instrumento público, deberá el Notario:

1. Comprobar si existen discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo y las cláusulas financieras del documento contractual, advirtiendo al prestatario de las diferencias que, en su caso, hubiera constatado y de su derecho a desistir de la operación.

2. En el caso de préstamo a tipo de interés variable, advertir expresamente al prestatario cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que el índice o tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales a los que se refiere la disposición adicional segunda de esta Orden.

b) Que el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores.

c) Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés. En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes.

3. En el caso de préstamos a tipo de interés fijo, comprobar que el coste efectivo de la operación que, calculado conforme a las reglas establecidas por el Banco de España, se hace constar a efectos informativos en el documento se corresponde efectivamente con las condiciones financieras del préstamo.

4. En el caso de que esté prevista alguna cantidad a satisfacer por el prestatario al prestamista con ocasión del reembolso anticipado del préstamo, o que dichas facultades del prestatario se limiten de otro modo o no se mencionen expresamente, consignar expresamente en la escritura dicha circunstancia, y advertir de ello al prestatario.

5. En el caso de que el préstamo esté denominado en divisas, advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio.

6. Comprobar que ninguna de las cláusulas no financieras del contrato implican para el prestatario comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras.

Indicar que a partir de del 8 de diciembre de 2007, según 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 y por la que se establece determinada norma tributaria, (BOE del 8 de diciembre de 2007), se debe facilitar la oferta vinculante o documentación análoga referente a la hipoteca a las hipotecas de cualquier importe, sin perjuicio que la obligación de los tres días sólo se mantiene para las hipotecas con límite de 150.253,03 euros.

En todo caso hay que recordar que el art. 2 de la OM de 5 de mayo de 1994 se subordina a la aplicación de la LCGC, por lo que tal y como indica la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, nº STS 464/2014, (Roj: STS 3903/2014) *“el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial no excluye la naturaleza de condición general de la cláusula predispuesta, sino, sobre todo, porque dicho planteamiento conduce a una consecuencia del todo incompatible con la legalidad vigente: que la regulación sectorial, de naturaleza administrativa, impida la aplicación normativa de la legislación sustantiva en la materia desnaturalizando, de esta forma, el control de legalidad que viene implícito en el control de transparencia y que debe de ser aplicado o contrastado en sede judicial. Criterio de subordinación que la propia Orden establece en su articulado (artículo 2) y que ha sido expresamente declarado por la jurisprudencia de esta Sala, Sentencia de 2 de marzo de 2011”*.

Por ello existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, que en este caso sería la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario y sus cláusulas sean analizadas a la luz de esta normativa. Esta cuestión también fue abordada en la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo (p. 175 a 178).

Por ello la falta de Oferta vinculante no impide superar el control de incorporación si se cumplen los requisitos previstos en los art. 5 y 7 LCGC, mientras que la existencia de la misma no garantiza, por sí solo, la necesaria transparencia de las condiciones generales que recoge la cláusula suelo, de modo que el consumidor adherente pueda hacerse una idea cabal y suficiente de las importantes consecuencias económicas que puede tener la inserción de dicha cláusula (STS 241/2013).

En definitiva, el cumplimiento de las formalidades de la OM en cuanto al cumplimiento del formulario de la oferta vinculante no es garantía, por sí solo, la validez de las cláusulas contractuales. La oferta vinculante es el instrumento por medio del cual se puede acreditar que el prestatario es consciente del alcance y significado de las obligaciones que asume, pero la oferta vinculante no puede considerarse prueba plena e irrefutable de esa comprensibilidad.

2.2. Orden EHA/2899/11, de 28 de octubre (BOE de 29 de octubre de 2011), de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Recientemente se ha vuelto a modificar la normativa y para las hipotecas más nuevas, el 28 de Octubre de 2011 se publicó la Orden EHA/2899/2011 que derogada la Orden Ministerial de Mayo de 1994 por lo que a partir del 29 de Julio de 2012 deja de ser obligatoria la oferta vinculante aunque el cliente si puede pedirla.

La presente Orden Ministerial tiene por objeto garantizar el adecuado nivel de protección de los clientes de entidades de crédito, mediante la implantación de medidas de transparencia en la prestación de servicios financieros bancarios y resultara de aplicación a personas físicas que concierten cualesquiera servicios bancarios tales como los servicios de caja, la captación de fondos reembolsables, especialmente depósitos, la concesión de crédito y préstamo, los servicios de pago y las demás actividades incluidas en el artículo 52 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, excepto las mencionadas en las letras h) a m).

La OM 28 de Octubre de 2011 regula minuciosamente la información precontractual que debe darse al cliente (art. 20 y ss) y establece que una vez el cliente y la entidad hayan mostrado su voluntad de contratar un determinado servicio bancario de préstamo hipotecario, se disponga de la tasación correspondiente del inmueble y se hayan efectuado las oportunas comprobaciones sobre su situación registral y sobre la capacidad financiera del cliente conforme a lo dispuesto en el artículo 18, este podrá solicitar a la entidad la entrega de una oferta vinculante (art. 23). Además se prevén informaciones adicionales cuando se incluya en la operación cualquier sistema de cobertura de tipo interés que se comercialice vinculado a un préstamo concedido por la propia entidad (art. 24) y, especialmente, información adicional sobre cláusulas suelo y techo estableciéndose la obligación de recoger 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 (art. 25).

En principio el cumplimiento con la exigencia de entrega de oferta vinculante es un elemento a tener en cuenta sobre la posibilidad real de conocer que ha tenido el consumidor y del acceso a la información precontractual, sin perjuicio de que deba analizarse con el resto de elementos probatorios.

También hay que advertir que en ocasiones las mismas se entregan con letra de caracteres muy reducido (más pequeños que los de las escrituras firmadas días después), la información sobre la cláusula limitativa p.e. no aparece destacada, sino enmascarada en el epígrafe referido al tipo de interés variable, su modo de cálculo y las bonificaciones. Por eso, como ya hemos dicho, la existencia de esta oferta vinculante no debe excluir el control de inclusión ni de transparencia, sino que será un elemento de prueba más a tener en cuenta para hacer la valoración global de su superación de dichos controles.

Como afirma el Tribunal Supremo *“el citado documento sigue el mismo esquema formal de las escrituras públicas analizadas en donde la cláusula suelo, referida a un “tipo mínimo anual”, queda encuadrada en el apartado correspondientemente rubricado con referencia excluida al “tipo de interés variable”, sin mayor precisión y comprensibilidad de su alcance o relevancia y en un contexto caracterizado por la abundancia de datos y formulaciones bancarias, ausente, por otra parte, de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés mínimo en el momento de la contratación”* (Sentencia del tribunal Supremo, Sala de lo Civil, nº 464, de 8 de septiembre de 2014 (Roj: STS 3903/2014).

Sección segunda. El control de transparencia como control de la comprensibilidad del riesgo y carga económica. El artículo 4.2 de la Directiva 93/13. Los elementos esenciales del contrato (STS 241/2013 y 265/2015)

1. El control de transparencia como control de la comprensibilidad del riesgo y carga económica.

Tras superar el control de incorporación debe superarse el denominado control de transparencia, doble control de transparencia o segundo control de transparencia, para poder considerar que una cláusula es válida. No basta con que una cláusula sea clara y comprensible (primer control), es necesario que el consumidor sea informado para la «comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato» (f 215, STS 241/2013).

Es un control que se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato y que tiene por objeto que el adherente o consumidor conozca o pueda conocer con sencillez, en primer lugar, la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener; y, en segundo lugar, la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos

que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo

Es muy importante destacar el apartado 211 de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo: *"la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas"*. Es preciso que la información suministrada supere el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato. La superación de este control implica:

- a. Que debe permitir al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato.
- b. Que debe identificarse con claridad que esa cláusula incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago.
- c. Que el consumidor debe tener un conocimiento real y "razonablemente completo" de cómo esa concreta cláusula juega o puede jugar en la economía del contrato.
- d. Que ese tipo de cláusulas no pueden estar *"enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro"*.
- e. Que debe garantizarse que la información que obtiene el consumidor le ofrezca la posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto.

El Tribunal Supremo indica unos parámetros para dicho control. Son unos indicios o hechos que de concurrir pueden permitir apreciar esa comprensión real del consumidor de que la cláusula suele formar parte del precio (elemento esencial del contrato) y su trascendencia económica. Como aclaró el auto de 3 de junio de 2013: *"las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo"*.

El propio Tribunal Supremo en sentencias posteriores ha concretado el alcance de este segundo control de transparencia, así en la STS 705/2015, de 23 de diciembre indica: *«En relación al objeto principal del contrato, la transparencia garantiza que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte y, además, garantiza la adecuada elección del consumidor en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia, lo que supone que más allá de la mera exigencia de claridad de los términos de las cláusulas, se pretende asegurar que el consumidor tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto (SSTS 406/2012, de 18 de junio; 221/2013, de 11 de abril y 241/2013, de 9 de mayo)»* .

El Tribunal Supremo tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el control de transparencia en las acciones colectivas, en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, nº 138, de 24 de marzo de 2015 (Roj: STS 1279/2015) donde concluyó que *«el control abstracto de validez de las condiciones generales de la contratación opera*

tomando en consideración lo que puede entenderse como un consumidor medio (apartados 148, 152 y 253 de la sentencia núm. 241/2013) y las características de las pautas estandarizadas de la contratación en masa (apartados 148 y 157 de dicha sentencia). Negar la posibilidad de un control abstracto y obligar a cada consumidor a litigar para que se declare la nulidad de la condición general abusiva supondría un obstáculo difícilmente salvable para la protección de sus legítimos intereses económicos mediante procedimientos eficaces, como les garantiza la normativa comunitaria y la interna, incluida la Constitución (art. 51.1)».

Por lo tanto, en el control de transparencia que puede hacerse en una acción colectiva se parte de la consideración del consumidor medio y de las pautas estandarizadas en la contratación que utiliza el predisponente, pautas propias de la contratación en masa, para poder decidir a la vista de las circunstancias del caso si ese consumidor medio pudo llegar a comprender la carga jurídica y económica de la cláusula en atención al contrato donde se insertaba.

Estas pautas abstractas para el control de transparencia en las acciones colectivas difieren de las pautas concretas que debe analizar el juez para analizar el grado de información del consumidor en caso de que se ejerciten acciones individuales. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo civil, nº 171, de 9 de marzo de 2017 (Roj: STS 788/2017) se afirma que en una acción individual el juicio sobre la transparencia de la cláusula no tiene por qué atender exclusivamente al documento en el cual está inserta o a los documentos relacionados, como la previa oferta vinculante, sino que pueden tenerse en consideración otros medios a través de los cuales se pudo cumplir con la exigencia de que la cláusula en cuestión no pasara inadvertida para el consumidor y que este estuviera en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba. En este sentido, en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia.

A la vista de estas dos sentencias, parece que existen dos pautas o criterios para establecer este segundo control de transparencia en función de que se ejercite una acción colectiva o individual.

En el análisis del control de transparencia no deben concurrir ni mencionarse todos y cada uno de los parámetros empleados por la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, para poder concluir que las cláusulas enjuiciadas superan el control de transparencia. En cada caso pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia, por ello lo importante será analizar las pruebas obrantes en el caso concreto y a partir de ahí y con los elementos dados por la jurisprudencia para analizar la transparencia concluir si en el caso de autos el adherente tuvo conocimiento real de la trascendencia jurídica y económica de la cláusula en cuestión.

2. El art. 4.2 de la Directiva 93/13. Los elementos esenciales del contrato (STS 241/2013 y 265/2015).

En cuanto a la posibilidad de analizar el carácter abusivo de una cláusula que define el objeto principal o un elemento esencial del contrato, hemos de tener presente que el art. 4.2º de la Directiva 93/13, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos

celebrados entre consumidores, establece que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, nº 241, de 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013), nº 464, de 8 de septiembre de 2014 (Roj: STS 3903/2014) y nº 705, de 23 de diciembre de 2015 (Roj: 5618/2105) delimitan el tipo de control que puede llevarse a cabo en orden al carácter abusivo de ese tipo de cláusulas.

Tal y como se expone en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, nº 241, de 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013), cuya doctrina se reitera en las posteriores, el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo (f. 191).

Recuerda el Tribunal Supremo que como regla general no es susceptible de control tal y como lo dispone el considerando 19º de la Directiva 93/13 indica y el artículo 4.2. pero el Tribunal recuerda la STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid & Ausbanc, C-484/08, (ECLI:EU:C:2010:309) apartado 40 "*[...]no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección*", y, según el apartado 44, los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que "*[...] no se oponen a una normativa nacional [...], que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible*".

Esta posibilidad de que la normativa nacional autorice el control de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato se reitera en el apartado 49 de la expresada STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, según el cual "*los artículos 2 CE, 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE, apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible*", y, de hecho, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, modificó la Directiva 93/13/CEE añadiendo el artículo 8 bis a fin de que los Estados miembros informen a la Comisión si adopta disposiciones que "*[...]hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración*" (f. 192 a 194).

En todo caso conviene recordar que el TJUE nunca ha definido qué elementos conforman el objeto principal del contrato, esa función siempre se ha encomendado a los órganos nacionales.

Continúa la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, nº 241, de 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013) concretando el doble control de transparencia

considerando “que una condición general defina el objeto principal del contrato implica que no puede examinarse el carácter abusivo de su contenido y el equilibrio de las contraprestaciones, lo que no excluye que se someta a un doble control de transparencia. En términos generales, el Tribunal Supremo recuerda que el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, pueden ser objeto de control por la vía de incorporación, a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 de la LGCGC –“la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”- y 7 de la citada Ley –“no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles”. Este primer control, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, nº 705, de 23 de diciembre de 2015 (Roj: 5618/2105), atiende a una mera transparencia documental o gramatical de la cláusula.

Junto a ese primer control, el Tribunal Supremo añade un segundo control de transparencia de las cláusulas no negociadas en contratos suscritos con consumidores, que incluye el control “de comprensibilidad real de su importancia en desarrollo razonable del contrato”. Como ya hemos indicado ese control de transparencia, entendido como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga jurídica que incorpora el contrato como la carga económica que supone para él, esto es, pueda conocer y prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que se deriven del contrato y sean de su cargo (STJUE 30 de abril de 2014, apartado 73, y STJUE de 21 de marzo de 2013, C-92/11, apartado 49).

En consecuencia, la exigencia de transparencia, tal y como ha sido entendida por el TJUE y por nuestro TS, no puede reducirse a un plano formal y gramatical sino que debe tener en cuenta todas las circunstancias del asunto concreto, y en particular la información facilitada al consumidor en el momento de celebrarse el contrato, y debe centrarse, además de en el examen de las propias cláusulas, en sus aspectos formal y lingüístico, en la evaluación exacta de las consecuencias económicas de las mismas y en los nexos que puedan tener con otras del contrato.

Como se afirma en el voto particular que acompaña a la STS 464/2014, de 8 de septiembre, resumiendo con claridad la doctrina del TS sobre el particular, el control de transparencia supone a la postre la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario a partir de la información que aquel le proporcionó.

Debemos recordar que cuando la estipulación impugnada define y describe el objeto principal del contrato, no cabe examinar la abusividad de su contenido y el control de equilibrio, quedando sometida únicamente al doble control de transparencia al que nos hemos referido. Por ello no se podrá declarar nula por causar un desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, en los derechos y obligaciones del contrato en perjuicio del consumidor, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3.1 de la Directiva 93/2013 y 82.1º del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios. Tal tipo de pretensiones deberán ser desestimadas.

En la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, nº 265, de 22 de abril de 2015 (Roj: STS 1723/2015) en la que se aprecia la abusividad de la cláusula que establece el interés de demora en un préstamo personal fijado en el 21,80% se indica que *“La cláusula que establece el interés de demora no define el objeto principal del contrato ni la adecuación entre el precio y la prestación. Regula un elemento accesorio como es la indemnización a abonar por el prestatario en caso de retraso en el pago de las cuotas (en el caso enjuiciado, mediante la adición de diez puntos porcentuales al tipo de interés remuneratorio) y, como tal, no resulta afectada por la previsión del art. 4.2 de la Directiva, que solo prevé el control de transparencia sobre las cláusulas que definan el objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Es más, tanto la Directiva como la Ley, actualmente el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, prevén expresamente la abusividad de este tipo de cláusulas cuando existe una desproporción de la indemnización por incumplimiento del consumidor con el quebranto patrimonial efectivamente causado al profesional o empresario.*

Debe recordarse asimismo que el TJUE ha considerado que no puede hacerse una aplicación extensiva de la restricción del control de abusividad previsto en el citado art. 4.2 de la Directiva, al constituir una excepción del mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores que establece esa Directiva (STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai , párrafo 42)”.

2.1. Configuración jurisprudencial nacional y europea

2.1.1. STS 241/2013, STS 464/2014, 138/2015, 139/2015, 222/2015 y STS 705/2015.

Son varias las sentencias que deben tenerse en cuenta para estudiar el control de transparencia en la jurisprudencia nacional.

Debemos partir, como no podía ser de otra forma, de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, nº 241, de 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013), en la que se remite a anterior Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, nº 406 de 18 de junio de 2012 (Roj: STS 5966/2012), considerando que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al equilibrio de las "contraprestaciones", que identifica con el objeto principal del contrato, a que se refería la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control del precio. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, STJUE) de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 , declara, y la de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13 , ratifica, que la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control.

Pero, se añadía en la citada STS núm. 241/2013, con la misma referencia a la sentencia anterior, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia.

Este doble control consistía, según la sentencia núm. 241/2013, en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, « conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo ».

Por ello, seguía diciendo la referida sentencia, « la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato ».

En la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, nº 464, de 8 de septiembre de 2014 (Roj: STS 3903/2014), se ejercitan de forma acumulada varias acciones individual frente a BANKIA solicitando la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas a los préstamos hipotecarios suscritos por las partes.

Define el control de transparencia *“como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014)”*. Y añade que *“responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales”*.

Considera el TS que *“el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. (...) Extremo o enjuiciamiento que, como ya se ha señalado, ni excluye ni suplente la mera "transparencia formal o documental" sectorialmente prevista a efectos de la validez y licitud del empleo de la meritada cláusula en la contratación seriada”*.

Por ello *“debe concluirse que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predisuelta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada.”*

En el caso de autos el Tribunal Supremo considera que no se supera el doble control de transparencia puesto que no se observa que el predisponente incluyera los criterios precisos y comprensibles en orden a que los prestatarios pudieran evaluar, directamente, el alcance jurídico de la cláusula suelo respecto a la modulación de la oferta comercial que se realizaba, incide en que el alcance de las cláusulas suelo no formó parte de las negociaciones y tratos preliminares que se llevaron a cabo, ni tampoco resultó destacado y diferenciado, específicamente, ni en el marco de la oferta comercial realizada, ni en el contexto de las escrituras públicas de los préstamos hipotecarios, objeto de estudio, en donde su referencia se realiza sin resalte o especificidad alguna, dentro de una cláusula mas amplia y extensa rubricada, significativamente, en atención a la regulación del "interés variable" del préstamo.

En la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, nº 138, de 24 de marzo de 2015 (Roj: STS 1279/2015) se pronuncia sobre la posibilidad de control de transparencia en las acciones colectivas, como ya hemos visto, se trata de una acción colectiva de cesación ejercitada por Ausbanc contra Caja Sur en la que se solicita la nulidad de las clausulas suelo.

Respecto del control de transparencia en las acciones colectivas se indica: *“El control abstracto de validez de las condiciones generales de la contratación opera tomando en consideración lo que puede entenderse como un consumidor medio (apartados 148, 152 y 253 de la sentencia núm. 241/2013) y las características de las pautas estandarizadas de la contratación en masa (apartados 148 y 157 de dicha sentencia). Negar la posibilidad de un control abstracto y obligar a cada consumidor a litigar para que se declare la nulidad de la condición general abusiva supondría un obstáculo difícilmente salvable para la protección de sus legítimos intereses económicos mediante procedimientos eficaces, como les garantiza la normativa comunitaria y la interna, incluida la Constitución (art. 51.1).*

La posibilidad de tal control abstracto se justifica por la existencia de condiciones generales de la contratación empleadas en una pluralidad de contratos y en la utilización por la predisponente de pautas estandarizadas en la contratación de estos préstamos, propias de la contratación en masa.”

Respecto de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, nº 139, de 25 de marzo (Roj: STS 1280/2015) destacar que se ejercita una acción individual de nulidad de la cláusula suelo contra la entidad BBVA tras la STS 241/2013 donde ya se declararon nulas tales clausulas en una acción colectiva de cesación.

En esta resolución el Tribunal Supremo se refiere al alcance de la cosa juzgada de la sentencia 241/2013 en los siguientes términos *«[l]os efectos de cosa juzgada se ceñían a cláusulas idénticas a las declaradas nulas. Es decir, los efectos de la sentencia 241/2013 se extienden, subjetivamente, a las cláusulas utilizadas por las entidades que fueron demandadas en aquel procedimiento, y, objetivamente, a las*

cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos».

Se considera que produce efectos de cosa juzgada la declaración de nulidad pero no los efectos restitutorios puesto que en la acción de cesación (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, nº 241, de 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013) no se le acumularon pretensiones de condena y concretas reclamaciones de restitución, mientras que en la presente acción individual sí se formulan de esta naturaleza, es por lo que no cabe estimar que en la presente litis tenga fuerza de cosa juzgada aquel pronunciamiento.

En esta resolución se analizan los efectos de la nulidad de la cláusula suelo, partiéndose de la declaración de irretroactividad declarada en la Sentencia del Pleno de 9 de mayo de 2013, donde la Sala declara que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 .

Tras la exposición de tal argumentación considera el TS que *“a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno del 9 mayo 2013 no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo éstas indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información, en los términos indicados en el parágrafo 225 de la sentencia.*

Si adoleciesen de tal insuficiencia y fuesen declaradas abusivas por ese concreto motivo, que no por otro ajeno a este debate, las sentencias tendrán efecto retroactivo desde la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013 , reiteradamente citada y sobre cuya clarificación nos pronunciamos a efectos de la debida seguridad jurídica; fecha que fue la fijada en ella en orden a la irretroactividad declarada.”

Concluye fijando como doctrina: *"Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013 , ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 "*.

De nuevo la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, nº 222, de 29 de abril (Roj: STS 2207/2015) se ejercita una acción individual de nulidad de la cláusula suelo contenida en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito con la entidad BBVA.

Se trataba de una funcionaria que suscribe el contrato en atención a unas condiciones especiales previstas para los afiliados a la MUFACE. A pesar de ello el Tribunal Supremo mantiene que esta situación no elimina el carácter de cláusula no negociada individualmente de las estipulaciones que integran el contrato. La negociación individual presupone la existencia de un poder de negociación en el consumidor, que tiene que ser suficientemente justificado por cuanto que se trata de un hecho excepcional, y no puede identificarse con que el consumidor pueda tener la opción de elegir entre diversos productos ofertados por ese predisponente, o entre los ofertados por los diversos empresarios o profesionales que compiten en el mercado. De no ser así, estaríamos confundiendo la ausencia de negociación con la existencia de una

situación de monopolio en el oferente de determinados productos o servicios, o de una única oferta en el predisponente, lo que ya fue rechazado en la *sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo*.

En el caso aquí enjuiciado el Tribunal Supremo considera que concurren todas las circunstancias que llevaron a que en la *sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo*, a declarar la abusividad de las cláusulas suelo cuestionado, por falta de transparencia.

“En el caso objeto del recurso, pese a que la cláusula suelo determinaba de un modo relevante el precio del servicio (esto es, el interés remuneratorio), la misma recibió un tratamiento secundario en la información suministrada al consumidor, hasta el punto de que no aparecía en el folleto de la oferta hecha a los mutualistas de MUFACE. En la escritura de préstamo hipotecario, la cláusula se ubicó entre una abrumadora cantidad de datos, dentro los cuales quedaba enmascarada y diluía la atención del consumidor; se encontraba ubicada en un lugar secundario de la reglamentación contractual, y no en un lugar destacado, como por el contrario sí lo tenían menciones como las del importe del préstamo, el plazo de devolución, el tipo del interés remuneratorio de los primeros seis meses, el índice de referencia y el diferencial conforme a los cuales variaría el interés pasados esos seis meses. En la oferta vinculante prevista en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, se resaltaba en letra mayúscula que los intereses ordinarios eran a tipo variable, pero la información sobre el suelo se encontraba enmascarada entre abundantes informaciones, en una ubicación que no permitía hacerse idea cabal de su significado y trascendencia, ni informar adecuadamente sobre la repercusión que la misma tendría en la economía del contrato.

Tampoco se incluían simulaciones del comportamiento del tipo de interés en distintos escenarios, que reflejaran la trascendencia que tenía la inclusión de la cláusula suelo, ni se contenía una advertencia clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

Todo ello impidió al consumidor conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad del tipo de interés, de modo que de forma sorpresiva para la demandante, transcurridos los primeros seis meses, el préstamo a interés variable se convertía en un préstamo a interés mínimo fijo, a un tipo que era incluso superior al fijado para el semestre inicial.

Por consiguiente, la cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario concertado entre la demandante y BBVA no era transparente”.

Finalmente, en cuanto a los efectos de nulidad de la cláusula suelo y partiendo de la doctrina expuesta en la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, nº 139, de 25 de marzo (Roj: STS 1280/2015)* condena a BBVA a restituir a la demandante los intereses que haya podido cobrar de más por aplicación de la cláusula suelo a partir del 9 de mayo de 2013.

La *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, nº STS 705/2015, de 23 de diciembre (Roj: STS 5618/2015)*, se trata de una acción colectiva promovida por organización de consumidores contra Banco Popular y BBVA donde se impugnan una pluralidad de cláusulas.

Se pronuncia respecto de los intereses de demora, considerando que el límite legal impuesto en los préstamos hipotecarios no excluye el control de abusividad ni sirve como derecho supletorio si se declaran abusivos. La nulidad afectará al exceso sobre el interés remuneratorio pactado.

En cuanto al vencimiento anticipado, su validez general no excluye la abusividad atendiendo a las circunstancias del caso. La cláusula analizada no supera los estándares exigibles, pues no modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo y posibilita la resolución del préstamo con el incumplimiento de un solo plazo.

También se declara la nulidad de las cláusulas que imponen al consumidor todos los costes de la intervención notarial y registral, el pago de tributos en los que es sujeto pasivo el banco, los gastos preprocesales y procesales del banco, y la nulidad de las cláusulas que equiparan la aceptación por el cliente de una oferta telefónica a su firma manuscrita.

Destacar también la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, nº 367, de 3 de junio, de 2016 (ROJ: STS 2550/2016), en la que se excluye la aplicación del control de transparencia a los contratos celebrados con no consumidores.

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

Y precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor».

Finalmente destacar la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, nº 171, de 9 de marzo de 2017 (Roj: STS 788/2017), en la que se ejercita una acción individual donde se solicita la nulidad de la cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario suscrito con Caja Rural de Teruel.

El TS recuerda que la ratio de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, era básicamente que la ausencia de una información suficiente por parte del banco de la existencia de la cláusula suelo y de sus consecuencias en el caso en que bajara el tipo de referencia más allá de aquel límite, y la inclusión de tal cláusula en el contrato de forma sorpresiva, oculta entre una profusión de cláusulas financieras, provoca una alteración subrepticia del precio del crédito, sobre el que los prestatarios creían haber dado su consentimiento a partir de la información proporcionada por el banco en la fase precontractual. De tal forma que un consumidor, con la información suministrada, entendería que el precio del crédito estaría constituido por el tipo de referencia variable más el diferencial pactados.

Si partimos de la base de que, incluso en los contratos de adhesión con consumidores, rige la autonomía de la voluntad de los contratantes respecto del precio y la contraprestación, esto presupone la plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, para lo cual es preciso que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de la celebración del contrato. Como explica la doctrina, la regla de la

irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor. En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento.

Por eso, el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó.

Finalmente el TS declara superado el control de transparencia: Los hechos acreditados en la instancia ponen en evidencia que la cláusula está introducida y ubicada dentro del contrato de tal forma que no aparece enmascarada ni se diluye la atención del contratante entre otras cláusulas, «sino que se muestra como una cláusula principal del contrato que expresa con meridiana claridad el contenido de la misma que no es otro que los límites al tipo de interés, señalando como límite inferior el 3% nominal anual, que aparecía resaltado en negrilla». Se añade, a continuación, que la prueba practicada acredita que la cláusula fue negociada individualmente entre los demandantes y la Caja Rural, como lo muestra que se aplicó como suelo un tipo inferior al que venía usando la entidad, y que la notario que autorizó la escritura expresamente advirtió a los contratantes de la cláusula de variación del tipo de interés.

A la vista de lo anterior, la sentencia recurrida concluye que los demandantes «conocían con precisión el alcance y las consecuencias de la aplicación de la referida "cláusula suelo", que negociaron individualmente y terminaron por aceptar en uso de su autonomía negocial».

La cláusula cumple los requisitos de transparencia exigidos por la sala, en la medida en que, como declaramos en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, «la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago, y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato».

2.2.2. STJUE C-26/13, C-143/13, C-154/15 y C-421/14.

Respecto del tratamiento comunitario del control de transparencia hay que citar las siguientes resoluciones.

La STJUE Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai & OTP Jelzálogbank Zrt, de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 (ECLI:EU:C:2014:282), referida a las condiciones generales empleadas en un préstamo multidivisa sobre si estaban comprendidas en los términos del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 y sobre el grado de comprensión del consumidor, el TJUE considera que *«tiene una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. En función, principalmente, de esa información el consumidor decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional (véase la sentencia RWE Vertrieb, EU:C:2013:180, apartado 44).*

Afirma el TJUE en cuanto al doble control de transparencia que *«la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical»* (párrafo 71), que *«esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva »* (párrafo 72), que *«del anexo de la misma Directiva resulta que tiene un importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo»* (párrafo 73), y concluir en el fallo que *«el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo»*.

En la misma línea destacar la Sentencia Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei & SC Volksbank România SA, asunto C-143/13, de 26 de febrero de 2015 (ECLI:EU:C:2015:127) relativa a cláusulas que figuran en contratos de crédito celebrados entre un profesional y consumidores que permiten que en determinadas circunstancias el prestamista modifique unilateralmente el tipo de interés, y prevén que éste perciba una «comisión de riesgo».

En materia de control de transparencia sobre las cláusulas que definen el objeto del contrato, el TJUE recuerda que debe el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe ser objeto de interpretación estricta, toda vez que establece una excepción al mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores que establece esa Directiva (sentencia Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 42) (apartado 49)

El Tribunal de Justicia considera en el apartado 54 que en el concepto de «objeto principal del contrato», en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, deben entenderse incluidas aquellas cláusulas del contrato que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte del concepto de «objeto principal del contrato». Corresponsiéndole al tribunal remitente apreciar la calificación de tales cláusulas contractuales atendiendo a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones de los contratos de que se trata así como al contexto jurídico y de hecho en que éstas se inscriben.

En cuanto al control de transparencia indica el Tribunal en el párrafo 74 que: *«d e los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y de los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la misma Directiva resulta, en particular, que para satisfacer la exigencia de transparencia reviste una importancia capital la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente los motivos y las particularidades del*

mecanismo de modificación del tipo del interés, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan (véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartado 73) » .

Por la su parte, la STJUE Francisco Gutiérrez Naranjo & Cajasur Banco, S.A.U., asunto C-154/15, de 21 de diciembre de 2016 (ECLI:EU:C:2016:980), donde se acumulan dos cuestiones prejudiciales del asunto C-154/15 y la primera cuestión prejudicial de los asuntos C-307/15 y C-308/15, los tribunales remitentes piden sustancialmente que se dilucide si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración judicial del carácter abusivo, con arreglo al artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula incluida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el mencionado carácter abusivo.

Después de recordar que «*el control de transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato procede del que impone el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13*» (ap. 49), añade: «*50 Ahora bien, a este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 44).*

»*51 Por lo tanto, el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular*».

Respecto de las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula el TJUE declara que:

«*60 Por otra parte, al juez nacional no debe atribírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 31 y jurisprudencia citada).*

61 De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como

consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.

62 *De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes.*

(...)

73 *De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional —como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013— relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 60)”.*

La reciente STJUE Banco Primus, S.A., & Jesús Gutiérrez García, de 26 de enero de 2017, C-421/14, (ECLI:EU:C:2017:60), explicita la consecuencia o efecto de que una determinada cláusula, referida al objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, no pase el control de transparencia: «62 (...) según el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, las cláusulas que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarle como contrapartida, por otra —cláusulas comprendidas en el ámbito regulado por esta Directiva—, sólo quedan exentas de la apreciación sobre su carácter abusivo cuando el tribunal nacional competente estime, tras un examen caso por caso, que han sido redactadas por el profesional de manera clara comprensible (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 41, y de 9 de julio de 2015, Bucura, C-348/14, EU:C:2015:447, apartado 50). [...]»

»67 (...) En caso de que el órgano jurisdiccional remitente considere que una cláusula contractual relativa al modo de cálculo de los intereses ordinarios, como la controvertida en el litigio principal, no está redactada de manera clara y comprensible a efectos del artículo 4, apartado 2, de la citada Directiva, le incumbe examinar si tal cláusula es abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa misma Directiva (...))»..

Sección tercera. La consecuencia de la falta de transparencia. Abusividad.

Debemos volver a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, nº 241, de 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013), donde se expone con claridad cual es la consecuencia de la falta de transparencia de una cláusula, a la vista de la normativa nacional y comunitaria.

Así el tribunal indica que en los contratos en los que se han insertado condiciones generales nulas, la legislación especial contempla el fenómeno de la nulidad parcial y

limita la declaración de nulidad a las condiciones ilícitas cuando, pese a su supresión, el contrato puede subsistir. A tal efecto, en el caso de acciones ejercitadas por los adherentes, el artículo 9.2 LCGC, dispone que *"[I]a sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil "*.

Sigue en el apartado 267 de la STS 241/2013 que si la nulidad se declara a causa de la estimación de acciones de cesación, la norma también atribuye al juez la posibilidad de declarar la validez parcial de los contratos afectados por la declaración de nulidad de alguna de las condiciones insertas en ellos, y en el artículo 12.2 LCGC dispone que *"[I]a acción de cesación se dirige a obtener una sentencia [...] determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz".* En la misma línea se cita el art. 10.4 de la LCU que prevé que *"[s]erán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos. No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo"*.

Como indica el Alto Tribunal nuestra normativa es concorde con la Directiva 93/13 cuyo vigésimo primer considerando indica que *"[...] los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional y que, si a pesar de ello figuraran tales cláusulas, éstas no obligarían al consumidor y el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten a su existencia"* y que en el artículo 6.1 dispone que *"[I]os Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor [...] las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas"*.

Defiende el Tribunal Supremo el mantenimiento del contrato con exclusión de la cláusula declarada nula así como recuerda la improcedencia de integrar el contrato con consumidores en caso de nulidad parcial, puesto que si bien los art. 10.bis LCU, introducido por la Disposición Adicional 1.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril y el artículo 83.2 TRLCU, permitían al juez facultades para inmiscuirse en el contrato y moderar su contenido, lo cierto es que esta facultad de integración y reconstrucción "equitativa" del contrato, ha sido declarada contraria al Derecho de la Unión por la STJUE ya citada de 14 de junio de 2012 , Banco Español de Crédito, apartado 73, a cuyo tenor *"[...] el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 , que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva"*.

Por ello la nulidad de una cláusula por abusiva debe conllevar la expulsión de la misma del contrato, con subsistencia de éste si fuera posible, debiendo tener presente que, como indica la STJUE Francisco Gutiérrez Naranjo & Cajasur Banco, S.A.U., asunto C-154/15, de 21 de diciembre de 2016 (ECLI:EU:C:2016:980), que una

cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor por lo que la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. De ello se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva.

Sección cuarta. El estado de la cuestión en relación a tres cláusulas en particular y su incidencia en los litigios en curso

1. La cláusula suelo

La cláusula limitativa de los tipos de interés es una condición general de la contratación que las entidades financieras, como predisponentes, han incluido en una pluralidad de contratos. Le corresponde a tal entidad acreditar que fue objeto de negociación o que, a pesar de ser una condición general, supera el doble control de transparencia por lo que se ha incorporado correctamente al contrato y es lícita.

Deberemos de partir de los criterios expuestos en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, nº 241, de 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013), anteriormente expuestos para concluir si se han superado los controles, el de incorporación en los términos del art. 5 y 7 L 7/98 y el de transparencia a fin de constatar que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.

Como hemos visto el Tribunal Supremo indica unos parámetros para dicho control, los cuales de concurrir pueden permitir apreciar esa comprensión real del consumidor de que la cláusula suelo forma parte del precio (elemento esencial del contrato) y su trascendencia económica.

La entidad financiera debe acreditar con la prueba practicada que el consumidor comprendiera que contrataba un préstamo con un tipo de interés mínimo fijo del que no se beneficiará en un futuro de las bajadas del tipo de referencia. Las circunstancias a tener en cuenta según el f. 225 de la STS de 9 de mayo de 2013 serán: a) haber facilitado una información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; b) la existencia de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; d) la existencia de información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas; e) la ubicación de la cláusula en el contrato, si esta resaltada y destacada o totalmente carente de precisión y concreción.

Si no se supera el doble control de transparencia y se declara abusiva por poco transparente, deberá resolverse sobre los efectos de esta nulidad.

En cuanto a las consecuencias de esta nulidad debemos tener en cuenta la STJUE Francisco Gutiérrez Naranjo & Cajasur Banco, S.A.U., asunto C-154/15, de 21 de diciembre de 2016 (ECLI:EU:C:2016:980), en la que se resuelve la cuestión prejudicial

planteada al TJUE C-154/15 por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada (España) el 1 de abril de 2015 en el asunto Francisco Gutiérrez Naranjo contra BBK Bank Cajasur, S.A.U. En la citada resolución el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara: *“El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión”.*

Debemos tener presente que, como indica el TJUE que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor por lo que la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. De ello se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes (párrafo 62) por lo que la devolución de los importes indebidamente abonados debe realizarse desde la fecha de suscripción del contrato más el interés legal del dinero desde cada cobro indebido y hasta la fecha de la presente sentencia, art. 1.303 del CC, y desde ésta y hasta el completo pago en el establecido en el artículo 576 de la LEC.

En este sentido el TS corrige la doctrina de sentencias anteriores mediante Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, nº 123, de 24 de febrero de 2017, (Roj: STS 477/2017) en el siguiente sentido:

“3.- En consecuencia, procede modificar la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo , toda vez que la citada STJUE de 21 de diciembre de 2016 ha considerado que:

a) La limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo , que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013 , se opone al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y equivale a privar con carácter general, a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo, del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria en virtud de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.

b) Dicha jurisprudencia nacional sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo; y tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE”.

2. La cláusula sobre vencimiento anticipado

Inicialmente el Tribunal Supremo había declarado la validez de cláusulas de contenido análogo. Así, en Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, nº 792, de 16 de diciembre de 2009 (ROJ: STS 8466/2009), al tratar sobre la validez de la cláusula de vencimiento anticipado declaró que *"la doctrina jurisprudencial más reciente ha declarado con base en el artículo 1255 del Código civil la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concorra justa causa, verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo"*, citando al respecto las sentencias del mismo Tribunal de 7 de febrero de 2000 , 9 de marzo de 2001, 4 de julio de 2008 y 12 de diciembre de 2008.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 14 marzo 2013 (ECLI:EU:C:2013:164) aborda la cuestión, concretando los parámetros que ha de valorar el juez nacional ante este tipo de cláusulas en los siguientes términos: *"En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo"* (Aptdo. 73). Este criterio fue confirmado por el posterior auto del TJUE, asunto Banco Grupo Cajatres, S.A. & María Mercedes Manjón Pinilla y Comunidad Hereditaria formada al fallecimiento de D.M.A. Viana Gordejuela, de 8 de julio del 2015, C-90/14, (ECLI:EU:C:2015:465), que reiteró que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas a las que se les aplique la Directiva 93/13 debe hacerse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios que sean objeto del contrato en cuestión y considerando todas las circunstancias que concurren en su celebración.

La doctrina establecida en esa sentencia ha sido incorporada a nuestro Ordenamiento por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que modifica el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, exigiendo el impago de al menos tres mensualidades para que pueda instarse la ejecución hipotecaria.

En un procedimiento declarativo de acción de nulidad, a diferencia del incidente de oposición a la ejecución del artículo 695 de la LEC, en el que se puede valorar las circunstancias concretas del incumplimiento y la forma en que se ha ejercitado la resolución, el carácter abusivo de la cláusula lo hemos de analizar en abstracto. Pues bien, la cláusula de vencimiento anticipado que permite dar por vencido el contrato por el incumplimiento de una o dos cuotas, se permite a la entidad de crédito dar por vencido el crédito a partir de un incumplimiento que en ningún caso podríamos considerar grave o esencial, en atención a la cuantía y duración del préstamo, como es el impago de una sola cuota, por ello la respuesta a tal incumplimiento –el vencimiento anticipado y la pérdida del plazo- es desproporcionada y, en consecuencia, la cláusula sería abusiva conforme a lo dispuesto en el artículo 82.1º y

85.4º del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

La Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, nº 705, de 23 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5618) corrobora el mismo criterio al concluir que una cláusula que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo debe reputarse abusiva, dado que el incumplimiento no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves. En las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre - ECLI:ES:TS:2015:5618-, y la posterior nº 79/2016, de 18 de febrero - ECLI:ES:TS:2016:626-, al enjuiciar la validez de cláusulas de vencimiento anticipado incluidas en contratos de préstamo con garantía hipotecaria concertados con consumidores, el Tribunal Supremo declaró que para que este tipo de estipulaciones contractuales pudieran ser válidas deberían modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, y permitir al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación. No obstante, matizó que podía continuar la ejecución hipotecaria si la facultad de vencimiento se había ejercitado de modo no abusivo, por las ventajas que el proceso especial reportaba al consumidor.

La sentencia del TJUE Banco Primus, S.A., & Jesús Gutiérrez García, de 26 de enero de 2017, C-421/14, (ECLI:EU:C:2017:60), estableció –en lo que ahora interesa– los siguientes criterios:

«4. El examen del eventual carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor implica determinar si ésta causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato, teniendo en cuenta las normas nacionales aplicables cuando no exista acuerdo entre las partes, los medios de que dispone el consumidor en virtud de la normativa nacional para hacer que cese el uso de ese tipo de cláusulas, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato en cuestión, y todas las circunstancias que concurran en su celebración.

»6. Por lo que se refiere a la apreciación del eventual carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado incumbe al tribunal nacional examinar, en particular, si la facultad que se concede al profesional de declarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo está supeditada al incumplimiento por parte del consumidor de una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que tal incumplimiento tiene carácter suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones contractuales específicas y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

»7. La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el artículo 693, apartado 2, de la LEC que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional».

Tanto de la jurisprudencia española, como de los pronunciamientos del TJUE, cabe deducir que, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC, los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso C-415/11).

Debemos destacar el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, de 8 de febrero de 2017 (ROJ: ATS 271/2017) por el que se plantea una cuestión prejudicial en materia de vencimiento anticipado. En esta resolución el Tribunal se plantea que pueda darse el caso de que lo abusivo no sea todo el contenido de la cláusula enjuiciada, sino únicamente parte de la misma, que se refiere, no a la posibilidad general de acordar el vencimiento anticipado por incumplimiento, sino al número y entidad de los impagos que determinan el vencimiento anticipado.

Por ello la duda que se plantea consistiría en si puede hacerse una declaración parcial de abusividad de una cláusula, manteniendo la validez de la parte que no se considera abusiva (Teilbarkeit der klausel o blue pencil test). Es decir, si se permite, al enjuiciar la abusividad de una cláusula, separar, en determinados casos, el elemento abusivo del elemento válido, de manera que este último pueda mantener su vinculación y eficacia tras la declaración de nulidad del elemento abusivo.

Este Tribunal Supremo declara que no tiene constancia de que esta cuestión haya sido resuelta por el TJUE y, por tanto, resultaría procedente que se pronunciara sobre la conformidad al Derecho de la Unión y, en particular, al artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, sobre la posibilidad de que un tribunal nacional, como este Tribunal Supremo, pueda, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado, circunscribir el alcance de la nulidad derivada de la abusividad a un inciso específico de la cláusula enjuiciada, de manera que pueda mantener la validez del resto de la cláusula que no se considera abusivo, siempre que esta parte resulte gramaticalmente comprensible, tenga sentido jurídico y no suponga incorporar una regulación nueva o distinta de la que inicialmente estaba comprendida en la propia cláusula.

Por ello plantea: *“la cuestión consiste en si es acorde a la Directiva 93/13/CE una decisión de un tribunal nacional que, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC (incumplimiento superiores a tres meses), valore, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso C-415/11).”*

3. La cláusula sobre intereses moratorios

La cláusula relativa a los intereses de demora es una cláusula predispuesta, no negociada individualmente, a la que resulta de aplicación la LCU y cuya carácter abusivo cabe enjuiciar con base en el artículo 82 y, en particular, el artículo 85.6 LCU (*“Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes: 6. Las cláusulas que*

supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones”).

Ya han resuelto los tribunales que no cabe desestimar la pretensión de nulidad en base a la existencia de una norma imperativa posterior. La disposición transitoria de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que limita los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, considera aplicable dicha limitación a los préstamos constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley y que se devenguen con posterioridad.

Pues bien, el criterio mayoritario es considerar que dicho criterio estrictamente normativo no puede justificar el que se rechace la pretensión de nulidad.

El párrafo 3º del artículo 114 LH, en su nueva redacción procedente de la Ley 1/2013, establece que *“los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil”*.

La citada es una norma de protección de los consumidores de carácter imperativo o prohibitivo, de forma que su aplicación no se limita a los contratos suscritos con posterioridad a su entrada en vigor sino que también se extiende a los contratos anteriores, aunque limita sus efectos a las liquidaciones que sean posteriores a su entrada en vigor. Esto es, no se trata de una norma que por sí misma pueda retrotraer sus efectos al momento de la firma del contrato para fundar un pronunciamiento declarativo de la nulidad de una de sus estipulaciones. Por tanto, lo que establece es una nulidad sobrevinida, posterior a su entrada en vigor, respecto de las liquidaciones de intereses posteriores a la entrada en vigor.

No obstante, si lo que se pretende en la demanda es un pronunciamiento declarativo de la nulidad de la estipulación contractual relativa a los intereses moratorios, pronunciamiento fundado en su carácter abusivo y no en la violación de una norma imperativa, ello obliga a enfocar la cuestión desde la perspectiva del derecho vigente en el momento en el que el contrato fue suscrito.

Es preciso distinguir entre dos técnicas de protección del consumidor netamente diferenciadas entre sí, como son (i) las normas prohibitivas o imperativas y (ii) la del control de contenido o control de abusividad. Aunque en algunos casos sea posible utilizar ambas respecto de una misma situación de hecho, se trata de técnicas muy distintas entre sí, de manera que no pueden ser confundidas. No podemos negar que la irrupción de una norma imperativa o prohibitiva que resulte de aplicación a una disposición contractual privándola de eficacia pueda hacer inútil el examen del control de abusividad. No obstante, ello no siempre tiene por qué ocurrir, atendido que el control de contenido opera desde la firma del contrato y determina la nulidad de las cláusulas desde su origen, mientras que la violación de una norma prohibitiva opera desde que la misma entra en vigor.

Y a ello es preciso añadir que, aunque las normas prohibitivas puedan constituir un parámetro para enjuiciar el carácter abusivo, el control de contenido es mucho más exigente, va mucho más allá, de forma que sin incurrir en la infracción de una norma prohibitiva puede que la cláusula cuestionada sea abusiva.

El régimen vigente en 2007 no difiere sustancialmente del actual en el punto relativo a la necesidad de distinguir entre la nulidad por violación de una norma imperativa de la nulidad de una estipulación por abusiva. Esa distinción estaba presente ya en el texto originario de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) y, tras la reforma operada por Ley 44/2006, de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, posteriormente integrada en su Texto Refundido actualmente vigente, lo que sucedió es que se incrementaron de forma muy importante los supuestos de prohibiciones legales, en casos en los que en paralelo la estipulación también se incorporaba a la “lista negra” de cláusulas abusivas. Pero ello no significa que cada una de esas técnicas (normas prohibitivas y control de abusividad) sean equiparables. Se trata de técnicas de tutela de los derechos de los consumidores que responden a principios muy distintos entre sí.

Por tanto, si la demanda pretende la declaración de esta estipulación como abusiva, debemos prescindir de las normas de carácter imperativo, que regulan una cosa distinta, y centrarnos en las que regulan el control de contenido, que son las únicas concernidas en nuestro caso.

Así lo ha entendido también la jurisprudencia en sus resoluciones más recientes en las que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta materia. A título de mero ejemplo citamos la Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo civil, nº 705, de 23 de diciembre de 2015 (Roj: STS 5618/2015) cuando en el fundamento jurídico quinto afirma lo siguiente:

«1.- La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, reformó el art. 114 de la Ley Hipotecaria, añadiéndole un tercer apartado, que establece un máximo legal al pacto de intereses moratorios en los contratos de préstamo para la adquisición de vivienda habitual, de manera que no pueden ser superiores al triple del interés legal del dinero. A su vez, la Disposición Transitoria Segunda de la misma Ley permitía el recálculo de los intereses moratorios establecidos en aquellos contratos concertados con anterioridad, con la finalidad de ajustarlos al mencionado tope legal.

2.- No obstante, conforme a la jurisprudencia del TJUE, el artículo 114.3 LH prohíbe que, en los préstamos para adquirir la vivienda habitual, se pacten intereses superiores a los que indica, pero no excluye el control del carácter abusivo de aquellas cláusulas de intereses moratorios que, aunque no sean contrarias al precepto, porque respetan ese límite máximo del triple del interés legal del dinero, puedan implicar la "imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones", en los términos del artículo 85.6 TRLGDCU».

Nulidad de la cláusula que impone una indemnización desproporcionada en caso de incumplimiento. Respecto del juicio de abusividad de la cláusula de intereses moratorios debemos destacar las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de los civil, nº 464, de 8 de septiembre de 2015 (Roj: STS 3903/2014), y nº 265, de 22 de abril de 2015 (Roj: STS 1723/2015), que ofrecen una extensa exposición jurídica referida al juicio de abusividad, en el ámbito de la aplicación de la legislación protectora de consumidores y usuarios, de las cláusulas no negociadas individualmente que fijan el tipo de intereses de demora. En aquellos casos el control de abusividad se refiere a cláusulas insertas en contratos de préstamo personales, sin garantía real.

En la STS 464/2015 se indica: *“Que el consumidor prestatario haya incumplido su obligación de pagar las cuotas de amortización del préstamo en las fechas fijadas en*

el contrato no justifica que puedan anudarse cualesquiera consecuencias a tal incumplimiento contractual, sin respetar la proporcionalidad con el perjuicio que al profesional causa tal incumplimiento. (...)

Por tanto, es admisible que una cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor establezca una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del consumidor (que en ningún caso serán los derivados del ejercicio de la acción judicial, como afirma el recurrente, puesto que esos daños resultan resarcidos por la condena en costas), y que tal cláusula tenga un cierto contenido disuasorio. Pero no es admisible, porque tiene la consideración legal de abusivo, que sea una indemnización « desproporcionadamente alta ». La Audiencia Provincial ha considerado que concurre esta desproporción, por lo que el hecho de que la aplicación del interés de demora tuviera como presupuesto un incumplimiento contractual del consumidor no supone que la decisión de la Audiencia Provincial infrinja precepto legal alguno”.

Sigue la Sentencia, que ratifica los criterios de la anterior (nº 265/2015, de 22 de abril), que, lo determinante es decidir si hay proporcionalidad entre el incumplimiento del consumidor y la indemnización asociada al incumplimiento. Para ello, a falta de una limitación legal a los intereses de demora en préstamos concertados con consumidores, como sí existe en otros Estados miembros de la Unión Europea, para decidir sobre la abusividad del interés de demora es preciso hacer una ponderación con base en las cláusulas generales establecidas en la normativa de protección de los consumidores y usuarios y en los criterios establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En primer lugar, para decidir si una cláusula es abusiva, el TJUE ha declarado que deben tenerse en cuenta las normas de Derecho nacional aplicables cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, dice el TJUE, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. En cuanto a la cláusula relativa a la fijación de los intereses de demora, el TJUE afirma que el juez nacional debe comprobar en particular, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar qué es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que este persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos (STJUE de 14 marzo 2013, asunto C-415/11, caso Mohamed Aziz , párrafos 68 y 74).

El TJUE ha establecido otro criterio para determinar en qué circunstancias se causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes pese a las exigencias de la buena fe. Consiste en que el juez nacional debe comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual (STJUE de 14 marzo 2013, asunto C-415/11, caso Mohamed Aziz, párrafo 69).

Con base en este criterio, habría que hacer el pronóstico de cuál sería el interés de demora que, en una negociación individual, aceptaría un consumidor. Naturalmente, un consumidor que admitiera que su demora en el pago de las cuotas de un préstamo personal supone un quebranto patrimonial para el prestamista que debe ser

indemnizado, y que admitiera que tiene que existir una conminación a que pague en plazo porque no hacerlo le suponga un mayor coste que hacerlo.

A fin de aplicar estos criterios jurisprudenciales, es pertinente analizar las disposiciones legales que regulan diversos supuestos de interés moratorio:

Con carácter general, el art. 1108 del Código Civil establece como interés de demora para el caso de que no exista pacto entre las partes el interés legal.

En materia de crédito al consumo, el art. 20.4 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo (y antes el art. 19.4), establece para los descubiertos en cuenta corriente en contratos concertados con consumidores un interés máximo consistente en una tasa anual equivalente de dos veces y media el interés legal.

El nuevo párrafo tercero del art. 114 de la Ley Hipotecaria, añadido por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, prevé que *«los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago»*.

El art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro prevé como interés de demora para las compañías aseguradoras el consistente en incrementar en un cincuenta por ciento el tipo del interés legal, que pasados dos años no puede ser inferior al 20% anual.

El art. 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, dispone un interés de demora de 7 puntos porcentuales por encima del tipo de interés del BCE, por lo que en los últimos 10 años, el interés previsto en este precepto legal ha variado entre el 7,75 y el 11,20% anual.

Por último, el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a falta de pacto de las partes o de disposición especial de la ley, establece como interés de mora procesal el resultante de adicionar dos puntos porcentuales al interés legal del dinero.

Ciertamente cada una de estas normas tiene su propio ámbito de aplicación, con sus propias peculiaridades –prosiguen las citadas sentencias del TS-, pero todas ellas tratan, en mayor o menor medida, el problema de cómo indemnizar proporcionadamente al acreedor por el retraso en el cumplimiento del deudor, incentivando asimismo el cumplimiento en plazo, sin establecer un interés desproporcionado.

Utilizando las enseñanzas que se extraen de los criterios expuestos, en el caso de los préstamos personales, el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas debe consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no debe ser muy elevado por cuanto que la ausencia de garantías reales determina que el interés remuneratorio ya sea elevado (en el caso enjuiciado por el TS, era inicialmente de un 9% nominal anual, que posteriormente, al ser variable, se incrementó por encima del 10%), por lo que la adición de un porcentaje excesivo conllevaría un alejamiento injustificado de los porcentajes que la legislación nacional establece para los supuestos de ausencia de pacto, incluso en aquellos casos en los que el deudor es un profesional, como ocurre con las previsiones ya comentadas de la Ley del Contrato de Seguro, durante los dos primeros años de demora, y de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

El Tribunal Supremo, a la vista de lo anteriormente expuesto, considera que el profesional o empresario no podía estimar razonablemente que, tratando de manera

leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría en el marco de una negociación individual una cláusula de interés de demora en un préstamo personal que supusiera un incremento considerable del interés remuneratorio. Además, una cláusula de interés de demora que supusiera un incremento excesivo del tipo porcentual respecto del interés remuneratorio no sería adecuada para garantizar la realización de los objetivos que persiguen las normas que establecen un interés de demora en distintos campos de la contratación, e iría más allá de lo necesario para alcanzarlos, perjudicando desproporcionadamente al consumidor, en contra de las exigencias de la buena fe.

Finalmente, la STS 464/2015 confirma el criterio sentado en la anterior STS 265/2015, y concluye que el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores, que no suponga la imposición de una indemnización alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones. Se trata del criterio previsto para el interés de demora a devengar por la deuda judicialmente declarada y a cuyo pago se ha condenado al demandado. Tiene un ámbito de aplicación general, no ceñido a un campo concreto del Derecho sustantivo, evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, indemniza de un modo proporcionado los daños que sufre el demandante que ha vencido en el litigio por el retraso del condenado en el cumplimiento de la obligación judicialmente declarada, y asimismo contiene un factor disuasorio para que el condenado no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia.

La adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resultan de la aplicación de las normas nacionales a que se ha hecho referencia.

Por ello, con base en los criterios expresados, el TS considera abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal.

En cuanto a los efectos de la nulidad de la cláusula, la STS 464/2015 recuerda que, conforme a la jurisprudencia del TJUE en interpretación del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE, los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. Así lo ha afirmado en las sentencias de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010, caso Banesto, apartado 65, de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, apartado 57, y 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, caso Unicaja y Caixabank, apartado 28.

La conclusión que se extrae de las sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores es que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el art. 1258 del Código Civil, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del

contrato, en beneficio del consumidor, excepción que no concurre en el caso de las cláusulas que establecen el interés de demora, cuya supresión solo conlleva la minoración de la cantidad a pagar por el consumidor al profesional o empresario.

Por ello, lo que se anula y suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo, pero no el interés remuneratorio, que no está aquejado de abusividad y que sigue cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución, de modo que continuará devengándose hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada.

La Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo civil, nº 364, de 3 de junio de 2016 (ROJ: STS 2401/2016), tras reiterar la doctrina sentada en Sentencias anteriores, como la de 22 de abril de 2015, sobre el carácter abusivo de las cláusulas que fijan un interés de demora en los préstamos personales que impongan un recargo superior a dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio, extiende el mismo criterio al préstamo hipotecario sobre vivienda habitual y considera abusivo el interés de demora pactado en aquel caso del 8'5 puntos sobre el interés remuneratorio pactado.

Sección quinta. Efectos de la abusividad. Art. 1303 CC.

1. Efectos de la abusividad.

Como hemos expuesto anteriormente el TJUE ha deducido de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE, que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. Así lo ha afirmado en las *sentencias de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010, caso Banesto, apartado 65, de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, apartado 57, y 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, caso Unicaja y Caixabank, apartado 28.*

El TJUE ha inferido esta solución de la previsión del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE, en relación con su vigésimo cuarto considerando, que impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces « *para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores* », al considerar que si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en dicho precepto, pues el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. Por esa razón, el TJUE, en el fallo de la *sentencia de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010*, declaró que « *el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe*

interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias , que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva ».

En cuanto a la posibilidad de aplicar de modo supletorio una disposición de Derecho dispositivo de Derecho nacional, una vez declarada la nulidad de la cláusula abusiva y la no vinculación a la misma del consumidor, el TJUE solo ha admitido esta posibilidad cuando sea necesario para que el contrato subsista, en beneficio del consumidor, para evitar que el juez se viera obligado a anular el contrato en su totalidad, y el consumidor quedara expuesto a consecuencias que representarían para él una penalización. Así resulta de lo declarado en sus *sentencias de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 , caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai, párrafos 80 y siguientes y de 21 de enero de 2015 , asuntos acumulados C 482/13 , C 484/13, C 485/13 y C 487/13, caso Unicaja y Caixabank, párrafo 33.*

El TJUE también ha resuelto sobre la improcedencia de la integración del contrato en el caso de que la cláusula abusiva sea la que establece el interés de demora en un contrato de préstamo, pues le fue planteada una cuestión prejudicial con este objeto por un tribunal español. En la *sentencia que resolvió esta cuestión, la de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13 , C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank, párrafo 29, con cita de la sentencia de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, párrafo 59, el TJUE declaró que el art. 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a este de la referida cláusula.*

La conclusión que se extrae de las sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores es que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el *art. 1258 del Código Civil* , salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor.

1.1. Art. 1303 CC.

1.1.1. Retroactividad. STJUE C-154/15.

Teniendo en cuenta lo expuesto en cuanto a los efectos de nulidad por abusividad y la exclusión de la cláusula, para el caso que como consecuencia de la misma se hubiera abonado cantidad alguna deberá resarcirse al consumidor de las cantidades abonadas como si tal cláusula no hubiera existido desde el inicio del contrato, en los términos que prevé el art. 1.303 del CC.

Conviene reseñar, aunque sea brevemente, cual ha sido la evolución de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo como consecuencia de haber declarado nulas las cláusulas limitativas de tipos de interés de algunas entidades financieras.

Inicialmente, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, nº 241, de 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013), se pronunciaba respecto de la retroactividad de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo y establecía lo siguiente: *«No ha lugar a la retroactividad de esta sentencia, que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia»*.

El Tribunal Supremo, Sala de lo civil, en Sentencia nº 139, de 25 de marzo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1280) precisó su postura inicial y fijó la siguiente doctrina, que refleja en el punto 4 del fallo: *«cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013»*.

La citada sentencia argumentaba que a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno del 9 mayo 2013 no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo éstas indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información, en los términos indicados en el parágrafo 225 de la sentencia.

Si adoleciesen de tal insuficiencia y fuesen declaradas abusivas por ese concreto motivo, que no por otro ajeno a este debate, las sentencias tendrán efecto retroactivo desde la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013, reiteradamente citada y sobre cuya clarificación nos pronunciamos a efectos de la debida seguridad jurídica; fecha que fue la fijada en ella en orden a la irretroactividad declarada.

Pese a lo decidido por el Tribunal Supremo, lo cierto es que distintos juzgados y tribunales cuestionaron esa decisión, llegando a plantear distintas cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con el fin de que fuera dicho Tribunal el que estableciera la pauta interpretativa adecuada a los efectos de la declaración de nulidad de cláusulas abusivas, cuestiones prejudiciales que fueron admitidas por cuanto trataban de valorar la compatibilidad del criterio jurisprudencial adoptado por el Supremo con la Directiva Comunitaria 93/13 sobre Condiciones Generales de la Contratación.

El propio Tribunal Supremo acordó suspender el curso de los recursos de casación pendientes ante el Tribunal a la espera de la respuesta del TJUE (Auto de 12 de abril de 2016 – ECLI:ES:TS:2016:2927A).

El 21 de diciembre de 2016 se hizo pública la resolución del Tribunal Europeo (ECLI:EU:C:2016:980). Esta resolución ha determinado el alzamiento de la suspensión acordada en el presente recurso de apelación, con el fin de resolver conforme a la doctrina emanada de dicha sentencia (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15).

El fallo de la Sentencia del TJUE es el siguiente: «El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión».

Los argumentos que emplea el TJUE para establecer este criterio interpretativo de los efectos de la nulidad se recogen a partir del Fundamento 61 de su sentencia, en el que afirma:

«61 (...) el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.

62 De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes.

63 Efectivamente, la exclusión de tal efecto restitutorio podría poner en cuestión el efecto disuasorio que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 7, apartado 1, de esa misma Directiva, pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores».

Y concluye el Tribunal afirmando que:

«72 La limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el periodo anterior al 9 de mayo de 2013».

Por estas razones considera el TJUE que «una jurisprudencia nacional —como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013— relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en

este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 60)».

Por ello el Tribunal Supremo, sala de lo civil, en Sentencia nº 123 de 24 de febrero de 2017 (Roj: STS 477/2017) ha cambiado su criterio resolviendo a favor del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades indebidamente abonadas desde la suscripción del contrato, en sintonía con la jurisprudencia comunitaria.

2.1) Intereses de demora. STS 716/2016

La retroactividad en sede al nulidad de intereses de demora, o de cualquier otra cláusula contractual declarada nula que haya conllevado desplazamiento patrimonial, de conformidad con lo expuesto hasta el momento debe conllevar la restitución de lo indebidamente abonado más los intereses correspondientes desde cada pago, en atención a lo dispuesto en el art. 1303 CC.

Cuando estemos ante un supuesto de nulidad contractual, el efecto de esta nulidad debe ser la recíproca restitución de prestaciones, a tal efecto debemos destacar la Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo civil, nº 716, de 30 de noviembre de 2016 (Roj: STS 5288/2016) en la que se dirige demanda contra NCG Banco S.A. solicitando la nulidad de los contratos de depósito de suscripción de participaciones preferentes emitidas por Caixanova Emisiones S.A. por error vicio del consentimiento; y, subsidiariamente, ejercitaron una acción fundada en los arts. 306 CCom y 1775 CC, por incumplimiento del contrato. En ambos casos, solicitaron la restitución del total capital desembolsado, por importe de 543.800 euros.

En la citada resolución se discute sobre los efectos restitutorios de la nulidad contractual y en que medida alcanza a una u otra de las partes del contrato. Indica el tribunal, con remisión a la sentencia núm. 625/2016, de 24 de octubre, dictada también en un caso de nulidad de adquisición de participaciones preferentes por error vicio del consentimiento, que los efectos de la nulidad alcanzan a ambas partes, comercializadora y adquirentes. Por ello, tales efectos de la nulidad deben ser la *restitución por la entidad comercializadora del importe de la inversión efectuada por los adquirentes, más el interés devengado desde que se hicieron los pagos, y el reintegro por los compradores de los rendimientos percibidos más los intereses desde la fecha de cada abono.*

Doctrina que, en relación con estos mismos productos, participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, ya habíamos sostenido con anterioridad, por ejemplo en la sentencia núm. 102/2016, de 25 de febrero. Y en relación con otros productos financieros complejos, como permutas financieras de interés, en la sentencia núm. 744/2015, de 30 de diciembre, entre otras.

Dice el TS: *“Ello es así, porque los intereses constituyen en estos casos los frutos o rendimientos de un capital, a los que, por virtud de la presunción de productividad de éste, tiene derecho el acreedor en aplicación de las reglas sobre la restitución integral de las prestaciones realizadas en cumplimiento de contratos declarados ineficaces y la interdicción del enriquecimiento sin causa (sentencias de esta Sala núm. 81/2003, de 11 de febrero ; 325/2005, de 12 de mayo ; y 1385/2007, de 8 de enero de 2008 , entre otras muchas). Ésta es la solución adoptada por los arts. 1295.1 y 1303 CC , al regular los efectos de la rescisión o de la declaración de la nulidad del contrato, mediante una regla que obliga a devolver la cosa con sus frutos y el precio con sus intereses y que se aplica, también, a otros supuestos de ineficacia que produzcan consecuencias restitutorias de las prestaciones realizadas (sentencias núm. 772/2001, de 20 de julio ; 812/2005, de 27 de octubre ; 1385/2007, de 8 de enero ; y 843/2011, de 23 de*

noviembre), como sucede, como regla general, con la resolución de las relaciones contractuales”.

Añade que para hacer efectivas las consecuencias restitutorias de la declaración de ineficacia de un contrato y para impedir, en todo caso, que queden en beneficio de uno de los contratantes las prestaciones recibidas del otro, con un evidente enriquecimiento sin causa, la jurisprudencia (*sentencias núm. 105/1990, de 24 de febrero ; 120/1992, de 11 de febrero ; 772/2001, de 20 de julio ; 81/2003, de 11 de febrero ; 812/2005, de 27 de octubre ; 934/2005, de 22 de noviembre ; 473/2006, de 22 de mayo ; 1385/2007, de 8 de enero de 2008 ; 843/2011, de 23 de noviembre ; y 557/2012, de 1 de octubre*) viene considerando innecesaria la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas, con inclusión de sus rendimientos, al considerar que se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma.

Recuerda la doctrina de la *STS 102/2015, de 10 de marzo, donde se declaró que: «Es doctrina jurisprudencial la que afirma que no es incongruente la sentencia que anuda a la declaración de ineficacia de un negocio jurídico las consecuencias que le son inherentes, que son aplicables de oficio como efecto ex lege , al tratarse de las consecuencias ineludibles de la invalidez».*

Para reiterar dicha doctrina jurisprudencial, hemos de tener en cuenta que los desplazamientos patrimoniales realizados en cumplimiento del contrato inválido carecen de causa o fundamento jurídico (*sentencia núm. 613/1984, de 31 de octubre*); por lo que, cuando se han realizado prestaciones correspectivas, el *art. 1303 CC* - completado por el *art. 1308-* mantiene la reciprocidad de la restitución. Así como que el restablecimiento de la situación anterior a la celebración del contrato nulo impone que la restitución deba comprender no sólo las cosas en sí mismas, sino también los frutos, productos o rendimientos que hayan generado.

CAPÍTULO V

Los beneficiarios del control de transparencia. El consumidor

Sección primera.- Concepto de consumidor. STJUE de 30 de mayo de 2013, *Asbeek Brusse y Man Garabito, C-488/11, (ECLI:EU:C:2013:341)*, STJUE de 15 de enero de 2015, *Birutė Šiba contra Arūnas Devėnas, C-537/13, (ECLI:EU:C:2015:14)*, ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (caso *Tarcău*).

El artículo 3 TRLGDCU, en redacción dada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, de incorporación de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, dispone que a efectos de esa norma y sin

perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Y que son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

Por lo que hace a la noción relativa a las personas físicas, el concepto procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el TRLGCU y también en algunas otras Directivas cuyas leyes de transposición han quedado al margen del texto de 2007, pero que se incluyen dentro de la normativa sobre protección al consumidor. En todas ellas, la noción de consumidor aparece caracterizada de una manera semejante. Pero en particular coincide con la definición que prevé el artículo 2 b) de la Directiva 93/13, tras la aprobación de la Directiva 2011/83/UE. El elemento central de la noción de consumidor, según queda definida en esta norma y, por ende, en el artículo 3 TRLGDCU se refiere a un elemento claramente delimitable: la posición que ocupa el contratante en el negocio jurídico en cuestión. En este sentido, tal y como han puesto de relieve la STJUE de 30 de mayo de 2013, *Asbeek Brusse y Man Garabito*, C-488/11, (ECLI:EU:C:2013:341) y la STJUE de 15 de enero de 2015, *Birutė Šiba contra Arūnas Devėnas*, C-537/13, (ECLI:EU:C:2015:14) es preciso tomar en consideración el hecho de que la Directiva “define los contratos a los que se aplica por referencia a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional”.

El énfasis en el ámbito de actividad en el cual se enmarca la operación en cuestión como elemento determinante de la cualidad de consumidor encuentra, además, confirmación en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con otros instrumentos en materia de protección de consumidores que contienen definiciones de la noción de consumidor semejantes a la del artículo 2, letra b), de la Directiva. Así, en la STJUE de 14 de marzo de 1991, *Di Pinto*, C-361/89, (EU:C:1991:118) al interpretar el concepto de consumidor en el marco de la Directiva 85/577/CEE, - Directiva derogada por la Directiva 2011/83/UE, cuyo artículo 2 definía al consumidor como “toda persona física que, para las transacciones amparadas por la presente Directiva, actúe para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional”-, el Tribunal de Justicia enfatizó que el criterio de aplicación de la protección residía precisamente en el vínculo que unía las transacciones que eran objeto de las visitas a domicilio —que tenían la finalidad de instar a la celebración de un contrato de publicidad relativo a la venta de los fondos de comercio— recibidas por los comerciantes, a la actividad profesional del comerciante, de manera que éste sólo podía pretender que se aplicase la Directiva si la operación por la cual había sido visitado rebasaba el marco de sus actividades profesionales.

El tenor literal de la Directiva y la jurisprudencia que interpreta tanto este instrumento como la Directiva 85/577, se decantan por una noción a la vez objetiva y funcional del consumidor. No se trata, por lo tanto, respecto de una determinada persona, de una categoría consustancial e inmutable sino, por el contrario, de una cualidad apreciable en función de la condición en la que se sitúa una persona en relación con un negocio jurídico u operación particular, entre los muchos que puede desarrollar en su vida diaria. Tal y como puso de relieve el Abogado general Mischo en el asunto *Di Pinto* refiriéndose a la noción de consumidor en el ámbito del artículo 2 de la Directiva 85/577, las personas contempladas en esta disposición “no se definen in abstracto, sino según lo que hacen in concreto”, de tal forma que una misma persona en

diferentes situaciones, puede ostentar unas veces la condición de consumidor y otras, la de profesional.

Esta concepción del consumidor en tanto que actor en un determinado negocio jurídico, que reúne a la vez y según los casos tanto elementos objetivos como funcionales, se confirma también en el ámbito del Convenio de Bruselas, en cuyo context la noción de consumidor ha sido también objeto de interpretación por parte del Tribunal de Justicia, si bien, como se indicará más adelante, la analogía ha de matizarse al interpretar la Directiva teniendo en cuenta los distintos objetos de las dos normas. Así, en la STJUE de 3 de julio de 1997, Benincasa, C-269/95, (EU:C:1997:337) el Tribunal declaró que, para determinar si una persona actúa en calidad de consumidor, *“hay que referirse a la posición de esta persona en un contrato determinado, en relación con la naturaleza y la finalidad de éste, y no a la situación subjetiva de dicha persona. [...] Una misma persona puede ser considerada consumidor respecto a ciertas operaciones y operador económico respecto a otras”*. En conclusión, el Tribunal declaró que *“el demandante que ha celebrado un contrato para el ejercicio de una actividad profesional no actual, sino futura, no puede considerarse consumidor”*. En el mismo sentido se había pronunciado el Abogado General señalando que *“[...] es precisamente la actividad en juego —y no las condiciones personales previas del sujeto— el factor que toma en consideración el artículo 13 del Convenio de Bruselas para instaurar un régimen específico en materia de competencia jurisdiccional de determinados contratos”*. En definitiva, según dispone el ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (caso Tarcău) *“a este respecto, procede recordar que el concepto de «consumidor», en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 tiene un carácter objetivo y debe apreciarse según un criterio funcional, consistente en evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión”*.

Sección segunda.- El caso del "consumidor experto". STJUE de 3 de septiembre de 2015, Costea, C-110/14, (ECLI:EU:C:2015:538) y STS, Sala 1ª, núm. 60/2016, de 12 de febrero de 2016 (Roj: STS 361/2016).

A esta cuestión se refiere la STJUE de 3 de septiembre de 2015, Costea, C-110/14, (ECLI:EU:C:2015:538), que dilucida la caracterización como consumidor de una persona física abogado de profesión que solicita un crédito. En el curso del proceso se adujo que, para poder estimar que una persona es un consumidor, además de apreciar la concurrencia de un criterio objetivo —resultante del tenor literal del artículo 2, letra b), de la Directiva— habría de estarse a un criterio subjetivo ligado al espíritu de la Directiva de proteger al consumidor como parte débil que generalmente no conoce las disposiciones legales, de donde quería hacerse derivar que la presunción de que el consumidor está en situación de desigualdad puede ser rebatida si consta que éste dispone de experiencia e información para protegerse solo.

Esta orientación, sin embargo, no prosperó. Al respecto el tribunal partió de la premisa de que, siendo el elemento central de la noción de consumidor tal y como queda definida en esa norma, la posición que ocupa el contratante en el negocio jurídico en cuestión, se trata de una noción objetiva y funcional, cuya concurrencia depende de un único criterio: el encuadre del negocio jurídico en particular en el marco de actividades ajenas al ejercicio profesional. La Directiva no establece ningún criterio adicional para la determinación de la condición de consumidor. Y, consiste, además, en una noción que se define de manera situacional, es decir, en relación a un negocio jurídico concreto. En consecuencia, no puede privarse a ninguna persona de la posibilidad de

estar situada en la posición de consumidor en relación con un contrato que se sitúa fuera de su actividad profesional en razón de sus conocimientos generales o de su profesión, sino que hay que estar, exclusivamente, a su posición respecto a una operación jurídica en concreto.

Esta conclusión no puede quedar desvirtuada por el hecho de que la Directiva base el sistema que traza en las nociones de vulnerabilidad e inferioridad de condiciones en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, ya que parte, en efecto, de una realidad en la que el consumidor se adhiere a condiciones ya redactadas por el profesional sin poder influir en su contenido, tal y como constatan entre otras las STJUE de 30 de mayo de 2013, *Asbeek Brusse y Man Garabito*, C-488/11, (ECLI:EU:C:2013:341) y STJUE de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10 (ECLI:EU:C:2012:349), porque dichas ideas de vulnerabilidad e inferioridad, que, por otra parte, subyacen, en general, a todo el Derecho de protección de los consumidores a nivel de la Unión, no se han concretado en la plasmación normativa del concepto de consumidor en tanto que condiciones necesarias a través de su definición en el Derecho positivo, tal y como expone el Abogado General en el asunto comentado, quien advierte que ni la definición de consumidor ni ninguna otra disposición de la Directiva someten la concurrencia de la condición de consumidor en un supuesto concreto a la ausencia de conocimiento, a la desinformación, o a una efectiva posición de inferioridad.

Por otra parte, la posibilidad de discutir en cada caso concreto la condición de consumidor a partir de elementos relacionados con la experiencia, los estudios, la profesión, o incluso la inteligencia del consumidor sería contrario al efecto útil de la Directiva. En particular, los abogados (o licenciados en Derecho, así como otros profesionales) quedarían desprovistos de protección en múltiples aspectos de su tráfico privado. Tal y como puso de relieve el Gobierno rumano en el asunto de referencia, incluso cuando el nivel de conocimientos de la persona en cuestión pueda ser equiparable a la del prestamista, ello no afecta a que su poder de negociación sea el mismo que el de cualquier otra persona física frente al profesional.

Es cierto, no obstante, que la STJUE de 15 de enero de 2015, *Šiba*, C-537/13 (ECLI:EU:C:2015:14) estimó que “los abogados tienen un alto nivel de competencias técnicas que los consumidores no poseen necesariamente”, pero esas consideraciones se efectuaron al respecto de una situación en la que el abogado en cuestión “presta en ejercicio de su actividad profesional un servicio a título oneroso a favor de una persona física que actúa para fines privados” y es, por lo tanto, un profesional en el sentido del artículo 2, letra c), de la Directiva. Asimismo, una interpretación como la que se desecha llevaría a la consecuencia de denegar la condición de consumidor a todas aquellas personas que, en el momento de la conclusión del contrato, hubiesen contado con asistencia jurídica o profesional de otro tipo. A este respecto, hay que recordar que la STJUE 4 de octubre de 2007, *Rampion y Godard*, C-429/05, (EU:C:2007:575) declaró que el hecho de estar representado por un abogado no afecta a la interpretación del artículo 11, apartado 2, de la Directiva 87/102/CEE del Consejo de 22 de diciembre de 1986 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, según la cual esta disposición puede ser aplicada de oficio por el órgano jurisdiccional nacional.

Por otra parte, la influencia de los conocimientos o de la situación concreta de la persona en cuestión ha sido rechazada por el Tribunal en ámbitos distintos al de la Directiva, cuando no se cumplía el requisito objetivo de que la actividad se encontrase

fuera del ámbito profesional de la persona en cuestión. Así ha sido en relación con la Directiva 85/577, con respecto a la cual la sentencia Di Pinto antes citada demuestra que, cuando la persona actúa en el marco de sus actividades profesionales, una ausencia efectiva de conocimientos en el caso en concreto no desvirtúa su condición de profesional. En el caso el Tribunal de Justicia consideró que *“lo más lógico, efectivamente, es creer que un comerciante, medianamente sagaz, conoce el valor de su fondo y el de cada uno de los actos que necesita su venta, de modo que si contrae un compromiso, no puede ser de manera inconsiderada y únicamente bajo el efecto de la sorpresa”*.

Sobre la base de estos razonamientos, el Abogado General consideró que la noción de consumidor, en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que incluye a una persona física que ejerce la abogacía y que celebra un contrato de crédito con un banco, cuando, atendiendo a los elementos de prueba de los que dispone el juez nacional, resulte que dicha persona ha actuado con propósitos que no se encuadran en el marco de su actividad profesional. Y en ese sentido se pronuncia la STJUE de 3 de septiembre de 2015, Costea, C-110/14, (ECLI:EU:C:2015:538) declarando que el concepto de “consumidor”, en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, tiene un carácter objetivo y es independiente de los conocimientos concretos que pueda tener la persona de que se trata, o de la información de que dicha persona realmente disponga. Añade que, por lo que respecta a los servicios prestados por abogados en el marco de contratos de servicios jurídicos, el Tribunal de Justicia ya tuvo en cuenta la desigualdad entre los “clientes-consumidores” y los abogados, en particular por la asimetría de la información con que cuenta cada una de esas partes en los contratos, según se advierte en la STJUE de 15 de enero de 2015, Šiba, C-537/13 (ECLI:EU:C:2015:14). Sin embargo, tal consideración no obsta para que un abogado pueda calificarse de “consumidor”, en el sentido del artículo 2, letra b), de dicha Directiva, cuando actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional. En efecto, un abogado que celebra, con una persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad profesional, un contrato que, por no estar referido, en particular, a la actividad de su bufete, no está vinculado al ejercicio de la abogacía, se encuentra, con respecto a dicha persona, en la situación de inferioridad que exige la Directiva. En tal caso, aunque se considere que un abogado dispone de un alto nivel de competencias técnicas, ello no permite presumir que, en relación con un profesional, no es una parte débil. En efecto, la situación de inferioridad del consumidor respecto del profesional, a la que pretende poner remedio el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13, afecta tanto al nivel de información del consumidor como a su poder de negociación ante condiciones contractuales redactadas de antemano por el profesional y en cuyo contenido no puede influir dicho consumidor.

En el contexto interno cabe citar por aproximación la STS, Sala 1ª, núm. 60/2016, de 12 de febrero de 2016 (Roj: STS 361/2016) ya que, si bien no contempla un caso de protección ante cláusulas abusivas, ni tan siquiera se refiere de forma expresa a la noción de consumidor, utiliza un criterio extrapolable en este ámbito al tratar del concepto de inversor profesional en el contexto de los deberes de información impuestos por la legislación del Mercado de Valores. Constata la sentencia que no cualquier capacitación profesional, relacionada con el Derecho y la Empresa, ni tampoco la actividad financiera ordinaria de una compañía, permiten presumir está capacidad de tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos. La capacitación y experiencia deben tener relación con la inversión en este

tipo de productos complejos u otros que permitan concluir que el cliente sabe a que tiene que atender para conocer cómo funciona el producto y conoce el riesgo que asume. En el caso controvertido, ser licenciado en Derecho y Económicas, y haber ejercido de abogado en un despacho que llevaba asuntos internacionales, no se estimó suficiente para presumir que el administrador podía conocer cuáles eran los riesgos del producto que contrataba.

Sección tercera.- Ánimo de lucro y condición de consumidor. Interpretación. STS, Sala 1ª, núm. 16/2017, de 16 de enero de 2017, (Roj: STS 17/2017).

En la STS, Sala 1ª, núm. 16/2017, de 16 de enero de 2017, (Roj: STS 17/2017) el Alto Tribunal reconoce la condición de consumidor a determinada persona que, actuando en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, suscribió, no obstante, un contrato de adquisición de ciertos derechos vacacionales con la facultad de revenderlos, esto es, con ánimo de lucro. La sentencia parte del expuesto concepto de consumidor o usuario como persona que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional fundamentando su decisión en que la jurisprudencia comunitaria ha considerado que la intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor, tal y como deduce de la STJUE de 10 abril de 2008, Hamilton, C-412/06 (DOUE 24.5.2008), que resolvió sobre los requisitos del derecho de desistimiento en un caso de contrato de crédito para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; y de la STJE de 25 de octubre 2005, Schulte, C-350/03, C-229/04, sobre un contrato de inversión. Añade, además, que la redacción del art. 3 TRLGDCU se refiere a la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarque la operación, no a la actividad empresarial específica del cliente o adquirente, según entiende se deduce de la STJUE de 3 de septiembre de 2015, Costea, C-110/14, (ECLI:EU:C:2015:538).

Estima, por otra parte, que la reforma del mencionado art. 3 TRLGDCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, aunque no sea directamente aplicable al caso por la fecha en que se celebró el contrato, constituye una pauta interpretativa favorable a la orientación que sustenta. En concreto porque al tratar del consumidor persona jurídica, añade que el ánimo de lucro es una circunstancia excluyente solo en ese supuesto. Es decir, introduce un requisito negativo únicamente respecto de las personas jurídicas, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro.

Si bien, advierte con razón, que esta conclusión solo puede sustentarse cuando el ánimo de lucro del consumidor persona física se refiera a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el art. 1.1º CCom. En el caso, sin embargo, no consta que la suscriptora del contrato realizara habitualmente este tipo de operaciones, por lo que la mera posibilidad de que pudiera lucrarse con el traspaso o reventa de sus derechos no excluye su condición de consumidora.

Sección cuarta.- Bienes de primera necesidad y consumidor. STS, Sala 1ª, 265/2015 de 22 de abril de 2015 (Roj: STS 1723/2015)

Esta cuestión queda zanjada de modo terminante por la STS, Sala 1ª, 265/2015 de 22 de abril de 2015 (Roj: STS 1723/2015). Con razón estima el Alto Tribunal que la alegación de que el demandado no puede ser considerado consumidor porque no consta que el dinero prestado se destinara a adquirir bienes de primera necesidad carece de consistencia. Advierte que, conforme al artículo 2 b) de la Directiva 1993/13/CEE, ha de entenderse por consumidor toda persona física que, en los contratos regulados por la Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional. Y que el vigente TRLGDCU considera consumidores a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión y a las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. Por tanto, que el dinero prestado no fuera destinado a bienes de primera necesidad es irrelevante para la conceptualización del prestatario como consumidor. Para que el contrato esté excluido del ámbito tuitivo de la normativa de protección de consumidores por razones subjetivas es necesario no solo que el adherente sea también profesional o empresario, sino que, siendo una persona física, conste que la celebración del contrato se realice en calidad de tal empresario o profesional, por destinar el objeto del contrato a su actividad comercial, empresarial o profesional, valga la redundancia.

Sección quinta.- La condición de consumidor en los contratos con doble finalidad. STJUE de 3 de septiembre de 2015, Costea, C-110/14, (ECLI:EU:C:2015:538) y STS, Sala 1ª, núm 224/2017, de 5 de abril de 2017 (Roj: STS 1385/2017).

Por contrato de doble finalidad se entiende aquel mediante el que el bien o servicio objeto del mismo se destina a fines mixtos, es decir, a satisfacer necesidades personales, pero también a actividades comerciales o profesionales. En el contexto de la Unión Europea la cuestión fue tratada por primera vez en la STJUE de 20 de enero de 2005, Gruber, C-464/01 (EU:C:2005:32), dictada en el contexto del Convenio de Bruselas, en un asunto relativo a la compra e instalación de unas tejas en una granja en la cual el Sr. Gruber tenía también su domicilio familiar. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia se inclinó por una interpretación restrictiva de la noción de consumidor puesto que optó por el criterio de la marginalidad o de la insignificancia. Conforme a él una persona no puede acogerse a las reglas específicas de competencia relativas a los consumidores contenidas en el Convenio de Bruselas “salvo que el uso profesional sea marginal hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate, siendo irrelevante a este respecto el hecho de que predomine el aspecto no profesional”.

La STJUE de 3 de septiembre de 2015, Costea, C-110/14, (ECLI:EU:C:2015:538) dictada en el marco de la Directiva 93/13 no acoge este criterio, pero tampoco esgrime otro distinto. Se limita a declarar que el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «consumidor» con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Al tiempo que indica que el juez nacional que conoce de un litigio relativo a un contrato que puede entrar dentro del ámbito de aplicación de la Directiva tiene la obligación, teniendo en cuenta el conjunto de las pruebas y, en particular, los términos de dicho

contrato, de comprobar si el prestatario puede tener la condición de «consumidor» en el sentido de dicha Directiva a cuyo efecto dispone que el juez nacional debe tener en cuenta todas las circunstancias del caso susceptibles de demostrar con qué finalidad se adquiere el bien o el servicio objeto del contrato considerado y, en particular, la naturaleza de dicho bien o de dicho servicio. Aclarando, no obstante, que entre esas circunstancias no se incluye el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogados, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete, que carece de pertinencia al respecto.

La ambigüedad del tribunal contrasta con la sólida opinión del Abogado General. Recurre este al considerando 17 de la Directiva 2011/83 al que atribuye la opción por un criterio basado en el objeto predominante cuando dispone que “en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor”. A diferencia del criterio utilizado por la STJUE Gruber, se observa que mientras que el encuadre de un contrato en el ámbito personal según el criterio de la marginalidad de dicha sentencia requiere que el uso profesional sea tan tenue que pueda considerarse insignificante, la Directiva 2011/83 opta por una solución más equilibrada, a través del criterio del objeto predominante en el contexto general del contrato.

En su opinión, que fue también la de la Comisión Europea, la aplicación de la jurisprudencia Gruber en el ámbito de la interpretación de la Directiva ha de ser acogida con cautela. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que interpreta la noción de consumidor en el ámbito tanto del artículo 13 del Convenio de Bruselas, como del artículo 15 del Reglamento no 44/2001, pone de manifiesto un enfoque restrictivo, sin duda teniendo en consideración que estas disposiciones suponen excepciones al criterio general de competencia basado en el domicilio del demandado y, por lo tanto, deben interpretarse estrictamente. Por ese motivo estima que la aplicación restrictiva de la noción de consumidor en los contratos de doble finalidad no parece ser automáticamente trasladable por analogía al ámbito de las normas específicas destinadas a la protección de los consumidores, tales como la Directiva.

Adicionalmente, anota que la diferencia de enfoque del considerando 17 de la Directiva 2011/83 respecto del adoptado en la sentencia Gruber no es casual. En efecto, durante las negociaciones de esta Directiva, el Parlamento Europeo planteó una enmienda que proponía expresamente la modificación de la definición de consumidor en el sentido de ampliarla a “*toda persona física que [...] actúe con un propósito principalmente ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión*”. Durante las negociaciones subsiguientes, el Parlamento Europeo accedió al mantenimiento de la definición de consumidor, eliminando el adverbio “principalmente”, con la condición de que en el considerando destinado a clarificar la definición de consumidor, basado originariamente en la sentencia Gruber, se sustituyese la palabra “marginal” por la palabra “preponderante”.

Por consiguiente, teniendo en cuenta tanto las diferentes funciones que la noción de consumidor desempeña en los distintos actos normativos, como la constatación que se desprende de los trabajos preparatorios, estima que el considerando 17 de la Directiva 2011/83 consagra el criterio del objeto predominante en el contexto general del contrato y que, al igual que el Gobierno rumano y la Comisión, hay que concluir en

que el recurso a la clarificación aportada por el considerando 17 de la Directiva 2011/83 para la interpretación de la noción de consumidor se impone asimismo en el ámbito de la Directiva, atendiendo a la finalidad compartida y al vínculo explícito entre ambos instrumentos, ya que, en definitiva, la Directiva 2011/83 constituye un acto de modificación de la Directiva 93/13/CEE. Además, el tenor literal de la noción de consumidor de estas dos normas es casi idéntico, la única diferencia consistiendo en que, mientras que la Directiva únicamente hace referencia a la “actividad profesional”, la Directiva 2011/83 hace referencia a la “actividad comercial, empresa, oficio o profesión”.

Por lo tanto, su informe concluye en que para dilucidar si una persona puede ser considerada consumidor a los efectos de la Directiva en aquellas circunstancias en las que existan indicios de que el contrato en causa persigue una doble finalidad, de tal forma que no resulte claramente que dicho contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el criterio del objeto predominante ofrece una herramienta para determinar, a través de un examen de la globalidad de las circunstancias que rodean al contrato en causa —más allá de un criterio puramente cuantitativo— y de la apreciación de los medios de prueba objetivos a disposición de la jurisdicción nacional, la medida en la que los propósitos profesionales o no profesionales predominan en relación con un contrato en particular, de manera que en el supuesto de que el juez nacional estime que no resulta claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, atendiendo a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de los medios de prueba objetivos a su disposición, cuya valoración corresponde a la jurisdicción nacional.

Esta orientación ha sido acogida en el contexto interno por la STS, Sala 1ª, núm 224/2017, de 5 de abril de 2017 (Roj: STS 1385/2017). Declara la sentencia que para determinar si una persona puede ser considerada consumidor a los efectos de la Directiva 93/13/CEE y del TRLGCU, en aquellas circunstancias en las que existan indicios de que un contrato persigue una doble finalidad, de tal forma que no resulte claramente que dicho contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el criterio del objeto predominante ofrece una herramienta para determinar, a través de un examen de la globalidad de las circunstancias que rodean al contrato -más allá de un criterio puramente cuantitativo- y de la apreciación de la prueba practicada, la medida en que los propósitos profesionales o no profesionales predominan en relación con un contrato en particular. De manera que, cuando no resulte acreditado claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, en atención a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de la prueba.

La sentencia, que reproduce el informe del Abogado General, fundamenta el fallo en que ni el art. 1 LGDCU, ni el actual art. 3 TRLGDCU contemplan específicamente este supuesto, por lo que, ante la disparidad de criterios que se vienen barajando en la doctrina y la denominada jurisprudencia, estima procedente utilizar el criterio interpretativo establecido el considerando 17 de la Directiva, que, según lo dicho, acoge el criterio del objeto preponderante. Aduce también que dicho considerando ha sido desarrollado por la STJUE de 20 de enero de 2005, Gruber, C-464/01 (EU:C:2005:32), lo que resulta cuestionable, al tiempo que cita la STJUE de 3 de

septiembre de 2015, Costea, C-110/14, (ECLI:EU:C:2015:538). En cualquier sobre tales bases legales y jurisprudenciales, excluye la condición de consumidor considerando probado que el destino profesional del préstamo no fue marginal o residual, sino que fue preponderante, ya que se utilizó primordialmente, entre otros fines, para reparar y acondicionar todo un edificio para dedicarlo a negocio de alquiler inmobiliario.

CAPÍTULO VI

Los contratos con condiciones generales de contratación con no consumidores

Sección primera. No aplicación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios a los profesionales y empresarios

El ámbito de aplicación de la LGDCU viene definido por su artículo 2. Dicho precepto circunscribe el ámbito de aplicación de la norma a las relaciones entre consumidores y usuarios.

Como se estudia con más detalle en otros apartados de este trabajo, a los efectos de la LGDCU, con carácter general, se considera consumidor o usuario a las personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, así como las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúan sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial (artículo 3 LGDCU).

Paralelamente, el artículo 4 LGDCU define, a los efectos de esta Ley, el concepto de empresario, considerando como tal a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

La LGDCU se aplica a los empresarios en sus relaciones con los consumidores. Esto es se les aplica en tanto que parte de una relación con un consumidor para imponerles determinadas obligaciones pero en sus relaciones con otros empresarios no se benefician de los derechos que se reconocen en la norma a los consumidores o usuarios.

En definitiva, cuando un empresario, persona física o jurídica, adquiere un bien o servicio con un propósito relacionado con su profesión u oficio o con su actividad comercial o empresarial no está protegido por los derechos que la LGDCU otorga exclusivamente a quien tiene la consideración legal de consumidor o usuario ni puede invocar en su favor las disposiciones contenidas en la referida Ley.

Existen supuestos limítrofes en los que resulta discutible si el demandante tiene o no la consideración de consumidor a los efectos de determinar el tipo de control que cabe efectuar de las condiciones generales de la contratación.

A estos efectos resulta relevante el auto del Tribunal de Justicia de fecha 19 de noviembre de 2015, C-74/15 (ECLI:EU:C:2015:772) que rechaza la consideración de consumidor de una persona física constituida en fiador del acreditado en un crédito concedido a una sociedad mercantil cuando aquélla actúa por razón de los vínculos funcionales que mantiene con la sociedad tales como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social.

Po su parte, la sentencia del Tribunal de Justicia de fecha 3 de septiembre de 2015, C-110/14 (ECLI:EU:C:2015:538), rechaza la consideración de empresario de una persona física que ejercía la abogacía y celebró con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precisara el destino del crédito, pudiendo considerarse consumidor cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Señala, además, que carece de relevancia al respecto el hecho de que el crédito nacido de tal contrato estuviera garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete.

Sección segunda. Régimen jurídico aplicable a los contratos con condiciones generales de contratación celebrados con no consumidores.

Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato resulta impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

Lo que caracteriza a las condiciones generales de la contratación es su contractualidad, la predisposición, la generalidad y su imposición, notas que con detalle se estudian en otros apartados de este trabajo.

Como es natural, las condiciones generales de la contratación pueden incorporarse a contratos celebrados tanto con consumidores como con no consumidores.

Que el adherente sea consumidor o empresario no modifica la naturaleza de una condición general de la contratación pero sí incide en el alcance del control judicial que puede efectuarse de esa condición general de la contratación.

Cuando el adherente tiene la consideración de empresario las condiciones generales de la contratación pueden ser sometidas al control de incorporación y de legalidad pero no al denominado segundo control de transparencia ni al control de abusividad.

1) Control de incorporación o de transparencia documental

El control de incorporación viene impuesto por el artículo 7 LCGC conforme al cual: *“No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:*

a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.

b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”.

Los requisitos de incorporación se perfilan en el artículo 5 LCGC y cabe distinguir entre requisitos de redacción y de conocimiento y aceptación.

1.1. Requisitos de redacción.

Las condiciones generales de la contratación deben redactarse con criterios de transparencia, claridad y sencillez (artículo 5.5 LCGC).

Como indica el artículo 7.b LCGC no cumplen con los referidos criterios las cláusulas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

No obstante lo anterior, el propio precepto permite la incorporación de cláusulas no comprensibles cuando hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato. .

Conviene precisar que cuando la redacción no genera dificultades de comprensión sino sólo dudas interpretativas la consecuencia no será la no incorporación sino la aplicación de la regla *contra proferentem* prevista el artículo 6 LCC según el cual: *“Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente. En los contratos con consumidores esta norma de interpretación sólo será aplicable cuando se ejerciten acciones individuales”.*

1.2. Requisitos de conocimiento y aceptación.

Respecto a estos requisitos debe distinguirse según el contrato deba o no celebrarse por escrito.

En todo caso, para que las condiciones generales de la contratación pasen a formar parte del contrato es necesario que el adherente acepte su incorporación al mismo.

Cuando el contrato deba celebrarse por escrito esa aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato exige que el predisponente haya informado expresamente al adherente acerca de la existencia de las condiciones generales y le haya facilitado un ejemplar de las mismas. Además, el contrato debe ser firmado por todos los contratantes y el mismo debe hacer referencia a las condiciones generales incorporadas (artículo 5.1 LCGC).

Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue al adherente un resguardo justificativo de la contraprestación recibida para que se entienda que el adherente acepta la incorporación de las condiciones generales al contrato es necesario que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración, o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración (artículo 5.3 LCGC).

2. Control legalidad

Conforme al artículo 8.1 LCGC: *“1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.*

Como ya hemos adelantado, se trata de un control de contenido que puede solicitarse también por los empresarios o profesionales aun cuando no tengan la condición de consumidores y que puede proyectarse sobre cualquier tipo de cláusulas, incluso las que definen el objeto principal del contrato.

En cierta medida resulta superfluo en tanto que es reiteración del artículo 6.3 del Código Civil según el cual: *“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...”*.

Dicho de otro modo aun cuando no existiera el artículo 8.1 LCGC las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la LCGC o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva serían nulas, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención, por aplicación del artículo 6.3 del Código Civil.

2) Exclusión del control de abusividad y del segundo control de transparencia

Cuando el adherente no tiene la consideración de consumidor no cabe realizar el control de abusividad (artículo 8.2 LCGC) ni el denominado segundo control de transparencia o transparencia cualificada que, conforme a la sentencia del Tribunal Supremo nº 241/2013, de 9 de mayo de 2013 (ROJ: STS 1916/2013), se configura como una modalidad del control de abusividad específicamente referido a las condiciones generales que definen el objeto principal del contrato en tanto que la falta de transparencia en este tipo de condiciones generales provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe.

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta la doctrina establecida por la sentencia del Tribunal Supremo nº 367/2016, de fecha 3 de junio de 2016 (ROJ: STS 2550/2016), que examinaremos en el siguiente apartado, junto con las posteriores dictadas en la misma senda.

Sección tercera. Referencia a las sentencias del Tribunal Supremo nº 367/2016, 30/2017, 41/2017 y 57/2017

El pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su relevante sentencia nº 367/2016, de 3 de junio de 2016, ya citada, reitera que las condiciones generales incluidas en los contratos con adherentes no consumidores no pueden ser sometidas al control de abusividad ni tampoco pueden someterse a lo que la jurisprudencia ha denominado segundo control de transparencia o control de transparencia cualificado.

La sala recuerda que el control de transparencia supone que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen inopinadamente una alteración del objeto del contrato o

del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Es decir, que provocan una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

También destaca que este control de transparencia, diferente del mero control de inclusión, está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Supremo, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y LCGC, añadiendo que el art. 4.2 de la Directiva conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

Y concluye que, precisamente, esta aproximación entre transparencia y abusividad es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor.

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

Rechazada categóricamente la posibilidad de que pueda extenderse el control de abusividad a cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario, la sentencia recuerda que la Exposición de Motivos LCGC indica claramente que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores, pero añade: *“Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios”*.

Sin embargo, lo expresado en la exposición de motivos carece de desarrollo normativo en el texto legal, lo que, suscita el problema de delimitar, desde el punto de vista de la legislación civil general, a la que se remite, los perfiles de dicho control del abuso contractual en el caso de los adherentes no consumidores.

Establecidas las conclusiones precedentes y vista la remisión que, en relación con los contratos entre profesionales, hace la exposición de motivos de la LCGC a las normas contractuales generales, y nuestra jurisprudencia al régimen general del contrato por

negociación, la sentencia considera que se ha de tener en cuenta que los artículos 1.258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio establecen que los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe.

Para ello, puede considerarse que la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, es defendible, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente. Así, el artículo 1.258 del Código Civil ha sido invocado para blindar, frente a pactos sorprendentes, lo que se conoce como el contenido natural del contrato (las consecuencias que, conforme a la buena fe, y según las circunstancias -publicidad, actos preparatorios, etc- se derivan de la naturaleza del contrato).

En definitiva, la sentencia del Tribunal Supremo mantiene que puede postularse la nulidad de determinadas cláusulas que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente.

Conclusión que, como indica la sentencia, es acorde con las previsiones de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, formulados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos («Comisión Lando»), que establecen el principio general de actuación de buena fe en la contratación (art. 1:201); prevén la nulidad de cláusulas abusivas sea cual fuere la condición (consumidor o no) del adherente, entendiendo por tales las que «causen, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato» (art. 4:110,1); y no permiten el control de contenido respecto de las cláusulas que «concreten el objeto principal del contrato, siempre que tal cláusula esté redactada de manera clara y comprensible», ni sobre la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte (art. 4:110,2). Consideración esta última sobre la adecuación de precio y prestación que resulta especialmente relevante en este caso, dado que en un contrato de préstamo mercantil el interés remuneratorio pactado constituye el precio de la operación.

Esta doctrina ha sido reiterada por la sentencia nº 41/2017, de 20 de enero de 2017 (ROJ: STS 124/2017)

Igualmente, las sentencia del Tribunal Supremo nº 30/2017, de 18 de enero de 2017 (ROJ: STS 123/2017) y nº 57/2017, de 30 de enero de 2017 (ROJ: STS 328/2017) reiteran la anterior doctrina pero añaden con relación a una cláusula suelo contenida en sendos contratos de préstamo con garantía hipotecaria celebrados con empresarios, que el carácter sorpresivo contrario a la buena fe vendría determinado por la contradicción entre la concertación de un interés variable y la limitación a dicha variabilidad proveniente de una condición general. Entronca este criterio con la regla de las «cláusulas sorprendentes» (desarrollada jurisprudencialmente en otros ámbitos, especialmente en relación con el contrato de seguro), conforme a la que son inválidas aquellas estipulaciones que, a tenor de las circunstancias y la naturaleza del contrato, son tan insólitas que el adherente no podía haberlas previsto razonablemente. Que, a su vez, conecta con la mención de la exposición de motivos LCGC al abuso de posición dominante, en el sentido de que el predisponente hace un mal uso de su capacidad de imposición de las condiciones generales para introducir cláusulas que

desnaturalizan el contenido del contrato.

Añaden las referidas sentencias que para que pueda estimarse que concurren tales circunstancias, habrá que tomar en consideración el nivel de información proporcionado, pues una correcta información excluiría el factor sorpresivo, y la diligencia empleada por el prestatario adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas del préstamo y los posibles efectos futuros de la condición general discutida sobre el coste del crédito. Diligencia exigible al empresario adherente que dependerá, en gran medida, de sus circunstancias subjetivas, como personalidad jurídico-mercantil, volumen de negocio, estructura societaria, experiencia, conocimientos financieros, asesoramiento, etc.

Por último, las sentencias recuerdan que como quiera que el adherente no es consumidor, operan las reglas generales de la carga de la prueba. Por lo que habrá de ser el prestatario que pretende la nulidad de una condición general desde el punto de vista de la buena fe, alegando la introducción de una estipulación sorprendente que desnaturaliza el contrato y frustra sus legítimas expectativas, quien acredite la inexistencia o insuficiencia de la información y quien, ya desde la demanda, indique cuáles son sus circunstancias personales que pueden haber influido en la negociación y en qué medida la cláusula le fue impuesta abusivamente.

CAPÍTULO VII

Régimen legal aplicable al caso de contratos celebrados con consumidores en los que las cláusulas están negociadas individualmente y aquellos en que están predispuestas e impuestas pero circunscritas a un solo contrato

Sección primera. Contratos en las que las cláusulas están negociadas individualmente

Como antes hemos apuntado entre las notas que caracterizan a las condiciones generales de la contratación se encuentra la de la imposición.

Esto es, las condiciones generales de la contratación son cláusulas cuya incorporación al contrato es impuesta por el predisponente sin que constituya el fruto de una fase negociadora entre los contratantes.

Del adherente solo se requiere un acto volitivo consistente en su aceptación o su rechazo, pero no en la posibilidad de modular o adaptar el contenido de las cláusulas a sus particulares intereses en el seno de una negociación.

Como expresamente indica la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

Conviene aclarar que para que exista imposición no es necesario que abarque todo el contenido contractual. Así el artículo 1.2 LCGC señala que: “2. *El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.*”.

Conforme a las normas generales sobre distribución de la carga de la prueba del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acreditado por el adherente el carácter predispuesto de las cláusulas, corresponde al predisponente acreditar que en su aceptación por el adherente no ha existido imposición. Es decir, que las cláusulas en cuestión, aunque predispuestas, han sido finalmente aceptadas como consecuencia de una negociación individual con el otro contratante.

En aquellos supuestos en que existe negociación individual, por definición no nos encontramos ante una condición general de la contratación y el contrato queda excluido de la aplicación de la LCGC.

Los contratos celebrados con consumidores en que sus cláusulas han sido negociadas individualmente quedan sometidos al régimen común en cuanto a su interpretación, validez y eficacia, integrado sustancialmente por el Código Civil y, en lo procedente, por la LGDCU.

Sección segunda. Contratos en el que las cláusulas están predispuestas e impuestas pero circunscritas a un solo contrato

También hemos apuntado con anterioridad que otras de las notas que caracterizan a las condiciones generales de la contratación es la de su predisposición y su generalidad.

La nota de la predisposición supone que la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos.

La nota de la generalidad exige que las cláusulas deban estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

Cuando se celebra un contrato en el que una de las partes ha prerredactado su contenido (predisposición) y lo impone a la otra parte sin posibilidad de negociación individual (imposición) pero sus cláusulas no están incorporadas a una pluralidad de contratos ni están destinadas a ello, tampoco nos encontramos ante condiciones generales de la contratación por lo que el contrato también queda sujeto al régimen

común en cuanto a su interpretación, validez y eficacia, integrado sustancialmente, como ya hemos apuntado, por el Código Civil y, en los precedente, por la LGDCU.

Es importante destacar, que la carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario y así lo indica expresamente la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

CAPÍTULO VIII

El control notarial de las cláusulas abusivas. El papel del notario en los préstamos bancarios con garantía real

Los notarios en el desempeño de su función deben ejercer un control previo de las condiciones generales de la contratación, colaborando así en la observancia de la legislación tuitiva de consumidores y usuarios y, en general, de los adherentes en la contratación por adhesión para proteger a la parte débil, que se contrapone a la contratación por negociación en la que se presume la igualdad de los contratantes.

El artículo 84 LGDCU contiene un mandato expreso dirigido a los notarios y registradores a los que ordena que, respectivamente, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autoricen ni inscriban 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.

Se trata en este caso de un papel secundario en tanto que exige que previamente la condición general de que se trate haya sido declarada nula por abusividad y, además, que la sentencia que así lo declare haya accedido al Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Fuera de este supuesto el protagonismo del notario en lo que se refiere al control preventivo de las condiciones generales de la contratación es limitado debiendo rechazar las cláusulas claramente prohibidas por estar incluidas en la denominada lista negra de cláusulas abusivas relacionadas en los artículos 85 a 91 LGDCU, sin perjuicio de las mayores facultades que se les atribuye con relación a los préstamos y créditos bancarios con garantía real.

En este ámbito, el de los préstamos y créditos con garantía real, tanto la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito (artículo 18) como, luego, la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, dictada en desarrollo del artículo 29.2 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, atribuyen al notario muy relevantes funciones de control del contenido contractual que, por su propia naturaleza incluye condiciones generales de

contratación, lo que también se extiende al control del cumplimiento de los deberes informativos de las entidades bancarias.

La Orden EHA 2899/2011, en lo que ahora interesa, se aplica a los servicios bancarios de crédito y préstamo hipotecario, en adelante préstamos, celebrados con un cliente, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, presumiéndose sujetos a la orden los préstamos concedidos con garantía hipotecaria sobre viviendas situadas en territorio español, otorgados a personas físicas residentes en España (artículo 19.1 y 2).

Incluso en aquellos supuestos en que las entidades de crédito concedan préstamos a constructores o promotores inmobiliarios, cuando el constructor o promotor prevea una posterior subrogación de los adquirentes de las viviendas en el préstamo, aquéllas deberán incluir entre los términos de su relación contractual, la obligación de los constructores o promotores de entregar a los clientes la información personalizada relativa al servicio ofrecido por las entidades en los términos previstos en esta orden (artículo 19.3).

En la Orden reseñada no solo se regula lo relativo a la oferta vinculante (artículo 23) y el derecho del cliente de examinar el proyecto de escritura pública de formalización del préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento, pudiendo renunciar expresamente al señalado plazo, ante el notario autorizante, siempre que el acto de otorgamiento de la escritura pública tenga lugar en la propia notaría (artículo 30.2), sino que atribuye al notario importante funciones de fiscalización.

En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en la referida Orden y en la legalidad vigente, lo que les atribuye amplísimas facultades de control.

Asimismo, conforme al artículo 30.3 de la Orden, los notarios informarán al cliente del valor y alcance de las obligaciones que asume y, en cualquier caso, deberá:

a) Comprobar si el cliente ha recibido adecuadamente y con la suficiente antelación la Ficha de Información Personalizada y, en su caso, si existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y el documento contractual finalmente suscrito, e informar al cliente tanto de la obligación de la entidad de poner a su disposición la Ficha de Información Personalizada, como de aceptar finalmente las condiciones ofrecidas al cliente en la oferta vinculante dentro del plazo de su vigencia.

b) En el caso de préstamos a tipo de interés variable, comprobar si el cliente ha recibido la información adicional exigida en caso de contratación de cualquier instrumento de cobertura del riesgo de tipos de interés y con relación a las cláusulas suelo y techo, además de las requerida cuando el tipo de interés es variable y advertirle expresamente cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

1.º Que el tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales a los que se refiere el artículo 27 de la Orden (Euribor, MIBOR, IRS, entre otros).

2.º Que el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores.

3.º Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo. En particular, el notario consignará en la escritura esa circunstancia, advirtiendo expresamente de ello al cliente e informándole, en todo caso, sobre:

- i) Los efectos de estos límites ante la variación del tipo de interés de referencia.
- ii) Las diferencias entre los límites al alza y a la baja y, de manera especial, si se ha establecido únicamente un límite máximo a la bajada del tipo de interés.
- c) Informar al cliente de cualquier aumento relevante que pudiera producirse en las cuotas como consecuencia de la aplicación de las cláusulas financieras pactadas. En particular deberá advertir de los efectos que la existencia, en su caso, de períodos de carencia tendría en el importe de las cuotas una vez finalizados tales períodos; así mismo, advertirá de la previsible evolución de las mismas cuando se hubieran pactado cuotas crecientes o cuando se hubiera previsto la posibilidad de interrumpir o posponer la amortización del préstamo.
- d) Informar al cliente de la eventual obligación de satisfacer a la entidad ciertas cantidades en concepto de compensación por desistimiento o por riesgo de tipo de interés.
- e) En el caso de que el préstamo no esté denominado en euros, advertir al cliente sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio.
- f) Comprobar que ninguna de las cláusulas no financieras del contrato implican para el cliente comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras.
- g) En el caso de hipoteca inversa deberá verificar la existencia del correspondiente asesoramiento independiente. En caso de que la formalización de la hipoteca inversa se realice en contra de la recomendación realizada por el asesoramiento independiente, se deberá advertir de este extremo al cliente.
- h) Informar al cliente de los costes exactos de su intervención.

Cuando el notario deniegue la autorización del préstamo deberá efectuarlo mediante escrito motivado, ordenado en hechos y fundamentos de derecho. Dicha decisión es recurrible ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en los plazos y forma previsto para el recurso de alzada.

Resulta muy relevante el cumplimiento de las previsiones contenidas en la Orden examinada a los efectos de tener por incorporadas las condiciones generales al contrato hasta el punto de que la muy citada sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 señaló que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecario (derogada por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, actualmente vigente), garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor.

Por otra parte, el Tribunal Supremo ha destacado el papel del notario en orden al cumplimiento del deber de transparencia cuando en su sentencia de 9 de marzo de 2017 (ROJ: STS 788/2017) señala que en la contratación de préstamos hipotecarios,

puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia.

FIN DE LA PRIMERA PARTE

PARTE SEGUNDA. ASPECTOS PROCESALES

CAPÍTULO I

Introducción

Como fácilmente se comprenderá, los aspectos procesales que justifican el examen que proponemos no son otros que los que contienen las particularidades derivadas del derecho de consumo y del régimen de las condiciones generales de la contratación, es decir, aquellos que por razón de la subjetiva posición en la relación jurídica litigiosa de una de las partes, tiene la consideración de consumidor o usuario o adherente y como tal, sometido a las particularidades del Ordenamiento Jurídico.

Cuando ello no es así, y de hecho ocurre sin alejarnos en buena medida del tema general que nos ocupa, no hay particularidades procesales y por tanto, ningún estudio peculiar merecería.

Queremos por tanto advertir que aquí solo se analizan las especialidades procesales de determinadas instituciones procesales vinculadas al derecho de consumo y condiciones generales de la contratación, de modo que cuando no haya una relación de esta naturaleza, quedarán exceptuadas a favor de las reglas generales del proceso.

Y es que en la evolución del Derecho de consumo, a la regulación material ha tenido que seguir, necesariamente, una ordenación procesal acorde a la tutela efectiva del consumidor.

Esta evolución se ha producido desde una doble perspectiva, a saber, desde una perspectiva estrictamente judicial, con la promoción y mejora de los cauces judiciales a búsqueda de una menor rigidez de los principios que rigen de ordinario los procesos judiciales a fin de flexibilizar el procedimiento a favor de quien también se presenta ante los Órganos Judiciales a la búsqueda de la efectividad de la parte tuitiva que específicamente tiene reconocida en sus relaciones sustantivas, esencialmente, por razón de la situación de desigualdad frente al empresario o profesional del sector de que se trate y, de otro lado, promoviendo una alternativa al sistema ordinario de resolución de los litigios que resulte más rápida, más eficaz, más barata y sobretodo, más cercana a la solución del conflicto, en el entendimiento de que no se plantean como métodos de resolución alternativos de naturaleza excluyente sino como complementarios en aras a la tutela pretendida.

Centrada ahora la introducción en los aspectos judiciales, queremos comenzar señalando que desde el año 1977 la evolución señalada ha sido claramente visible en Europa. Así, en el Informe presentado en el Parlamento Europeo por M. Brègère, se solicitaba la adopción de medidas para la protección de los consumidores y, entre ellas, el acceso a procedimientos judiciales simplificados, lo que desembocó en numerosos textos posteriores como el Segundo Programa para una política de protección e información a los consumidores y especialmente, en la Comunicación complementaria de la Comisión Europea sobre el acceso de los consumidores a la

justicia en los Estados miembros y en el Libro Verde sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el Mercado único y en el Plan de acción de la Comisión sobre la misma materia.

A ello se refiere la exposición de motivos de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, cuando afirma:

“En los últimos años la Comunidad Europea ha impulsado una ambiciosa política de protección de los intereses de los consumidores y usuarios. La construcción efectiva del mercado interior, así como su buen funcionamiento, requiere normas comunes de protección de los consumidores en un espacio europeo sin fronteras interiores, en el que las personas, las mercancías, los capitales y los servicios circulan libremente.

Por ello, se han aprobado numerosas Directivas referidas a dos ámbitos normativos que, siendo distintos en varios aspectos, tienen como elemento común su directa conexión con los derechos de los consumidores y usuarios: el ámbito de los contratos de adhesión, por una parte, y el de la actividad publicitaria, por otra. Así, y sin pretensión de ser exhaustivos, se han aprobado Directivas comunitarias referentes a la publicidad de los medicamentos, a la radiodifusión televisiva, a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, a los viajes combinados o al crédito al consumo, entre otras.

Sin embargo, la Comunidad ha considerado que los mecanismos actualmente existentes para garantizar el cumplimiento de estas Directivas no siempre permiten poner fin a su debido tiempo a las infracciones perjudiciales para los intereses colectivos de los consumidores.

Por otro lado, es bien cierto que la eficacia de las medidas nacionales de transposición de dichas Directivas puede verse mitigada cuando las prácticas ilícitas que se persiguen surten su efecto en un Estado miembro distinto de aquél en el que se han originado, con el perjuicio que esto implica para el buen funcionamiento del mercado interior. En conclusión, es necesario aproximar las disposiciones nacionales que permiten hacer cesar dichas prácticas ilícitas.”

Desde el punto de vista del proceso, son duda muchos los aspectos relevantes que se han tomado en consideración a la hora de formular una aproximación al tema, aunque aquí resaltaremos tres, a saber, el de la cuantía, el de los sujetos intervinientes en los procesos y, por último, el de la tipología de los conflictos.

El de la cuantía ha sido claramente un elemento significativo porque, como ha puesto de relieve la experiencia, es un factor que enfrenta al consumidor, que tiene una reclamación de escasa cuantía y debe acudir al proceso judicial, con el propio sistema que se le enfrenta como lento y caro, no compensatorio, lo que le lleva en no pocas ocasiones a desistir de la defensa de sus derechos.

De hecho en España el legislador ha optado por un concreto proceso alternativo, por el “juicio verbal”, bajo cuyo régimen, como tendremos oportunidad de examinar, se han de dilucidar, entre otras, las acciones de cesación.

En Europa este aspecto ha sido tenido tan en cuenta por el derecho derivado de la Unión Europea, derivando en la creación del conocido como “proceso europeo de escasa cuantía”, aplicable desde el día 1 de enero de 2009 en los Estados miembros de la Unión Europea y que ha sido regulado para establecer unas normas de procedimiento comunes “para la tramitación simplificada y acelerada de litigios

transfronterizos relativos a demandas de escasa cuantía en materia de consumo o de índole mercantil por el Reglamento C.E. nº 681/2007 del Parlamento europeo y del Consejo (11 de julio de 2007), recientemente reformado por el Reglamento U.E. nº 2015/2421, del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015, constituyendo a la postre una iniciativa que, junto con otras ya adoptadas, como la del *“proceso monitorio europeo”*, tienen como misión a contribuir a la igualdad en las oportunidades en la aplicación de la ley y de la seguridad jurídica en la Unión europea y en particular, conferir a los consumidores normas procesales que quieren simplificar y agilizar la tramitación de los procedimientos judiciales de consumo transfronterizos.

El segundo de los aspectos relevantes tomados en consideración en la evolución de la vía judicial como cauce para la resolución de conflictos de consumo ha sido el relativo a los sujetos intervinientes en los procesos judiciales.

Para ello se ha tomado en consideración que se trata de dar una regulación especial a conflictos surgidos con ocasión de un negocio jurídico contractual o económico donde aparecen dos modalidades de sujeto diferenciables por razón de la posición que ocupan en el mercado, a saber, el empresario, que tiene una posición de predominio y poder económico y, de otro el consumidor (y el adherente, sea o no consumidor), en contraste con aquella posición del empresario y/o predisponente, en clara situación de debilidad.

Esta diferente ubicación contractual se traduce en una efectiva desigualdad que se proyecta no solo en el propio negocio jurídico, donde la *“imposición contractual”* es regla, sino también en el conflicto que puede derivar del mismo, lo que exige que a la hora de valorar la tutela efectiva que deba tomarse en consideración esa desigualdad para evitar el desequilibrio en la tutela de los derechos de las partes.

Un buen ejemplo, fruto de la evolución del propio mercado, de la promoción de un sistema que valore y lamine las situaciones de desigualdad y desequilibrio entre las partes, ha sido el movimiento asociacionista de consumidores a modo de entidades de garantía del consumidor que se ha traducido normativamente en el reconocimiento explícito de tales entidades como sujetos del proceso, dando lugar a la distinción entre intereses individuales, colectivos y difusos, protegidos estos también, siendo colofón de esta evolución que el propio Estado constituyéndose como parte necesaria en algunos de estos procesos de consumo en garantía de la igualdad y equilibrio en la respuesta judicial a los conflictos que a la postre se presentan como sociales.

El tercero de los aspectos que entendemos resulta conveniente resaltar de entre los aspectos tomados en consideración a la hora de elaborar fórmulas de garantía al consumidor, es el de la tipología de los conflictos surgidos con ocasión de los negocios jurídicos de consumo.

Y es que las reclamaciones que clásicamente han formado parte de la mayor parte de litigios, no se ya limitan las pretensiones clásicas, derivadas de defectos en el producto o servicio, sino que la propia aparición de nuevos servicios, pero especialmente, de nuevos cauces de prestación derivados de cambios en la técnica, la tecnología y los medios de comunicación, ha derivado en un cambio de perspectiva de la pretensión que se formula, lo que incluye el cambio de perspectiva económica derivada, por ejemplo, de las reclamaciones por daños causados por productos defectuosos o de las conocidas como *“class action”*, surgidas de un solo hecho que es común al conjunto de consumidores del producto o servicio de que se trate y que deriva en la acumulación de todas las reclamaciones en un solo proceso –recuérdese algún caso reciente de la industria automovilística-, tutela a la postre de intereses colectivos que a

su vez ha evolucionado hacia la protección de los denominados “intereses difusos” de los que participan muchos consumidores que no pueden ser determinados, marco en el que por cierto, el conflicto transfronterizo tiene una evidente relevancia y respecto del cual, como vimos, ya se han adoptados concretas medidas.

De una u otra forma, todos estos aspectos han ido siendo progresivamente incorporados a nuestro Ordenamiento y, en particular, a nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, tal y como será objeto de examen en los diversos capítulos que componen este módulo donde los trataremos, sin perjuicio de lo cual queremos desde ya destacar las normas más relevantes particulares del sector que nos ocupa de entre las contenidas en nuestro texto procesal, teniendo en cuenta que la opción elegida por el legislador ha sido, no la de crear un procedimiento *ad hoc* para la protección del consumidor o del adherente a condiciones generales de la contratación, sino la de concretar las especialidades derivadas del derecho de consumo en cada una de las secciones destinadas a regular las distintas instituciones, atribuyéndole la correspondiente particularidad frente a las normas comunes.

Pues bien, la normas más relevantes que en la LEC contienen las especialidades de la tutela que nos ocupa son las siguientes:

- 1) El art. 6.1-7º LEC, relativo a la capacidad de los grupos de consumidores u usuarios por un hecho dañoso cuando los individuos que lo componen están determinados o son determinables, grupos que comparecerán en el proceso por medio de las personas que, de hecho o por acuerdo con la entidad, actúen en su nombre frente a tercero –art 7-7 LEC-
- 2) El art 6.1-8º LEC que confiere capacidad a las entidades habilitadas conforme a la normativa de la UE para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los difusos de los consumidores y usuarios, en procesos que se sigan ante tribunales españoles.
- 3) El art. 11 LEC, en materia de legitimación, que hace referencia a los legitimados para la defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, distinguiéndose entre intereses colectivos y difusos, norma que está afectada además de por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores, por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.
- 4) El artículo 256.1-6º LEC, regulador de una específica diligencia preliminar en relación con la capacidad e integración de los componentes necesarios para entender válidamente constituido el grupo de afectados, necesaria en muchas ocasiones para deducir demanda para la protección de intereses colectivos.
- 5) El artículo 13.1 LEC, relativo a la intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados, que contempla una norma especial en materia de litisconsorcio, sin perjuicio del posible llamamiento a otros perjudicados tal cual regula el artículo 15 LEC.
- 6) El artículo 15 LEC (afectado por las modificaciones operadas por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre y por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre) relativo a la publicidad e intervención en el proceso de consumidores y usuarios, norma donde se distingue entre los procesos sobre tutela de los intereses colectivos, los procesos iniciados por asociaciones de consumidores y usuarios o entidades o grupos de afectados y los procesos sobre hechos dañosos que perjudique a una pluralidad de

- personas indeterminadas o de difícil determinación, con exclusión en todos los casos de los procesos iniciados mediante el ejercicio de una acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los difusos de consumidores y usuarios.
- 7) Los artículos 54.1-14^o-16^o y 54.3 LEC, que contienen normas especiales en materia de competencia territorial.
 - 8) El artículo 54.2 LEC conforme al cual, no es válida la sumisión expresa en contratos de adhesión o que contengan condiciones generales de contratación impuesta por una de las partes o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios.
 - 9) Los artículos 76.2-1^o y 78.4 LEC, que señalan las especialidades en materia de acumulación de procesos.
 - 10) El artículo 221 LEC relativo a las sentencias dictadas en proceso promovidos por asociaciones de consumidores o usuarios.
 - 11) Los artículos 249.1-4^o y 250.1-12^o LEC, que fijan las reglas de determinación del procedimiento adecuado, ordinario o verbal, conjungando los criterios de cuantía y materia.
 - 12) El artículo 519 LEC, relativo a la acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficios, a cuyo respecto se establece que el tribunal competente para la ejecución, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en el que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena, valiendo el testimonio de este auto a los sujetos reconocidos para instar la ejecución que también puede promover el Ministerio Fiscal en beneficio de los consumidores y usuarios afectados.
 - 13) El artículo 711.2 LEC, que regula las multas coercitivas y que establece que en caso de Sentencia estimatoria de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios impondrá una multa que oscilará entre seiscientos y sesenta mil euros, por día de retraso en la ejecución de la resolución judicial en el plazo señalado en la sentencia, según la naturaleza e importancia del daño producido y la capacidad económica del condenado.
 - 14) El artículo 728.3 LEC, en materia de medidas cautelares, que contiene la previsión de que en los procesos en que se ejercite una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, el Tribunal podrá dispensar al solicitante de la medida cautelar del deber de prestar caución, atendidas las circunstancias del caso, así como la entidad económica y la repercusión social de los distintos intereses afectados.

CAPÍTULO II

La interpretación de la Disposición Adicional 4ª de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación

Dado que afecta al conjunto de disposiciones legales, queremos iniciar nuestro examen con una referencia a la Disposición Final 6ª, apartado 5, de la LEC, de reforma de la LCGC, y que viene a incorporar a esta Ley la Disposición Adicional 4ª, cuyo contenido literal reza del siguiente modo:

“Las referencias contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil a los consumidores y usuarios, deberán entenderse realizadas a todo adherente, sea o no consumidor o usuario, en los litigios en que se ejerciten acciones individuales o colectivas derivadas de la presente Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Asimismo, las referencias contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil a las asociaciones de consumidores y usuarios, deberán considerarse aplicables igualmente, en los litigios en que se ejerciten acciones colectivas contempladas en la presente Ley de Condiciones Generales de la Contratación, a las demás personas y entes legitimados activamente para su ejercicio.”

Dos contenidos resultan de esta norma, a saber, uno de identidad subjetiva, destinado como veremos a equiparar al adherente con el consumidor desde un punto de vista procesal, y otro de legitimación o de ampliación de los sujetos legitimados para el ejercicio de la acción de cesación.

En concreto, lo que viene a establecer el párrafo primero de la norma es que las especialidades procesales contenidas en la LEC se extienden a todo adherente -art 2 LCGC-, sea o no consumidor.

Recuérdese que conforme al art. 2.3 LCGC, el adherente puede ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad. Consecuentemente, pueden ser también adherentes no consumidores. Pero ahora, y conforme a la Disposición que examinamos, con independencia de ello, no es circunstancia que resulte relevante pues el adherente, por el hecho de serlo, goza de las especialidades propias de consumidores y usuarios contenidas en la LEC.

En el párrafo segundo lo que se contiene, tal y como antes avanzábamos, es la ampliación para el ejercicio de las acciones colectivas previstas en la LCGC, donde se otorga legitimación a sujetos que no son Asociaciones de Consumidores y Usuarios (como son las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores, las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación o los colegios profesionales), de modo tal que las disposiciones relativas a las asociaciones de consumidores contenidas en la LEC se aplicarán también a esos otros sujetos legitimados conforme a la LCGC.

Es cierto que algunos autores, como DIEZ-PICAZO GIMENEZ¹, han entendido que las especialidades previstas en la LEC para la tutela de consumidores y usuarios no son,

¹ [EN “COMENTARIOS A LA LEC”, CON DE LA OLIVA SANTOS, BANACLOCHE Y VEGAS, CIVITAS, 2000, PÁGS.. 1416 Y SS.](#)

en su integridad, aplicables a los procesos en los que se ejerciten las acciones contempladas en la LCG.

Y lo cierto es que no hay justificación para aplicar las normas de la LEC a las acciones individuales, que instauran un control concreto, en materia de condiciones generales, por razón de que las especialidades lo que contemplan son los casos de tutela colectiva.

También entiende este mismo autor que tampoco todas las especialidades contenidas en la LEC resultan de aplicación a las acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa.

Señala al respecto, con invocación de la normativa específica de la LCGC lo siguiente:

- 1) Los grupos de afectados, con capacidad procesal y para ser parte en la LEC, no la tienen para el ejercicio de acciones colectivas donde la legitimación es exclusiva de los entes a que alude el art. 16 LCGC, de donde cabe deducir que no serán de aplicación las disposiciones relativas a éstos contenidas en los arts. 6, 256.1-6º y 11 LEC.
- 2) La legitimación en materia de acciones colectivas en la LCGC cuenta con una disposición específica, que supone un régimen especial con respecto al del art. 11 LEC.
- 3) Sí resulta de aplicación el régimen de publicidad del art. 15 LEC. Todo adherente, sea o no consumidor, ha de tener la facultad de intervención procesal regulada en el art. 15 en los procesos en los que se ejerciten acciones colectivas ex art. 12 LCGC.
- 4) La norma citada cobra pleno sentido cuando se trata de aplicar las especialidades de la LEC a las acciones previstas en el art. 12 LCGC cuando, tal como éste autoriza, se ejercitan acciones individuales acumuladas (de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia, y la acción de indemnización de daños y perjuicios). En tales procesos, las especialidades de los artículos 78.4 LEC y, señaladamente, los efectos de la sentencia del art. 221 LEC y su correlato en materia de ejecución, el art. 519 LEC, serán plenamente aplicables.

CAPÍTULO III

Normas procesales generales en procesos para la defensa de consumidores y usuarios

Sección primera. Capacidad para ser parte y capacidad procesal de consumidores personas físicas y de entidades, grupos y asociaciones de consumidores y usuarios

1. Capacidad para ser parte

En los procesos de consumo una de las partes es consumidor, ya sea un consumidor individual, un grupo o una asociación o entidad. La otra parte en el proceso será necesariamente el empresario o profesional que presta el servicio o da el bien.

Pues bien, respecto de la capacidad para ser parte de cada uno de los intervinientes en este tipo de procesos conviene señalar desde ya que cuando de consumidor individual, empresario o profesional se trata, no hay especialidades, como tampoco en el tratamiento procesal de la cuestión. Consecuentemente habrá de estarse a las reglas generales contenidas en el art. 6 LEC.

Sí hay sin embargo particularidades cuando de un sujeto colectivo se trata.

A ellas se refiere el art. 6.1-7º LEC que atribuye capacidad para ser parte a los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables, exigiendo expresamente para demandar en juicio que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados.

La reforma 39/2002 (*ut supra*) añadió un apartado 8º del precepto citado para incluir a las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

Pues bien, dos cuestiones se plantean a la luz del tenor literal de la norma contenida en el art. 6.1-7º LEC.

En primer lugar la relativa a las acciones que pueden ejercitar estos grupos de consumidores. De la dicción del art. 6.1-7º LEC, que se refiere a sujetos determinados o determinables, resulta evidente que se limita a las acciones para defender intereses colectivos -art 11.2 LEC- y no, sin embargo, para la defensa de intereses generales de los consumidores y usuarios ni para para la defensa de los intereses difusos, cuya legitimación no se les reconoce -art 11.1 y 11.3 LEC- en tanto está atribuida en el citado artículo 11 LEC a las asociaciones de consumidores y usuarios en los términos legalmente previstos en la normativa específica para la defensa de intereses generales (art 22 y ss LGDCU) en el entendimiento que dicha legitimación implica capacidad para ser parte procesal dado que las asociaciones de consumidores y usuarios tienen personalidad jurídica y por ello la tienen al amparo del art 6.1-3º LEC.

En segundo lugar, se plantea la cuestión de la determinación del requisito de que los individuos que compongan el grupo estén determinados o sean fácilmente determinables. Al respecto debe recordarse que el art. 256.1-6º LEC contempla una diligencia preliminar específica ("*6.º Por petición de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables.*") para que la parte interesada pueda obtener de forma previa a la demanda, los datos necesarios para poder configurar el grupo y dar cumplimiento a la exigencia del art. 6.1-7º LEC.

Ahora bien, si no se hubiera solicitado la citada diligencia, la mera afirmación de que el grupo está constituido por la mayoría de los afectados, en tanto afecta a la capacidad para ser parte, ha de ser apreciada de oficio -art 9 LEC-, por lo que cabe inadmitir la demanda por tal omisión acreditativa de la información de que se trata, entendiendo que se trata de un requisito subsanable -art 231 LEC- en el plazo razonable que se fije, de modo tal que si transcurrido el mismo no se consigue la acreditación solicitada, debería inadmitirse la demanda a trámite.

En cuanto a las entidades habilitadas por el derecho de la Unión para el ejercicio de las acciones de cesación y la protección de intereses difusos de los consumidores a que hace referencia el art. 6.1-8º LEC, confiere esta norma a las entidades de otros Estados miembros de la Unión, de conformidad con la Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1988, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, capacidad para ser parte, para actuar en los procesos que se siguen ante los Tribunales españoles y traigan causa en el ejercicio de una acción de cesación, capacidad que se confiere a todas las entidades públicas o asociaciones de consumidores de cualquier Estado miembro que se encuentren habilitadas para el ejercicio de este tipo de acciones, habilitación que se obtiene por su inclusión en la lista publicada a tal fin en el Diario Oficial de la UE, lo que a la postre supone que la capacidad para ser parte en un tribunal español de este tipo de entidades está determinada por dicha lista, siendo prueba suficiente a tal fin la aportación de la citada lista con ocasión de la personación en el proceso.

2. Capacidad procesal

En lo que hace a la capacidad procesal, el artículo 7 LEC establece las condiciones en las que deben comparecer en juicio cada uno de los sujetos a que se refiere el art. 6 LEC, estableciendo de este modo la relación existente entre ambas normas.

Los problemas sobre capacidad procesal que se plantean en relación a la persona física se resuelven en los apartados 2 y 3 del art. 7 que, en realidad, contienen una remisión al CC, lo que se debe entender complementado con lo establecido en el art. 8 LEC que resuelve lo relativo a integración de la capacidad procesal.

En cuanto a las personas jurídicas y entes que no cumplen los requisitos legales para ser tales, el artículo 7 LEC establece quiénes pueden comparecer en juicio por ellos.

Así, respecto de las personas jurídicas, sus representantes legales; por las masas patrimoniales y patrimonios separados, los que los administran; por las entidades sin personalidad, las personas a las que la ley, en cada caso, atribuya la representación en juicio; y en particular, por lo que hace a los grupos de consumidores afectados por

un hecho dañoso cuando los que los compongan estén determinados o sean fácilmente determinables, las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros.

Sección segunda. Legitimación

Dispone el artículo 11 LEC, en su versión vigente, lo siguiente:

"1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.

2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados.

3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas.

4. Las entidades habilitadas a las que se refiere el artículo 6.1.8 estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

Los Jueces y Tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción.

5. El Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios."

Sobre el concepto y tratamiento procesal de la legitimación ha dicho la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, num. 241, de 9 de mayo de 2013 (ROJ: STS 1916/2013), en un párrafo que intitula *"la legitimación como presupuesto del proceso"*, que

"56. La legitimación activa ad causam[para el proceso] consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte, se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que se trata de ejercitar"-STS 634/2010, de 14 de octubre (RC 1643/2006)-. Como afirma la STS 613/2008, de 2 de julio (RC 1354/2002) "es un presupuesto preliminar del proceso susceptible de examen previo al de la cuestión de fondo, aunque tiene que ver con ésta. Debe apreciarse de oficio y se produce cuando el actor no aparece como titular del derecho que intenta hacer valer en el proceso (pues la legitimación exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada y el objeto jurídico pretendido) o no está facultado por sí solo para el ejercicio de la acción".

Identificado el concepto y tratamiento procesal de la legitimación, centraremos nuestro examen en las particularidades, tal y como avanzábamos en la introducción de esta parte, en materia de consumo y condiciones generales de la contratación y que básicamente se asientan, por lo que a la legitimación hace, en el hecho de que se reconozca a las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas con legitimación propia para la defensa de sus intereses propios y de los intereses de sus asociados, así como legitimación para defender en juicio intereses generales de consumidores y usuarios, aspecto reforzado por la reforma llevada a cabo por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que ha incidido especialmente en lo relativo a la legitimación (y acumulación de acciones) en el ámbito de las acciones colectivas destinada a solventar las contradicciones que habían entre la normativa de consumo y la procesal sobre las entidades que debían considerarse legitimadas para entablar una acción de cesación, incluyendo también al Ministerio Fiscal como sujeto legitimado para interponer cualquier acción en defensa de intereses difusos y colectivos de consumidores y usuarios, tal y como se dice en apartado III del Preámbulo de la Ley 3/2014 citada.

En efecto, al lado de la legitimación individual, se reconoce en la norma la legitimación de las asociaciones de usuarios y consumidores legalmente constituidas para la defensa, primero, de los propios derechos o intereses de la asociación, en cuanto sujeto que interviene en el tráfico jurídico, pero también, y en segundo lugar, se les reconoce una modalidad de legitimación, de ordinario denominada extraordinaria, basada en el concepto de representación, para la defensa de los intereses de sus asociados, forma de legitimación conforme a la cual el derecho que se actúa en el proceso es el del consumidor afectado, miembro de la Asociación, por lo que resulta necesario acreditar la identidad de los asociados por cuya cuenta se actúa, así como su pertenencia a la entidad, si bien no es necesario acreditar la expresa autorización del asociado, pues la legitimación viene atribuida por la ley.

En tercer y último lugar, regula el precepto la conocida como legitimación extraordinaria por sustitución, para la defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios, pero intereses ajenos, en cualquier caso -art 11.3º-, incluyendo en tal ámbito -art 11.4º- y a las entidades de otros Estados miembros..

A ella se refiere la STS de 9 de mayo de 2013 (*ut supra*) cuando señala que

“59. No obstante, este régimen, razonablemente suficiente para la tutela de derechos e intereses subjetivos individuales, en la práctica se reveló insuficiente para la efectiva tutela de ciertos intereses dignos de protección, en los que las circunstancias de hecho concurrentes en la práctica disuadían a los afectados de acudir a los tribunales. Por esta razón en el segundo párrafo del artículo 10 LEC, como excepción a la regla general, dispone que “[s]e exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular”. Lo que da lugar a los supuestos de legitimación extraordinaria, en los que es posible promover un proceso por quien no afirma ser titular de la relación jurídica controvertida.

60. Como afirma la expresada sentencia 634/2010, de 14 de octubre, RC 1643/2006, se trata de situaciones en las que “se habilita a determinados sujetos para formular una pretensión de manera que el órgano judicial decida sobre el fondo de una cuestión que haga posible la actuación del derecho objetivo que originariamente no corresponde a quien promueve el proceso. Estas excepciones, en cuyo origen subyacen causas de

muy distinta índole, exigen la cobertura expresa de una norma de atribución de la facultad de promover el proceso".

En esta modalidad, y según que los consumidores y usuarios estén o no determinados, se distingue entre legitimación extraordinaria por sustitución en representación de intereses colectivos y la legitimación extraordinaria por sustitución en defensa de intereses difusos.

El artículo 11 LEC, apartados 2 y 3 se refiere en efecto a esas otras formas de legitimación, diferenciando entre el caso del grupo de perjudicados, determinados o fácilmente determinables, por un hecho dañoso, cuya legitimación se atribuye no solo las asociaciones de consumidores sino también a las entidades legalmente constituidas para la protección de ese interés así como los propios grupos de afectados. Y, en segundo lugar, cuando los perjudicados por el hecho dañoso son una pluralidad de perjudicados indeterminados, titulares de un interés difuso, la legitimación de estos intereses corresponde en exclusiva a las asociaciones de consumidores que, conforme a la Ley, sean representativas.

Y recuérdese que la Disposición Final 6ª, apartado 5, de la LEC, por la que se reforma la LCGC, añade a esta Ley la Disposición Adicional cuarta, y que hemos analizado en el Capítulo II de esta Parte, por la que se amplía la legitimación a los "adherentes", sean o no consumidores, cuando se trate de un litigio en materia de condiciones generales de la contratación, tanto para las acciones individuales como colectivas.

Además la LEC contiene la previsión de constitución de un litisconsorcio activo y pasivo -art 12 LEC-, estableciéndose en el artículo 13.1 LEC una norma especial en este tipo de procesos, en materia de intervención, a parte de los casos prevenidos por llamamiento en el art. 15 LEC.

En conclusión, se reconoce en el art. 11 LEC legitimación individual -que en tanto ordinaria, no presenta especialidad alguna- a los consumidores y usuarios perjudicados para entablar acción declarativa. Se trata de la legitimación a que hace referencia el art. 10 LEC y la LGDUC. Tan solo conviene recordar que conforme al art. 13.1 LEC el perjudicado siempre estará legitimado, por el mismo título que le legitima desde un punto de vista individual, para intervenir a *posteriori* en los procesos iniciados por las entidades legalmente reconocidas.

También actúan por legitimación individual ordinaria las asociaciones que defiendan sus propios intereses.

Y para los casos de acciones deducidas para la defensa de intereses colectivos -es decir, en defensa de un grupo de consumidores determinado o determinable-, la legitimación por sustitución se atribuye:

- 1) a las asociaciones de consumidores y usuarios, no exigiéndose más requisitos que su legal constitución
- 2) a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa y protección de los consumidores y usuarios. Se trata de entidades diferentes a las contempladas en el art. 23.1 del LGDUC, que puedan tener entre sus fines la defensa de intereses de consumidores y usuarios donde cabe incluir a las entidades mencionadas en el art. 16 LCGC, legitimadas para el ejercicio de las acciones colectivas y en particular, las asociaciones de empresarios, profesionales y agricultores, Cámaras de Comercio, Industria y Navegación y Colegios profesionales.

3) a los propios grupos de afectados.

Por el contrario, para el supuesto de ejercicio de acciones en defensa de una pluralidad de consumidores y usuarios indeterminados o de difícil determinación, la legitimación para la defensa de estos "intereses difusos" corresponde, en exclusiva, a las asociaciones de consumidores que, conforme a la ley, sean representativas.

Lo explica con todo detalle la STS de 9 de mayo de 2009 (*ut supra*), que por su interés, y no obstante su extensión, creemos conveniente reproducir:

"6.5. La legitimación para el ejercicio de la acción de cesación en el TRLCU.

66. El primer apartado del artículo 24.1 TRLCU dispone que "[l]as asociaciones de consumidores y usuarios constituidas conforme a lo previsto en este título y en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, son las únicas legitimadas para actuar en nombre y representación de los intereses generales de los consumidores y usuarios". Esta regla ha de interpretarse, sistemáticamente, en relación con el artículo 23.1 TRLCU, a cuyo tenor "[s]on asociaciones de consumidores y usuarios las organizaciones sin ánimo lucro que, constituidas conforme a lo previsto en la legislación sobre asociaciones y reuniendo los requisitos específicos exigidos en esta norma y sus normas de desarrollo [...]", y con el primer apartado del artículo 33.1 TRLCU, según el cual "[l]as asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito estatal y todas aquellas que no desarrollen principalmente sus funciones en el ámbito de una Comunidad Autónoma, deberán figurar inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios que se gestiona en el Instituto Nacional del Consumo".

67. Así lo evidencia desde la perspectiva positiva el tenor de los artículos 37 TRLCU, a cuyo tenor "[l]as asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito supraautonómico, legalmente constituidas e inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios tendrán derecho, en los términos que legal o reglamentariamente se determinen, a: [...] c) Representar, como asociación de consumidores y usuarios, a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios", y 54.1 LCU "[f]rente a las conductas contrarias a lo dispuesto en la presente Norma en materia de cláusulas abusivas [...] estarán legitimados para ejercitar la acción de cesación: [...] b) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en esta Norma o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios".

68. Desde la perspectiva negativa lo ratifica el artículo 24,1 apartado segundo TRLCU, según el cual "[l]as asociaciones o cooperativas que no reúnan los requisitos exigidos en este título o en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, sólo podrán representar los intereses de sus asociados o de la asociación, pero no los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores".

69. La constitucionalidad de esta exigencia ha sido declarada por la STC 15/1989, de 26 de enero -reiterada por la STC 133/1992, de 2 de octubre-, según la cual "[l]a exigencia de la necesaria inscripción de las asociaciones de consumidores y usuarios en un libro-registro llevado en el Ministerio de Sanidad y Consumo no puede estimarse inconstitucional, dado que esa exigencia o carga se vincula directamente a la posibilidad de acceder a los beneficios que prevea la propia Ley y las disposiciones reglamentarias y concordantes", y ha sido expresamente admitida por la sentencia de esta Sala 473/2010, de 15 de julio (RC 1993/2006).

70. De forma paralela el artículo 11.1 LEC dispone que "[s]in perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios". Apunta la STS 861/2010, de 29 de diciembre, RC 2114/2005, que la legitimación para el ejercicio de acciones en los supuestos previstos en los artículos 11.2 y 11.3 LEC es más restrictiva, ya que el artículo 24 LCU dispone que "[a] efectos de lo previsto en el artículo 11.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tendrán la consideración legal de asociaciones de consumidores y usuarios representativas las que formen parte del Consejo de Consumidores y Usuarios, salvo que el ámbito territorial del conflicto afecte fundamentalmente a una comunidad autónoma, en cuyo caso se estará a su legislación específica"; y el 54.3 LCU que "[l]a legitimación para el ejercicio de la acción de cesación frente al resto de conductas de empresarios contrarias a la presente Norma que lesionen intereses colectivos o intereses difusos de los consumidores y usuarios, se regirá por lo dispuesto en el artículo 11, apartados 2 y 3, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil".

71. En consecuencia, el ejercicio de la acción de cesación contra la utilización de condiciones generales de la contratación abusivas en los contratos celebrados con consumidores, no queda abierta a cualquier asociación que esté legalmente constituida, aunque en sus estatutos conste como finalidad la tutela de los intereses de consumidores y usuarios. Es preciso que la asociación, cuando es de ámbito supraautonómico -en el caso de autos no se cuestiona que la demandante tiene tal carácter-, esté inscrita en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios."

Finalmente queremos resaltar que el precepto, para la acción de cesación, atribuye también la legitimación al Ministerio Fiscal.

Se trata de una atribución coherente con lo dispuesto en leyes sectoriales como la repetida LCGC, que atribuyen al Ministerio Fiscal legitimación activa para ejercer otras acciones colectivas distintas a la de cesación (la LCGC lo hace en su art. 16.6 en relación con el art. 12), como son la de devolución de cantidades cobradas en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia, la de indemnización de daños y perjuicios que haya causado la aplicación de dichas condiciones, la de retractación y la declarativa, y desde luego coherente también con la función atribuida al Ministerio Fiscal en el proceso penal de ejercitar la acción civil *ex delicto* conforme al art. 108 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sección tercera. Publicidad e intervención en los procesos promovidos para la protección de derechos e intereses de consumidores y usuarios

El texto vigente del artículo 15 LEC, con el título "*Publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios*", es el que sigue:

1. *En los procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, o por los grupos de afectados, se llamará al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio*

origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual. Este llamamiento se hará por el Secretario judicial publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses.

El Ministerio Fiscal será parte en estos procesos cuando el interés social lo justifique. El tribunal que conozca de alguno de estos procesos comunicará su iniciación al Ministerio Fiscal para que valore la posibilidad de su personación.

2. Cuando se trate de un proceso en el que estén determinados o sean fácilmente determinables los perjudicados por el hecho dañoso, el demandante o demandantes deberán haber comunicado previamente su propósito de presentación de la demanda a todos los interesados. En este caso, tras el llamamiento, el consumidor o usuario podrá intervenir en el proceso en cualquier momento, pero sólo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precluido.

3. Cuando se trate de un proceso en el que el hecho dañoso perjudique a una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación, el llamamiento suspenderá el curso del proceso por un plazo que no excederá de dos meses y que el Secretario judicial determinará en cada caso atendiendo a las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localización de los perjudicados. El proceso se reanuda con la intervención de todos aquellos consumidores que hayan acudido al llamamiento, no admitiéndose la personación individual de consumidores o usuarios en un momento posterior, sin perjuicio de que éstos puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 519 de esta ley.

4. Quedan exceptuados de lo dispuesto en los apartados anteriores los procesos iniciados mediante el ejercicio de una acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

Este precepto es el resultado de tres actualizaciones de la LEC, a saber, la habida por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre y por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, y regula la obligación de efectuar una comunicación previa a la presentación de la demanda cuando se trata de procesos que han de versar sobre intereses colectivos promovidos por las entidades legitimadas en el art. 11 LEC y, tanto para estos casos como para los supuestos de procesos iniciados para la protección de intereses difusos de consumidores y usuarios, impone el deber de comunicación de la admisión de la demanda con la sola excepción de los procesos donde se ejercite una acción de cesación.

Consecuentemente, el régimen contenido en el art. 15 LEC no es aplicable a los procesos iniciados a título individual por consumidores o usuarios concretos, sin perjuicio de que en cualquiera de estos procesos pueda una asociación intervenir en él al amparo del régimen general de intervención de terceros previsto en el art. 13, si bien, conviene reiterar, el consumidor afectado no tendrá la obligación de comunicar la existencia del proceso a ninguna entidad o grupo.

Examinaremos tanto lo relativo a la comunicación, distinguiendo la comunicación previa a la presentación de la demanda de la publicidad de la admisión de la demanda para dedicar en exclusiva un tercer apartado a todo lo relativo a la intervención procesal.

1. Comunicación previa de la presentación de la demanda en los procesos para la defensa de perjudicados que estén determinados o sean fácilmente determinables –colectivos-.

En los procesos incoados para la tutela de los llamados intereses colectivos de los consumidores y usuarios, "*el demandante o demandantes deberán haber comunicado previamente la presentación de la demanda a todos los interesados*".

Parece que el precepto contiene la obligación de información de la intención de presentar la demanda con el fin de permitir adhesiones, evitando al consumidor la pérdida de facultades procesales para el consumidor o usuario a consecuencia de la regla de la preclusión establecida en el inciso final del artículo 15.2 LEC, obligación que subsiste aún en el caso de que se hubiera solicitado la diligencia preliminar del art. 256.1-6º LEC.

En cuanto a la forma de la comunicación previa, dado que es requisito para la formulación de la demanda, ha realizarse de cualquier modo que permita dejar constancia documental a los efectos de su acreditación

En cuanto a las consecuencias del incumplimiento del requisito de la comunicación previa, dado que tiene carácter imperativo, cabe entender que se trata de un requisito de admisibilidad de la demanda, de tal modo que, de no acreditarse su cumplimiento en el momento de interponer la demanda ésta no debería admitirse a trámite conforme al tenor del artículo 403 LEC, sin perjuicio de que el incumplimiento de este requisito de comunicación previa sea un defecto subsanable y por consiguiente pueda conferirse plazo para subsanación -art 231 LEC-.

2. La publicidad de la admisión de la demanda en los procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, o por los grupos de afectados, sean colectivos o difusos.

Conforme al número primero del artículo 15 de la LEC, cuando se trate de procesos promovidos para la defensa de derechos o intereses, sean colectivos o difusos, se ha de comunicar el proceso a los consumidores o usuarios que resultaren afectados por el producto o servicio que ha originado la pretensión de reparación de daños con la que se ha abierto el proceso, con la finalidad de que puedan defender sus derechos e intereses individuales.

Con ello quiere la norma que se ponga en conocimiento de los posibles consumidores perjudicados, la pendencia de un proceso en el que pueden tener interés, para que, en su caso, puedan personarse e intervenir en él, tanto más teniendo en cuenta que la Sentencia que se dicte les vinculará conforme la previsión contenida en el artículo 222.3 LEC.

Este llamamiento se extiende al Ministerio Fiscal siempre que se de una condición claramente indeterminada, a saber, "*cuando el interés social lo justifique*".

No se aporta en el precepto información alguna de donde deducir cuando concurre este interés, por lo que el Tribunal, atendida la relevancia cuantitativa o cualitativa de la infracción, de *motu proprio* a instancia de las partes, puede acordar que se efectúe

este llamamiento, teniendo en cuenta que en todo caso no es vinculante para el Ministerio Público a quien el precepto le delega la valoración de "*la posibilidad de su personación*".

Recuérdese que conforme al art. 54 LGPCU y al artículo 16 LCGC, el Ministerio Público tiene legitimación activa para el ejercicio de las acciones de cesación, retractación y declarativa.

En cuanto al medio y contenido del llamamiento a que hace referencia la ley, obsérvese que se concreta en la obligación de publicar la admisión de la demanda "*en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses*".

La iniciativa de la publicidad corresponde al órgano jurisdiccional que conoce del proceso, que debe ordenarlo de oficio sin necesidad de instancia de parte aunque sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda pedirlo al Tribunal si éste no efectúa el llamamiento por sí mismo.

La publicidad debe efectuarse inmediatamente después de la admisión de la demanda, debiéndose ordenar la publicación del llamamiento en el misma resolución de admisión.

En cuanto a qué medios de comunicación se refiere la norma donde debe darse publicidad de la admisión de la demanda, es cierto que la artículo 15-1 LEC se limita a decir que, sea el que sea, debe asegurar su difusión en el ámbito territorial en el que se ha manifestado la lesión de los derechos e intereses perjudicados.

Pero cabe entender que cuando la norma emplea el término "*medios de comunicación*" lo hace para referirse a medios de comunicación distintos a los boletines oficiales donde se publican los edictos y anuncios judiciales, incluyendo tanto los públicos como privados en cualquiera de sus formas actuales, también a través de internet o incluso *whatsapp*, con tal de que garanticen el posible conocimiento efectivo del llamamiento y sean acordes a las circunstancias del caso que también determinará si es preciso la publicación en uno o en varios medios de comunicación así como el ámbito territorial en que se haya manifestado la lesión de los derechos o intereses de los consumidores y usuarios teniendo en cuenta que si no se hubieran encontrado datos que lleven a pensar en su repercusión fuera de una provincia o una comunidad autónoma, bastará la publicación dentro de ellas. Pero si por el contrario se alcanzara el convencimiento de que se han visto afectados en el territorio de dos o más comunidades autónomas, la publicación deberá ser de ámbito nacional.

En lo que hace al contenido de la publicidad, se debe publicar la admisión de la demanda con sus datos esenciales para la completa identificación tanto del órgano judicial como de las partes y del litigio.

Finalment y en cuanto a quien ha de asumir los gastos por la inserción de los anuncios de la admisión de la demanda en medios de comunicación social, cabe entender deben ser abonados por la asociación o entidad demandante sin perjuicio de que se entiendan incluidos dentro de las costas procesales, al amparo del artículo 241.1.2.º de la LEC que alude a los desembolsos para la "*inserción de anuncios o edictos que deforma obligada deban publicarse en el curso del proceso*" y por tanto, puedan repercutirse, caso de condena en costas, a la contraparte.

3. Intervención procesal de los posibles perjudicados.

Hecha la comunicación previa a la demanda y el llamamiento posterior a la admisión a trámite de la misma, se permite la intervención procesal de los posibles perjudicados con las siguientes particularidades.

- 1) Cuando se trata de perjudicados determinados o fácilmente determinables, podrán incorporarse al proceso en cualquier momento si bien quedan afectos por el principio de preclusión y, por tanto, solo podrán realizar los actos procesales que no hubieren precluido
- 2) Cuando se trate de procesos para la defensa de intereses difusos, solo cabe que se incorporen al proceso en el plazo concedido en el llamamiento, plazo que suspenderá el curso de las actuaciones y que en modo alguno, dice la norma, podrá exceder de dos meses.

Es necesario tener en cuenta que, en relación al primero de los grupos indicados, respecto de los que se permite la personación en el proceso sin limitación en cuanto al momento e intervenir en él, cabe entender de aplicación además lo previsto en el art. 13.3 LEC que establece el régimen general de las facultades procesales de los terceros intervinientes en un proceso, otorgando desde luego un régimen de intervención de mayor amplitud de la que resulta de la lectura del art. 15.2.3 LEC, pues el art. 13.3 permite a los terceros intervinientes formular las alegaciones necesarias para la su defensa que no se haya podido realizar por corresponder a momentos procesales anteriores a la admisión de aquéllos en el proceso conteniendo la referencia el art. 13.1 inciso final a "*cualquier consumidor o usuario*".

En cuanto al caso segundo, relativo a la intervención en los procesos para la tutela de los derechos e intereses difusos, la previsión legal es que no cabe personación individual de consumidores o usuarios afectados en un momento posterior al plazo previsto en la norma, sin perjuicio de que puedan hacer valer sus derechos e intereses conforme a lo dispuesto en el artículos 221 y 519 LEC, según dispone el art. 15.3 LEC o, incluso, iniciar un proceso autónomo y solicitar después la acumulación de autos - aspecto que se analiza en la sección sexta de éste Capítulo-

Sección cuarta. Pluralidad de partes. El litisconsorcio

Como es conocido, cada uno de los dos polos subjetivos de todo proceso puede estar constituido por una pluralidad de partes. Es el caso del litisconsorcio.

El artículo 12 LEC diferencia entre el litisconsorcio voluntario y el necesario, siendo el primero activo y el segundo, pasivo.

Pues bien, la Ley 39/2002, introdujo en materia de consumo una norma especial -art 13 y 15 LEC- que permite actuar como litisconsortes en materia de cesación y el resto de pretensiones, lo que supone que en los procesos por consumo es dable tanto el litisconsorcio voluntaria como el necesario.

Destacar por último la intervención, conforme a la cual la LEC presume que deben ser litisconsortes todos aquellos a los que puede afectar la Sentencia, bien de forma directa, bien de forma refleja, preveyéndose en la LEC la eficacia *ultra partes* del proceso conforme a los art. 221 y 222 LEC, aunque, como hemos visto, se prohíbe

ahora de forma expresa el régimen de intervención en los casos en los que medie ejercicio de la acción de cesación.

Pero al margen de este supuesto, los consumidores que no han demandado originariamente podrán intervenir en los procesos iniciados por las asociaciones a través del llamamiento al proceso prevenido en el art. 15 LEC, siendo el interés legítimo en el resultado título bastante para intervenir como parte en el proceso iniciado por la asociación, grupo o entidades legalmente constituidas al efecto.

Sección quinta. Acumulación

Hemos tenido la oportunidad de examinar, en el apartado relativo a la legitimación, la correspondiente a las asociaciones de consumidores y usuarios y otras, incluyendo a grupos, diferenciando tal legitimación en atención a la defensa de intereses colectivos o difusos.

La cuestión que corresponde ahora examinar es la relativa a la acumulación, tanto la de acciones como de procesos.

Iniciaremos nuestro análisis con el examen de la acumulación de acciones.

1. Acumulación de acciones.

Hemos de partir del hecho de que cuando hay una pluralidad de consumidores determinados cabe acudir, bien a la acumulación subjetiva del art. 72 LEC o a la legitimación colectiva del art. 11.2 LEC, que no es un supuesto de acumulación subjetiva de acciones.

En efecto, mientras en el caso de la acumulación subjetiva de acciones nos encontramos ante una adición de consumidores que dirimen su conflicto en un único proceso que se resuelve en una sola sentencia cuya cosa juzgada y ejecución no excede de cada una de las concretas acciones ejercitadas, sin posibilidad por tanto de extensión de resultados a terceros ajenos al proceso que ni se benefician ni resultan afectados tampoco de forma negativa por el proceso, en el caso de las acciones entabladas por asociaciones de consumidores, entidades y grupos constituidos con la mayoría de afectados -art 6.1.7º LEC- la cosa juzgada, dice el art. 222.3 LEC, se extiende también a *“los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el art. 11 de esta Ley”*, habiendo señalado al respecto la STS de 17 de junio de 2010, ROJ 2010/5407 que *“según el artículo 15 LEC, tras el llamamiento al proceso que se ordena hacer a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual (art. 15.1 y 2), la sentencia produce efectos de cosa juzgada respecto de todos ellos”*.

Luego trataremos en particular la problemática de la cosa juzgada. Ahora nos interesa, partiendo de la diferenciación hecha, centrar el examen en el caso de acumulación de acciones y su especial problemática.

Diferenciaremos dos supuestos dada la diversa problemática que plantean.

1.1. El caso de la acumulación de acciones individuales.

El aspecto más polémico de la acumulación de acciones individuales -y nos referimos al caso de la acumulación de varios contra uno, que es lo más común en el sector que nos ocupa- radica en la identificación de los criterios que justifican la acumulación de que se trata, partiendo de que lo que dice el art. 72 LEC es que ha de mediar entre las diversas acciones “*un nexo por razón del título o causa de pedir*” que, necesariamente, ha de ser interpretado de forma flexible en función de las circunstancias concretas concurrentes en cada caso

El punto de partida ha de ser, por supuesto, la doctrina del Tribunal Supremo, que se ha mostrado extraordinariamente proclive a la hora de buscar conexiones justificativas de la acumulación subjetiva del art. 72 LEC.

Valga de buen ejemplo la STS 564/2015, de 21 de octubre, (ROJ 4270/2015), que trató un caso de demanda colectiva de clientes de Bankinter en relación al incumplimiento de las obligaciones de la entidad frente a sus clientes minoristas con ocasión de la adquisición de productos financieros complejos y de riesgo.

Pues bien, dijo el Tribunal Supremo a la hora de analizar la procedencia de la acumulación subjetiva que:

“lo determinante no es si existen o no diferentes relaciones jurídicas con algunos aspectos diferenciales, sino si existe una conexión entre las cuestiones controvertidas objeto de las acciones acumuladas en su aspecto fáctico con relevancia respecto de las pretensiones ejercitadas, que justifique el conocimiento conjunto de las acciones ejercitadas y evite de este modo la existencia de sentencias injustificadamente discordantes. Siempre que, naturalmente, se reúnan los requisitos establecidos por el art. 73 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , cuya concurrencia no es problemática en el caso objeto del recurso.”

Para añadir:

“Este criterio flexible ha determinado que esta Sala haya considerado correcto que se conozcan en un mismo litigio las acciones acumuladas ejercitadas por las personas afectadas por un medicamento o producto de uso médico defectuoso, aunque cada uno de ellos haya adquirido o se le haya suministrado el medicamento en ocasiones diferentes y las circunstancias de salud de los demandantes y los efectos que en ellos hayan podido tener esos productos sean dispares; o las acciones por defectos constructivos ejercitadas por los diversos adquirentes de inmuebles de una misma promoción, pese a que en unos casos los inmuebles adquiridos sean locales y en otros viviendas, unos compradores sean consumidores y otros no, y los defectos de los distintos locales y viviendas puedan ser de naturaleza diversa; y en supuestos de similar naturaleza, en cuanto a la conexión de la causa de pedir, que los expresados.

Se trata de supuestos en los que no está justificado que las acciones se tramiten en procesos diferentes, y que en cada uno de ellos haya de repetirse el interrogatorio de unos mismos demandados, unos mismos testigos o unos mismos peritos, sobre hechos sustancialmente idénticos, con el incremento de coste que supone para las partes (y en concreto para los demandantes a los que no se les permite acumular sus acciones) hacer comparecer en cada uno de los distintos procesos a los peritos que han emitido el informe (y a los testigos, si reclaman indemnización de los gastos que les supone tener que acudir repetidamente para ser interrogados en los juicios celebrados en los distintos Juzgados que conozcan de las acciones individualmente ejercitadas), y el riesgo de que la experiencia de las previas declaraciones en los

litigios que se tramiten en primer lugar pueda de algún modo tener influencia negativa en el interrogatorio a que se les someta en los litigios posteriores, tanto en la parte activa, de quien interroga, como pasiva, de quien es interrogado.

Está tramitación conjunta evita también el riesgo de que demandas en las que la base fáctica con trascendencia en las acciones ejercitadas sea sustancialmente común, den lugar a sentencias que resuelvan la cuestión de modo diferente unas de otras.

Este tratamiento de la cuestión se explica por las razones que justifican la figura de la acumulación subjetiva de acciones, como son la economía procesal y la evitación de sentencias contradictorias.”.

Sin embargo, la jurisprudencia menor no está siendo tan liberal y pondera multitud de criterios para tener por justificada una acumulación de acciones, en muchas ocasiones extraordinariamente masiva.

Un buen ejemplo lo constituyen los casos resueltos por la Sección 15ª de la AP Barcelona que en sus Sentencias 22/2017, de 8 de febrero (ROJ: SAP B 26/2017) y la 220/2016, de 27 de diciembre (ROJ: SAP B 9198/2016).

Dice la primera de ellas para rechazar la acumulación:

“admitimos como hipótesis que un grupo limitado y homogéneo de adquirentes de participaciones preferentes de una misma entidad puedan acumular sus acciones en una misma demanda, siempre que por las circunstancias del tiempo, del lugar o de otra índole se dé ese sustrato fáctico común y siempre que la entidad demandada esté en condiciones, a su vez, de introducir en el objeto del proceso las particularidades propias de cada uno de los demandantes (como su perfil inversor, la información específica proporcionada a cada uno de ellos, etc...). Tales circunstancias no concurren en el presente caso, en el que se acumulan más de 500 acciones individuales de nulidad de órdenes de compra por error en el consentimiento (entendemos que esta acción, formulada con carácter principal, es la procedente, dado que CATALUNYA BANC comercializó productos propios), tal y como se expone en los fundamentos de derecho de la demanda (como hemos dicho, resulta muy difícil conocer qué es lo que se pide en la demanda y por qué se pide). Las adquisiciones de títulos tuvieron lugar en distintas oficinas y en momentos también diferentes, hasta el punto de estar sujetos a distintas legislaciones. Por el número de demandantes y por las circunstancias específicas de cada uno de ellos, es evidente que la entidad demandada no está en condiciones de articular su defensa, requisito que resulta imprescindible para que pueda operar la acumulación subjetiva según la jurisprudencia reseñada. Por todo ello consideramos que no procede la acumulación y, en consecuencia, debemos desestimar el recurso. Ello no impide la intervención de los actores en la defensa de las acciones colectivas. La indebida acumulación alcanza a las acciones individuales (de nulidad y de responsabilidad) que se sustentan en la falta de información ofrecida a cada uno de los consumidores y en el error como vicio en el consentimiento, esto es, con un fundamento distinto a la acción colectiva, no así a las propias acciones colectivas y a los efectos que para cada uno de los demandantes puedan derivarse de ellas (artículo 15 de la LEC).”.

No abundaremos el comentario de la Sentencia. Nos limitaremos a destacar las circunstancias que en el caso toma en consideración la Sentencia para denegar la acumulación son, 1) el número de acciones acumuladas, 2) la diversidad geográfica y temporal de los hechos que constituye el elemento fáctico de la *causa petendi* de cada acción, 3) la diversidad legislativa aplicable -efecto de la pluralidad temporal- y, 4) consecuencia de todo ello, la quiebra o riesgo al menos, del derecho de defensa.

1.2. El caso de la acumulación de acciones individuales a una acción colectiva.

Si en el apartado anterior hemos examinado la problemática de la acumulación entre acciones individuales, valoraremos ahora la que resulta de la acumulación entre acciones de distinta índole y, en concreto, entre acciones individuales y colectivas.

1.2.1. Posibilidad de acumulación de las acciones típicamente individuales -declarativas, constitutivas y de condena- a la acción colectiva de cesación.

En principio cabe entender que tal posibilidad, concurriendo los requisitos del art. 72 LEC, es legal, es decir, que sí cabe acumular a la acción colectiva de cesación cualesquiera acciones individuales declarativas, constitutivas y de condena mencionadas expresamente en el art. 53 LGDCU, ya tengan su fundamento en la legislación de consumo, en la de condiciones generales de contratación o en otra norma, civil o mercantil.

Un buen ejemplo de acumulación de acciones individuales y colectivas es el caso de las acciones suelo y reclamación de cantidad -por lo indebidamente cobrado-, donde la acumulación de esta acción con la colectiva de cesación de la condición general que contiene la limitación de la variabilidad del interés remuneratorio en contratos de préstamo con tipo de interés variable está plenamente consolidada en la jurisprudencia.

En efecto, la STS dictada por el Pleno de la Sala (de lo Civil) nº 241/2013, de 9 de mayo (ROJ 2013\3088) estableció que la única acción ejercitada en primera instancia era la colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación, entablada por la Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios (AUSBANC CONSUMO).

Y la STS, 1ª, de 25 de marzo de 2015 (RJ 2015\735) señaló *“que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013”*.

Se trata por tanto del reconocimiento del caso de la acumulación pero con un solo sujeto activo.

1.2.2. Posibilidad de acumulación de las acciones de las que varios son titulares, unas individuales, otras colectivas.

La cuestión plantea tres problemas, primero, si es posible tal acumulación, segundo, de serlo, quién es el órgano competente para el conocimiento de tales acumulaciones y, en particular, si corresponde al Juzgado de lo Mercantil -único competente para conocer de las acciones colectivas- o el Juzgado de Primera Instancia -competente para conocer las acciones individuales-, atendida la distribución de competencias objetivas introducido por la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial que atribuye el conocimiento de las acciones individuales a los Juzgados de Primera Instancia y las colectivas a los

Juzgados de lo Mercantil -art 86 ter nº 2 apartado e) LOPJ-; y en tercer lugar, el relativo a la legitimación activa.

Pues bien, en cuanto a lo primero, y atendidos los argumentos que el Tribunal Supremo estableció respecto de la acumulación de las acciones de responsabilidad de administradores y reclamación de cantidad en su Sentencia 539/2012, de 10 de septiembre (ROJ: 7528/2912) -que no obstante venir referidos a un caso sin duda diferente, permiten razonar la solución del problema-, cabe entender, primero, que sí es dable la posibilidad de acumulación de las acciones cuando se aprecie una estrecha conexión entre las acciones deducidas y se entienda que denegarlas constituya un obstáculo desproporcionado para la tutela judicial efectiva si ello supone tener que ejercitarlas separadamente ante distintos Juzgados, en suma, si con su inadmisión se obligara a una parte a plantear un nuevo y posterior litigio en base a prácticamente los mismos hechos.

Sirva de ejemplo el ejercicio de una acción colectiva de nulidad de condición general de la contratación por intransparente con la acumulación de las acciones individuales de los afectados por tal condición, promoviendo el efecto económico de la nulidad promovida a través de la acción colectiva.

En cuanto al órgano competente, cabe entender que lo serán los Juzgados de lo mercantil porque estos órganos son los específicamente competentes para conocer de las acciones más específicas sobre cláusulas condiciones generales de contratación y de consumo que se formulan de manera principal respecto de la responsabilidad contractual.

En cuanto a la legitimación activa -acumulación objetiva- para entablar las acciones acumulables a que hace referencia el art. 53 LGDCU, es el art. 54 del mismo texto legal el que señala que están legitimados para el ejercicio de la acción de cesación las entidades que menciona, pero nada dice sobre el resto de acciones acumulables, y ello a diferencia de LCGC que en su art. 16 señala que los legitimados lo están para ejercitar cualesquiera acciones reconocidas en su art. 12. Por tanto, quienes tienen legitimación activa para ejercitar la acción colectiva de cesación en defensa de intereses colectivos y difusos aparecen indicados en el art. 54 LGDCU mientras que la legitimación para el resto de acciones están determinados -como vimos anteriormente- en el art. 11 LEC o, en su caso, en la legislación especial correspondiente.

Precisamente, en relación a este problema debemos traer también aquí a colación el artículo 53 LGDCU, modificado por la Ley 3/2014.

Dispone esta norma que:

“A cualquier acción de cesación podrá acumularse siempre que se solicite la de nulidad y anulabilidad, la de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de la realización de las conductas o estipulaciones o condiciones generales declaradas abusivas o no transparentes, así como la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de tales cláusulas o prácticas. De dicha acción acumulada accesoria conocerá el mismo juzgado encargado de la acción principal, la de cesación por la vía prevista en la ley procesal.

Serán acumulables a cualquier acción de cesación interpuesta por asociaciones de consumidores y usuarios la de nulidad y anulabilidad, de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de la realización de las conductas o estipulaciones

o condiciones generales declaradas abusivas o no transparentes, así como la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de tales cláusulas o prácticas.”.

El problema de este precepto radica en que no es coherente con el artículo 73 LEC que no menciona la posibilidad de acumular a la acción que deba sustanciarse por un juicio ordinario la acción que deba tramitarse por razón de la materia (no de la cuantía que es el factor tomado en consideración por el art. 73 LEC) en un juicio verbal.

Como ya hemos dicho, la acción de cesación se tramita por razón de la materia por los cauces del juicio verbal (art. 250.1.12º LEC). Pero si se acumulan otras acciones a la de cesación, el procedimiento adecuado es el juicio ordinario como sucede en el ámbito de las condiciones generales de la contratación (art. 249.1.5º LEC).

Es cierto que el apartado 2º del art. 73 LEC dispone que *“también se acumularán en una misma demanda distintas acciones cuando así lo dispongan las leyes, para casos determinados”* y de hecho muchos tribunales hayan venido admitiendo esta controvertida acumulación de acciones, pero la cuestión es cuando menos dudosa.

En todo caso los problemas anteriormente indicados no parecen producirse en el caso de que se quisiera acumular pretensiones que, por sí solas, deban ventilarse en juicios verbales. Y ello porque, de ser así, se permite excepcionalmente la acumulación –en igual procedimiento verbal- objetiva de acciones basadas en unos mismos hechos (art. 438 3.1ª LEC), precepto que además permite acumular en igual juicio verbal la acción resarcitoria de daños y perjuicios a otra acción prejudicial de ella (art. 438.3-2ª LEC).

1.2.3. Competencia territorial para el conocimiento de la acumulación subjetiva de acciones

Traeremos a colación el ATS de 3 de junio de 2015, (ATS 5686/2015), que resuelve un conflicto negativo de competencia territorial en un caso de este tipo de acumulación de acciones sobre abusividad de cláusula inserta en préstamo hipotecario.

El Tribunal Supremo acude para resolver el tema al fuero, que recuerda es imperativo, y que está previsto en el *art. 52.1.14 LEC* (nulidad de cláusulas de condiciones generales de la contratación) en relación al art. 53 LEC que regula la competencia territorial en caso de acumulación de acciones y en caso de pluralidad de demandados, y cuyo apartado primero dispone que

“[c]uando se ejerciten conjuntamente varias acciones frente a una o varias personas será Tribunal competente el del lugar correspondiente a la acción que sea fundamento de las demás; en su defecto, aquel que deba conocer del mayor número de las acciones acumuladas y, en último término, el del lugar que corresponda a la acción más importante cuantitativamente”,

señalando que:

“el art. 53 de la LEC contiene normas específicas para los casos de acumulación de acciones, disponiendo que será juzgado competente para conocer el asunto el que lo fuere para el conocimiento el mayor número de las acumuladas. No es objeto de la presente controversia determinar si las acciones están correctamente acumuladas o no, por lo que, de acuerdo con los preceptos expuestos, el Juzgado Mercantil de

Córdoba no tiene capacidad para separar las diversas acciones presentadas conjuntamente y habrá de conocer de la demanda tal y como está planteada.”.

2. En cuanto a la acumulación de procesos

La LEC en su artículo 76, regula la acumulación de los procesos. Y el art 78 LEC contiene las causas por las que no procede la acumulación.

Desde el punto de vista de las especialidades que nos ocupan, lo relevante radica en que para los procesos para la protección de los intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios, ya sean promovidos por las asociaciones, entidades o grupos legitimados o por consumidores o usuarios determinados, tanto el apartado 4 del artículo 78 como el art 76.2-1º LEC, excepciona el régimen general en materia de acumulación de procesos.

El primero excepciona el régimen general de improcedencia de la acumulación contenido en los apartados 1, 2 y 3, conforme a los cuales:

“1. No procederá la acumulación de procesos cuando el riesgo de sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes pueda evitarse mediante la excepción de litispendencia.

2. Tampoco procederá la acumulación de procesos a instancia de parte cuando no se justifique que, con la primera demanda o, en su caso, con la ampliación de ésta o con la reconvención, no pudo promoverse un proceso que comprendiese pretensiones y cuestiones sustancialmente iguales a las suscitadas en los procesos distintos, cuya acumulación se pretenda.

3. Si los procesos cuya acumulación se pretenda fueren promovidos por el mismo demandante o por demandado reconviente, solo o en litisconsorcio, se entenderá, salvo justificación cumplida, que pudo promoverse un único proceso en los términos del apartado anterior y no procederá la acumulación.”.

Pero el apartado 4 establece que

“Lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación a los procesos a los que se refiere el número 2.1.º del artículo 76.”

Por su parte, el art 76.2-1º LEC dispone que procederá la acumulación:

“ Cuando se trate de procesos incoados para la protección de los derechos e intereses colectivos o difusos que las leyes reconozcan a consumidores y usuarios, susceptibles de acumulación conforme a lo dispuesto en el apartado 1.1.º de este artículo y en el artículo 77, cuando la diversidad de procesos no se hubiera podido evitar mediante la acumulación de acciones o la intervención prevista en el artículo 15 de esta ley.”

Consecuentemente, el apartado 4 excepciona dichas reglas en los casos de procesos incoados para la protección de los derechos e intereses colectivos o difusos reconocidos a consumidores y usuarios cuando la diversidad de estos procesos, - cualquiera que fuera el legitimado activo-, no se hubiera podido evitar mediante la acumulación de acciones o la intervención prevista en el art. 15 LEC, lo que a la postre implica que el hecho de que la admisión a trámite de una acción de grupo determine el inicio de los efectos de la litispendencia no impide la acumulación de procesos que sí estaría prohibida por la norma general del art. 78.1 LEC.

Especifica ahora el art. 79.1 LEC que la acumulación deberá hacerse al proceso más antiguo, sin hacer referencia especial alguna al caso de procedimientos donde se hubiera ejercitado una acción colectiva.

Tampoco se resuelve qué Juez es el que ha de decidir sobre la acumulación, caso de seguirse los procedimientos pendientes en distintos tribunales.

Y especialmente problemático resulta el hecho de que la ley 39/2002 ha establecido el cauce del juicio verbal para la acción de cesación en materia de protección de consumidores y usuarios.

Como se recordará, conforme al art. 77-1º párrafo segundo, es dable la acumulación de un ordinario y un juicio verbal que continuarán juntos por el cauce del juicio ordinario siempre que no haya pérdida de derechos procesales. Y lo cierto es que resulta complejo afirmar que privar de la rapidez que se predica del juicio verbal suponga tal merma, por lo que de entendese así, en el caso de que haya de acumularse un juicio ordinario, habrá de seguirse este último cauce procesal.

Sección sexta. La Sentencia y sus efectos.-

1. Acciones individuales/acciones colectivas. Relaciones -STS 123/2017 (ROJ 477/2017)-. Cosa Juzgada y Tribunal de Justicia -ATS de 4 de abril de 2017 (ROJ ATS 2684/2017)-

1.1. Introducción. Interpretación del art. 221 LEC.-

Aunque diferenciaremos diversos supuestos que ya están resueltos en la jurisprudencia, iniciaremos nuestro examen con una interpretación del contenido en el art. 221 LEC.

Dispone el artículo 221 LEC:

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores o usuarios con la legitimación a que se refiere el art. 11 de esta Ley estarán sujetas a las siguientes reglas:

1ª Si se hubiere pretendido una condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria determinará individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena. Cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante.

2ª Si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.

3ª Si se hubieren personado consumidores o usuarios determinados, la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones.

2. En las sentencias estimatorias de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios el Tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora.”.

Como se desprende de su tenor literal, lo que trata el precepto es del problema de los efectos de las sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios, no obstante lo cual, en realidad, lo hace solo en relación al caso de que el proceso haya sido promovido por una asociación de consumidores y usuarios, invocando cualquiera de las formas de legitimación que reconoce el art. 11 LEC, con la aclaración contenida en la regla 3ª, de que si en estos procesos se hubieren personado legitimados individuales, la sentencia deberá pronunciarse sobre sus pretensiones.

En cualquier caso, la norma permite diferenciar entre dos casos, a saber:

a) El supuesto en que se haya dictado Sentencia estimatoria de una pretensión de condena, dineraria, de hacer, de no hacer, o de dar cosa específica o genérica, en cuyo caso habrá de determinarse individualmente los consumidores y usuarios que han de entenderse beneficiados por la condena. Si la determinación individual no fuere posible, se exige la constancia de los datos necesarios para poder exigir el pago o, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella.

b) Que la Sentencia, bien como presupuesto de la condena, bien de forma autónoma, hubiera declarado ilícita o no conforme a la ley una determinada conducta o actividad (supuesto típico de las acciones de cesación), caso respecto del que la norma establece que habrá de determinarse por el juez si el pronunciamiento ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso.

A ello se refiere por cierto la Exposición de Motivos de la LEC cuando dice que *“En cuanto a la eficacia subjetiva de las sentencias, la diversidad de casos de protección impone evitar una errónea norma generalizadora. Se dispone, en consecuencia, que el tribunal indicará la eficacia que corresponde a la sentencia según su contenido y conforme a la tutela otorgada por la vigente ley sustantiva protectora de los derechos e intereses en juego. De este modo, la Ley no provee instrumentos procesales estrictamente circunscritos a las previsiones actuales de protección colectiva de los consumidores y usuarios, sino que queda abierta a las modificaciones y cambios que en las leyes sustantivas puedan producirse respecto de dicha protección.”.*

Por otra parte, es cuestión discutida si la norma se refiere tan solo, como indica la rúbrica del precepto, a las demandas promovidas por las asociaciones o si puede extenderse su aplicación a los procesos promovidos por cualquiera de los otros sujetos legitimados activos para el ejercicio de acciones en defensa de consumidores y usuarios.

La pregunta que surge es la de si, desestimada una acción de grupo, cabría la posibilidad de que uno de los afectados, que no haya comparecido en el proceso iniciado por una asociación de consumidores y usuarios, en el que ha recaído sentencia desestimatoria de la demanda, puede o no iniciar un proceso ulterior con el mismo objeto.

En el caso de intereses difusos la respuesta la da el Tribunal Supremo en su Sentencia número 123/2017, de 24 de febrero (ROJ 477/2017) donde se afirma que:

“En el caso de las acciones para la tutela de derechos de consumidores indeterminados o no fácilmente determinables, la eficacia de cosa juzgada tampoco se producirá frente a los no personados, sin perjuicio de que puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los arts. 221 y 519 LEC o, en su caso, ejercer las acciones individuales. Con la particularidad de que, en los casos en que, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declare ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, «la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente» (art. 221.1-2º LEC). Como dijimos en la indicada sentencia 375/2010, de 17 de junio, «el requisito de la identidad subjetiva para determinar la concurrencia de litispendencia o cosa juzgada [...] debe determinarse en función de los sujetos perjudicados en quienes se concrete el ejercicio de la acción».”

En el caso de la tutela de intereses colectivos, también cabe entender que sí será posible.

A este caso se refiere el Tribunal Supremo en su Sentencia 375/2010, de 17 de junio (ROJ 4216/2010) cuando afirma que:

“Podría sostenerse que, según el artículo 15 LEC, tras el llamamiento al proceso que se ordena hacer a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual, la sentencia produce efectos de cosa juzgada respecto de todos ellos, puesto que no se establece, a diferencia de lo que ocurre en el caso de perjudicados indeterminados (artículo 15.3 LEC), que, aunque no se personen, podrán hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los arts. 221 y 519 de esta Ley

Sin embargo, esta Sala entiende que si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, este posible efecto de cosa juzgada respecto de todos los perjudicados debe quedar restringido a los casos en que la sentencia determine que, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente. Solo así tiene sentido la previsión del artículo 221.2 LEC.

En caso de no efectuarse el pronunciamiento de que la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente, teniendo en cuenta que el ejercicio de este tipo de acciones tiene un carácter instrumental dirigido a la protección de los consumidores, hay que entender que la LEC opta por considerar que su alcance subjetivo, desde el punto de vista procesal, no puede limitarse a la personalidad de la entidad que la ejercita ni a los perjudicados que hayan comparecido o que aquella haya incluido en la demanda. En suma, como opina un sector relevante de la doctrina, en este supuesto el requisito de la identidad subjetiva para determinar la concurrencia de litispendencia o cosa juzgada, por tratarse del ejercicio de acciones colectivas por parte de entidades que las ejercitan en beneficio de consumidores concretos, debe determinarse en función de los sujetos perjudicados en quienes se concrete el ejercicio de la acción.”

Consecuentemente se ha de entender, por ejemplo en el caso de las cláusulas suelo, que ni la litispendencia ni la cosa juzgada impedirán iniciar un procedimiento en base al ejercicio de acciones individuales, habiendo de hecho declarado las STS 241/2013, de 9 de mayo (ROJ 1916/2013) y la STS 401/2010, de 1 de julio (ROJ 6031/2010) que no cabe extensión de los efectos de la cosa juzgada cuando el carácter abusivo de la cláusula se fundamente en la insuficiencia de la información suministrada.

En relación a ello, la STS 705/2015, de 23 de diciembre (ROJ 5618/2015), reprodujo lo contenido en la STS 139/2015, de 25 de marzo (ROJ 1280/2015) al tratar el alcance de la cosa juzgada de la sentencia 241/2013 y afirmó que

“Los efectos de cosa juzgada se ceñían a cláusulas idénticas a las declaradas nulas. Es decir, los efectos de la sentencia 241/2013 se extienden, subjetivamente, a las cláusulas utilizadas por las entidades que fueron demandadas en aquel procedimiento, y, objetivamente, a las cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen comopletadas por otras que eliminan los aspectos declarados abusivos”.

La cuestión se ha reproducido recientemente. Y la STS 123/2017, de 24 de febrero (ROJ 477/2017) rechaza la cosa juzgada alegada por BBVA con fundamento en la STS de 9 de mayo de 2013 tomando en consideración tanto la doctrina jurisprudencial, incluida la del Tribunal de Justicia ya dictada, atendido, en lo que aquí interesa, que se trataba de una acción individual y no colectiva, señalando al respecto, con cita de la STJUE de 14 de abril de 2016, asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14, que

“De lo anterior cabe extraer que para la apreciación de cosa juzgada, entre acciones colectivas y acciones individuales no existe identidad objetiva, puesto que tienen «objetos y efectos jurídicos diferentes».”

Para añadir:

“De nuestra propia jurisprudencia (las sentencias antes citadas y la 375/2010, de 17 de junio), así como de la del TJUE y el TC , cabe deducir, en relación con los consumidores que no se personaron en el procedimiento en que se ejercitó la acción colectiva, que el llamamiento que se les hace conforme al art 15 LEC no es suficiente para justificar la extensión frente a ellos de la eficacia de cosa juzgada que establece el art. 222.3 de la misma Ley . Una interpretación conjunta de los arts. 15, 22.3 y 221 LEC lleva a la conclusión de que la cosa juzgada de la sentencia estimatoria de la acción colectiva afectará únicamente a los consumidores no personados que estén determinados individualmente en la propia sentencia, conforme dispone el art 221.1-1ª LEC.”.

En cuanto a los efectos externos de la cosa juzgada material, el art. 222.3 LEC establece:

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

Por tanto, los efectos de la cosa juzgada material alcanzan a terceros que no han sido parte en el proceso cuando sus derechos o intereses hubieran sido defendido por cualquiera de los entes legitimados ex art. 11 para la defensa de intereses colectivos o difusos, ya sea la sentencia fuera absolutoria o condenatoria. En ambos casos el tercero no podrá promover un nuevo proceso sobre lo ya debatido. Consecuentemente el precepto no se aplica cuando se trata de procesos donde se han decidido acciones

individuales de consumidores o usuarios concretos, tanto si ellos mismos las hubieran ejercitado, como si lo hubieran hecho a través de su asociación de consumidores y usuarios. En tales casos, todos los sujetos perjudicados por el hecho dañoso quedan vinculados por el pronunciamiento de la sentencia, favorable o no, sin que puedan intentar un nuevo proceso sobre el mismo objeto.

1-2). Relación entre las Sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia y la doctrina previa, contradictoria, de Sentencias firmes nacionales.

Se ha iniciado una campaña de solicitud de revisiones de sentencias firmes vía art. 509 y concordantes LEC, así como de peticiones de nulidad por infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en base a la STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15 por la cual se modifica la doctrina del Tribunal Supremo en materia de retroactividad de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo.

Ambas dos campañas han sido respondidas en sentido negativo, trayendo a colación, precisamente, la propia doctrina del Tribunal de Justicia.

Especialmente amplia es la referencia en el análisis de que se trata que hace el ATS de 4 de abril de 2017 (ROJ 2684/2017) por el que se desestima la admisión a trámite de la demanda de revisión de sentencia, resolución de la que solo reproduciremos dos breves extractos, contiene los argumentos para rechazar también toda petición de nulidad.

Dice la citada resolución:

“De acuerdo con la jurisprudencia de esta sala, no es posible obtener la revisión de una sentencia firme por el hecho de que una sentencia posterior establezca una jurisprudencia que sea incompatible con los argumentos que fundamentan el fallo de la sentencia anterior.... La jurisprudencia del TJUE ha reconocido la importancia del principio de cosa juzgada tanto en el ordenamiento jurídico de la Unión como en los ordenamientos jurídicos nacionales, pues garantiza tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la recta administración de la justicia....España, cuyo ordenamiento interno no permite que un cambio en la jurisprudencia permita revisar las sentencias firmes anteriores que no se ajusten a la nueva jurisprudencia. Por tanto, el principio de equivalencia no impone que, con base en una sentencia del TJUE cuya doctrina sea incompatible con sentencias firmes dictadas con anterioridad por los tribunales nacionales, se admita la revisión de tales sentencias firmes.”

2. STJUE asunto C-154/2015 (ECLI:EU:C.2016:980). Vigencia del principio dispositivo y de congruencia en relación a los controles de incorporación, transparencia, contenido y efectos de la abusividad.

Como tendremos oportunidad de tratar de modo más extenso, la defensa de los derechos del consumidor ha adquirido predominancia ante determinados paradigmas propios del proceso tradicional, si bien con los límites propios de los derechos básicos de cualquier contraparte procesal.

Y es que la efectividad de los derechos reconocidos a los consumidores, en particular en la Directiva 93/13/CEE, ha sido reconocida de manera reiterada tanto por el Tribunal Supremo como por la justicia europea.

No se olvide que, como dice el ATS de 4 de abril de 2017 (ROJ 2684/2017),

“El principio de efectividad impide que se salvaguarde la seguridad jurídica en un grado tan elevado que impida o dificulte gravemente la eficacia del Derecho de la Unión”

A ello había hecho mención la STS de 9 de mayo de 2013 (*ut supra*) cuando señalaba que

“en la medida en que sea necesario para lograr la eficacia del Derecho de la Unión, en los supuestos de cláusulas abusivas, los tribunales deban atemperar las clásicas rigideces del proceso, de tal forma que, en el análisis de la eventual abusividad de las cláusulas cuya declaración de nulidad fue interesada, no es preciso que nos ajustemos formalmente a la estructura de los recursos. Tampoco es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas como abusivas.”.

Más recientemente, la STS 705/2015, de 23 de diciembre de 2015 (ROJ 5618/2015), se ha pronunciado de forma expresa sobre la problemática del control de oficio y el principio de congruencia, señalando al respecto que

“aunque la pretensión inicial se fundara en el desequilibrio entre las partes, las entidades demandadas pudieron defenderse sobradamente sobre la validez de las cláusulas impugnadas, y específicamente sobre el control de transparencia, puesto que fue objeto del debate en los recursos de apelación y, por tanto, en la segunda instancia. Además, no cabe considerar que el control de transparencia de las cláusulas incluidas en contrato con consumidores, como instrumento diferenciado del previo control de inclusión, fuera una novedad inesperada introducida por la sentencia recurrida”.

Y sobre el control de oficio y el principio de contradicción, conflicto respecto del que dice

“La jurisprudencia del TJUE es tan clara y contundente que puede afirmarse que la tutela del consumidor prevalece sobre cualesquiera cuestiones relativas a procedimiento o plazos, con la única limitación de salvaguardar los principios de audiencia y contradicción. Las sentencias del TJUE permiten que el juez -aun sin alegación de las partes- realice los controles de inclusión, transparencia y abusividad, al margen del procedimiento o fase en que se suscite”,

lo que le permite colegir la suficiencia del debate abierto en la apelación pues

“la mera lectura de los escritos de interposición de los recursos de apelación por las entidades bancarias ahora también recurrentes y de los escritos de oposición a los recursos de apelación formulados por la OCU y el Ministerio Fiscal, permite advertir sin género de dudas que existió contradicción sobre la validez de la cláusula suelo controvertida y que se trató su comprensibilidad real para los consumidores, no cabe hablar de infracción del principio de contradicción. En particular, el Ministerio Público planteó expresamente en su recurso de apelación la falta de transparencia de la cláusula y el "Banco Popular, S.A." al oponerse a dicho recurso contó con todas las posibilidades para defenderse y ofrecer sus argumentos al tribunal de apelación. Por lo que, garantizados y respetados los principios de audiencia y contradicción”.

Entre la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia, traemos a colación la STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-

308/15, (ECLI:EU:C.2016:980) que resume la doctrina de este Tribunal sobre la cuestión cuando afirma:

“la plena eficacia de la protección conferida por la Directiva 93/13 exige que el juez nacional que haya apreciado de oficio el carácter abusivo de una cláusula pueda deducir todas las consecuencias de esa apreciación, sin esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula (sentencia de 30 de mayo de 2013, Jörs, C-397/11, EU:C:2013:340, apartado 42).”

En efecto, es doctrina del Tribunal de Justicia en relación a los efectos derivados de la consideración como abusiva de una cláusula contractual en un contrato con consumidor que examina desde la consideración que, primero, se trata de normas de orden público, imperativas o de *ius cogens* y, segundo, que en consecuencia el juez nacional debe aplicar incluso de oficio para subsanar el desequilibrio que pueda haber entre el consumidor y el profesional.

Dice en relación a ello la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de diciembre del 2016 en lo que aquí interesa lo siguiente:

“Atenordel artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional.” –paragf 53-

“Esta disposición debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen la naturaleza de normas de orden público (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 44)”. –paragf 54-

“Por otro lado, se trata de una norma imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 63).” –paragf 55-

“En este contexto, por una parte, el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que exista entre el consumidor y el profesional, desde el momento en que disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto.” –paragf 58-

“De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.” –paragf 61-

“De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes

que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes.” –paragf 62-

“Efectivamente, la exclusión de tal efecto restitutorio podría poner en cuestión el efecto disuasorio que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 7, apartado 1, de esa misma Directiva, pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores.” –paragf 63-

“...la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva.” –paragf 66-

“De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional —como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013— relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 60).” –paragf 73-

“En tales circunstancias, dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión”. –paragf 74-

Esta doctrina, puesta en contacto con los principios dispositivo y de congruencia, lleva a la conclusión de que su concepción tradicional se queda definitivamente alterada a favor de la aplicabilidad de las normas en garantía al consumidor, que son *ius cogens* y de orden público, sin perjuicio del respeto, como es obvio, a los principios de audiencia, alegación y defensa, como luego veremos.

Sección séptima. La ejecución de sentencias dictadas en procesos promovidos por consumidores y usuarios.-

Trataremos aquí, dada la particularidad que presenta respecto del consumidor y adherente, el ámbito de aplicación del art. 519 LEC.

El art. 519 LEC dispone:

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

Una condición establece el art. 519 LEC para su aplicabilidad, a saber, que la sentencia de condena no haya determinado individualmente a los beneficiarios, pues el precepto está referido solo a la acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en una sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiarios. Y es que de haber individualización, no habría especialización en la ejecución y se llevaría a cabo conforme a las reglas generales.

La cuestión que se plantea es si pueden considerarse situaciones en que haya indeterminación subjetiva cuando la sentencia está dictada para la tutela de intereses colectivos pues, en estos casos, la sentencia debería determinar individualmente los beneficiarios por la condena -art 11.2 LEC-, señalándose de hecho en el art. 221.1-1ª LEC en relación a ello que la sentencia "*determinará*" individualmente los consumidores.

Téngase en cuenta que dicha determinación solo es dable en tanto se cumpla con la carga de alegación y prueba por la asociación demandante, de donde cabe que se dicte sentencia en la que, ante el riesgo de que no estén determinados individualmente a todos los beneficiarios, incluya una fórmula abierta a fin de tener por incluidos en el interés colectivo protegido también a los no determinados en ese momento en la sentencia.

De hecho, hay de ello previsión en el párrafo 2º de la regla primera del citado art. 221.1 LEC que señala que, en estos casos, la sentencia expresará los datos, características y requisitos necesarios para poder determinar quienes son los beneficiarios de la condena.

Consecuentemente puede llegarse a la conclusión que el art. 519 LEC es de aplicación tanto a los casos de sentencia de tutela de intereses difusos -sin determinación individual de los beneficiados- como a los casos de sentencias de tutela de intereses colectivos donde no se ha podido determinar a todos los beneficiarios de por la condena.

Pues bien, contiene el precepto la regulación de un incidente con intervención del condenado con el objeto de llevar a cabo la correspondiente determinación subjetiva.

Este incidente se ha de iniciar por petición en la que se haga expresión de los datos de identificación del solicitante, especificación de su condición de consumidor, indicación de haberse visto afectado por las actuaciones, bienes o servicios de que se trate, con indicación de reunir los requisitos especificados en la sentencia.

Otro tema que se ha planteado es el relativo a la posibilidad de obtener el reconocimiento de la condición de beneficiario tras la sentencia estimatoria, pero antes de que ésta sea firme.

En general se viene entendiendo que ello no es posible ya que el art. 519 LEC requiere de sentencia firme dado que hasta ese momento hay incertidumbre tanto de la acción ejercitada como de los requisitos, datos y características exigibles a los

beneficiarios que se acojan a ella, de acuerdo con el artículo 221 LEC, lo que haría superflua e inútil la tramitación del incidente para la determinación de los beneficiarios.

CAPÍTULO IV

Normas especiales para el ejercicio de la acción colectiva de cesación en defensa de consumidores y usuarios. La Ley 39/2002.

Sección primera. Configuración de la acción de cesación.

A estas alturas, son ya muchas las referencias las que hemos hecho, desde distintas ópticas, a la acción de cesación. Concretaremos no obstante algunos aspectos que son interesantes para el tratamiento de esta acción.

Fue la Ley 39/2002, de 28 de octubre (*ut supra*) la que, con la transposición de la Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, la que introdujo las características actuales de esta acción en nuestro ordenamiento y en particular en la legislación de consumo y de condiciones generales de la contratación.

Con la incorporación de la acción de cesación, dice la Exposición de Motivos de la Ley 39/2002, se persigue un doble efecto, a saber, el de la condena judicial a cesar en el comportamiento lesivo y el de la prohibición judicial de reiteración futura, pudiéndose también ejercitar cuando la conducta haya finalizado si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración.

Pues bien, tres son los presupuestos para formular una acción de cesación a saber:

- A) en primer lugar, tiene que haberse producido una actuación ilícita que sea la que se pretenda cesar,
- B) en segundo lugar, debe existir un peligro de continuidad o de repetición de dicha conducta y,
- C) en tercer lugar, es preciso que la actuación ilícita haya causado daño o perjuicio, actual o previsible, que no debe entenderse en sentido patrimonial necesariamente, bastando con el incumplimiento de los parámetros legales reguladores de las conductas de que se trate. Por ejemplo, en el caso de condiciones generales de contratación, el uso de condiciones nulas el daño se lleva a cabo por el propio uso de dichas cláusulas, en suma, con la propia conducta ilícita.

Desde el punto de vista de la legislación de consumo, la acción está contemplada en el art. 53 LGDUC, donde se contempla tanto la acción de cesación propiamente dicha como la acción de prohibición de conductas futuras. Y es el art. 12.2 LCGC donde se describe esta acción respecto de las cláusulas generales de contratación nulas.

Una de las características más propias de esta acción en consumo es que la legitimación es solo colectiva -art 54 LGDUC y 11 LEC-, lo que significa que no la

pueden ejercitar los perjudicados individuales, que pueden ejercitar su acción en base al art. 9 LCG.

Otras de las características de la acción es la naturaleza imprescriptible de la misma.

A ello se refiere el art. 56 LGDUC, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 19.2 LCGC en relación con las inscritas en el Registro especial.

Finalmente reiteraremos el aspecto ya analizado en la Sección cuarta del capítulo III de este trabajo, es decir, la previsión contenida en el art. 53 sobre la posibilidad de acumulación de la acción de cesación con otras, señalándose en particular como acumulables la de nulidad y anulabilidad, la de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de la realización de las conductas o estipulaciones o condiciones generales declaradas abusivas o no transparentes, así como la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de tales cláusulas o prácticas.

Sección segunda. Especialidades procesales: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Buena parte de las particularidades procesales están ya referenciadas en el texto previo de este trabajo, porque están referidas a la capacidad para ser parte -art 6.1.8º LEC-, a la legitimación -art 11.4 LEC- o a la publicidad e intervención -art 15.4 LEC-.

Por eso nos limitaremos aquí a hacer referencia, muy somera, a otras normas que contienen particularidades de la acción de cesación que no han sido ya tratadas.

Nos referimos a los siguientes aspectos:

- 1) Competencia territorial -art 52.1.16º LEC-. La norma establece un fuero especial, fijando como competente al Tribunal de lugar donde el demandado tenga un establecimiento y, subsidiariamente, el de su domicilio. Y si el demandado no tuviera domicilio en territorio español, será competente el tribunal del lugar del domicilio del demandante.
- 2) Publicación de la Sentencia -art 221.2 LEC-. Prevé la norma que la sentencia estimatoria de la acción de cesación pueda, a juicio del Tribunal y a cargo del demandado, acordar su publicación total o parcial, o incluir una condena de emitir una declaración de rectificación cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse en el tiempo.
- 3) Procedimiento aplicable -art 250.1.12ª LEC-. Las demandas en las que se ejerciten acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores se tramitarán por el juicio verbal.
- 4) Multas coercitivas -art 711 LEC-. En caso de inejecución de la sentencia de la acción de cesación, se prevé la imposición de una multa coercitiva de entre 600 y 60.000 euros por día de retraso, atendiendo a la naturaleza e importancia del daño y la capacidad económica del demandado.
- 5) Exención de caución en la adopción de medidas cautelares -art 728.3 LEC-. En los casos de medidas cautelares de acciones de cesación, el tribunal puede dispensar al solicitante del deber de prestar caución, en atención a las circunstancias del caso, la entidad económica y la repercusión social de los intereses afectados.

CAPÍTULO V

Normas especiales en el ámbito de las condiciones generales de la contratación

Sección primera. Acciones individuales

La LCGC contempla dos grandes clases de tutela jurisdiccional en materia de condiciones generales de la contratación: las acciones individuales y las colectivas.

A las acciones individuales se refiere el artículo 9.1 LCGC cuando indica que la declaración de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual.

La específica tutela jurisdiccional individual diseñada en la LCGC está dirigida a la declaración de no incorporación al contrato o a la declaración de nulidad de las condiciones generales de que se trate.

Como es natural, nada impide que a cualquiera de estas acciones se acumule, en su caso, la correspondiente acción de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones impugnadas y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones, aun cuando en la LCGC solo se contemplen expresamente con ocasión de las acciones colectivas como luego se examinará.

Las acciones individuales son las ejercitadas por un determinado adherente con relación a un específico contrato en el que se han incluido condiciones generales de la contratación y cabe distinguir la acción de no incorporación y la de nulidad.

Estas acciones pueden ejercitarse vía acción o reconvenición e incluso oponerse como mera excepción frente a la demanda ejercitada por el predisponente.

La tutela individual supone un control judicial concreto de las condiciones generales de la contratación frente al control abstracto que implica las acciones colectivas.

La acción de no incorporación es una acción de carácter individual que tiene por objeto declarar que una cláusula contractual, que tiene la consideración de condición general de la contratación, no queda incorporada al contrato y, por tanto, no produce efectos entre las partes o, incluso, declarar la propia nulidad del contrato cuando su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del contrato en los términos del artículo 1261 del Código Civil (artículo 9.2 LCGC).

La acción de nulidad es también una acción individual con la que se pretende la declaración de nulidad de pleno derecho de una cláusula contractual, que tiene la consideración de condición general de la contratación, por contradecir en perjuicio del adherente lo dispuesto en LCGC o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. En

particular, son nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las así definidas en la LGDCU. La consecuencia de la estimación de la demanda es la nulidad de la cláusula controvertida o, incluso, la propia nulidad del contrato cuando su nulidad afecta a uno de los elementos esenciales del contrato en los términos del artículo 1261 del Código Civil (artículo 9.2 LCGC).

Como consecuencia del ejercicio por asociaciones de consumidores de acciones colectivas de cesación de condiciones generales de la contratación, como la conocida cláusula suelo, frente a una o varias entidades bancarias, se ha planteado en numerosos tribunales la pretensión de suspensión de los procedimientos en que se habían ejercitado acciones individuales con relación a idéntica cláusula contra la misma entidad bancaria, todo ello en aplicación del artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, por prejudicialidad civil.

Aun cuando en algunos tribunales se acordó la suspensión por prejudicialidad civil, la cuestión quedó zanjada por el Tribunal de Justicia en su sentencia de fecha 14 de abril de 2016, asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14 (ECLI:EU:C:2016:15), que analiza la incidencia de las acciones colectivas en las individuales.

La referida sentencia recuerda, en primer lugar, que en virtud del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, los Estados miembros deben establecer medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. En paralelo al derecho subjetivo del consumidor a ejercitar una acción ante un juez con el fin de que se examine el carácter abusivo de una cláusula de un contrato del que es parte (acciones individuales), el mecanismo previsto en el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 93/13 permite a los Estados miembros implantar un control de las cláusulas abusivas incluidas en los contratos tipo a través de acciones de cesación ejercitadas en aras del interés público por asociaciones de defensa de los consumidores (acciones colectivas).

El sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa, en lo que se refiere a la acción individual de un consumidor, en la idea de que éste se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo relativo a la capacidad de negociación como al nivel de información.

Para garantizar esta protección, la situación de desequilibrio entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato y en ese contexto, el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual tomando en consideración en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas de ese contrato, o de otro contrato del que dependa, apreciación de oficio que se estudia en otro capítulo de este trabajo.

Por lo que respecta a las acciones colectivas, debe señalarse que los legitimados para ejercitarlas no se encuentran en tal situación de inferioridad respecto a los profesionales.

La sentencia destaca que el carácter preventivo y la finalidad disuasoria de las acciones de cesación, así como su independencia con respecto a cualquier litigio individual concreto, implican que puedan ejercitarse tales acciones aun cuando las cláusulas cuya prohibición se solicita no se hayan utilizado en contratos determinados (sentencia de 26 de abril de 2012, Invitel, C-472/10, EU:C:2012:242, apartado 37).

En conclusión, las acciones individuales y colectivas tienen objetos y efectos jurídicos diferentes, de modo que la relación de índole procesal entre la tramitación de las unas y de las otras únicamente puede atender a exigencias de carácter procesal asociadas, en particular, a la recta administración de la justicia y que respondan a la necesidad de evitar resoluciones judiciales contradictorias, sin que la articulación de esas diferentes acciones deba conducir a una merma de la protección de los consumidores.

Lo expuesto conduce al Tribunal de Justicia a rechazar la conformidad con la Directiva de una normativa nacional que obligue al juez que conoce de una acción individual de un consumidor, dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula de un contrato que le une a un profesional, a suspender automáticamente la tramitación de esa acción en espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentra pendiente, ejercitada por una asociación de consumidores con el fin de que cese el uso, en contratos del mismo tipo, de cláusulas análogas a aquella contra la que se dirige dicha acción individual, sin que pueda tomarse en consideración si es pertinente esa suspensión desde la perspectiva de la protección del consumidor que presentó una demanda judicial individual ante el juez y sin que ese consumidor pueda decidir desvincularse de la acción colectiva.

Sección segunda. El mecanismo de control abstracto. Las acciones colectivas

Las acciones colectivas son una exigencia del artículo 7 de la Directiva 93/13 que, entre los medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, impone a los Estados miembros la inclusión de disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas.

Lo que caracteriza a las acciones colectivas es la atribución de la legitimación para su ejercicio a determinadas entidades que no tienen la consideración de adherentes con el objeto de expulsar del tráfico jurídico las condiciones generales que se consideran abusivas.

Se trata de un sistema de control de carácter general y, en su caso previo, esto es, no está vinculado a un contrato concreto y puede efectuarse con independencia de que efectivamente hayan sido incorporadas a un contrato, por ello, se trata de un control abstracto.

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, antes citada, respecto del control abstracto propio de las acciones colectivas señala que:

- a) Debe referirse al momento de la litispendencia o a aquel posterior en el que la cuestión se plantee dando oportunidad de alegar a las partes.
- b) No permite valorar de forma específica las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente.

c) No impide el control del carácter abusivo de las cláusulas, el hecho de que se inserten en contratos en los que el empresario o profesional no tenga pendiente el cumplimiento de ninguna obligación.

d) Las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo están sometidas a control de su carácter eventualmente abusivo.

A continuación describiremos los distintos tipos de acciones omitiendo las referencias a la legitimación y efectos de las sentencias estimatorias de esas acciones que se estudian en otros apartados de este trabajo.

1. La acción declarativa.

Esta acción, de carácter imprescriptible, se dirige a obtener una sentencia que reconozca una cláusula como condición general de la contratación y ordene su inscripción cuando ésta sea procedente (artículo 12.4 y 19 LCGC).

2. Las acciones de cesación y de prohibición.

La acción de cesación es la más típica de las acciones colectivas y se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz (artículo 12.2 LCGC).

Esta acción puede ejercitarse no solo frente la utilización de condiciones generales que resulten contrarias a lo dispuesto en esta Ley, o en otras leyes imperativas o prohibitivas (artículo 12.1 LCGC) sino también, como admite pacíficamente la doctrina, frente al riesgo de que se inicie la utilización de condiciones generales abusivas en cuyo caso, propiamente, la acción se denomina de prohibición.

Ambas modalidades se engloban bajo la denominación de acción inhibitoria siendo la acción de cesación y la de prohibición sus dos manifestaciones. La acción de cesación se ejercita cuando la condición general ya se ha utilizado en el tráfico jurídico y la de prohibición cuando aún no lo ha sido y, precisamente, se pretende evitar esa utilización.

La acción es, en principio, imprescriptible, pero si las condiciones generales se hubieran depositado en el Registro General de Condiciones Generales de la Contratación, prescribirá a los cinco años computados a partir del día en que se hubiera practicado dicho depósito y siempre y cuando dichas condiciones generales hayan sido objeto de utilización efectiva. En todo caso, podrá ser ejercitada durante los cinco años siguientes a la declaración judicial firme de nulidad o no incorporación que pueda dictarse con posterioridad como consecuencia de la acción individual (artículo 19.2 y 3 LCGC).

3. La acción de enriquecimiento injusto e indemnizatoria

A la acción de cesación pueden acumularse, como accesorias, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones (artículo 12.2 LCGC)

Como es natural, estas acciones son ejercitadas por los legitimados para el ejercicio de la acción colectiva pero los beneficiarios no son los legitimados sino los concretos

adherentes en trámite de ejecución de sentencia (artículos 221.1.1º y 519 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

4. La acción de retractación.

Esta acción puede ejercitarse frente a la recomendación de utilización de condiciones generales que resulten contrarias a lo dispuesto en LCGC, o en otras leyes imperativas o prohibitivas y tiene por objeto obtener una sentencia que declare e imponga al demandado, sea o no el predisponente, el deber de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar las cláusulas de condiciones generales que se consideren nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro (artículo 12.1 y 2 LCGC).

Esta acción está sometida al mismo régimen de prescripción que el de la acción de cesación (artículo 19.2 y 3 LCGC).

Sección tercera. Competencia objetiva

Con la entrada en funcionamiento de los Juzgados de lo Mercantil (1 de septiembre de 2004) el artículo 86 ter.2 d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuyó a los Juzgados de lo Mercantil la competencia objetiva para el conocimiento de las demandas en las que se ejercitaran acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia, lo que, en opinión mayoritaria, suponía que los Juzgados de lo Mercantil tenían atribuida la competencia objetiva tanto para el conocimiento de las acciones individuales como de las colectivas.

Tras la reforma operada en el artículo 86.ter.2.d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, en vigor desde el 1 de octubre de 2015, la competencia objetiva para conocer de las acciones individuales previstas en la legislación relativa a condiciones generales de la contratación y a la protección de consumidores y usuarios ha pasado a ser competencia de los Juzgados de Primera Instancia, si bien los recursos contra las resoluciones que dicten estos Juzgados en dicha materia corresponderá a las secciones especializadas en materia mercantil (artículo 82.2.2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

De este modo, las acciones individuales son competencia de los Juzgados de Primera Instancia y las colectivas de los Juzgados de lo Mercantil, pero los recursos contra las sentencias dictadas por éstos o aquéllos se residenan o concentran en las secciones especializadas en materia mercantil.

Antes de la mencionada reforma, que solo resulta aplicable a los procedimientos iniciados con posterioridad al día 30 de septiembre de 2015, y a pesar de que algunos Juzgados de lo Mercantil defendían que las acciones individuales de no incorporación o de nulidad de condiciones generales de contratación correspondían a los Juzgados de Primera Instancia mientras que las colectivas eran competencia de los Juzgados de lo Mercantil, no parecía ser este el criterio más correcto, al menos, según el auto de la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 12 de febrero de 2010 (ROJ: AAP M 2445/2010) y de la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Cantabria de 4 de febrero de 2015 (ROJ: SAP S 170/2015).

El artículo 86 ter.2 d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, antes de su reforma, atribuía a los Juzgados de lo Mercantil la competencia objetiva para el conocimiento de las demandas en las que se ejerciten *acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia*.

En la LCGC se contemplan tanto las acciones individuales (artículos 7 y 8) como las colectivas (artículo 12), sin que se apreciara razón alguna para expulsar de la competencia de los Juzgados de lo Mercantil a las acciones individuales de no incorporación (artículo 7) o a las de nulidad (artículo 8).

Tanto la acción individual de nulidad como la de no incorporación son acciones relativas a condiciones generales de la contratación previstas en la legislación sobre la materia por lo que desde el punto de vista de la interpretación literal o gramatical del precepto no existía fundamento legal para excluirlas de la competencia de los Juzgados de lo Mercantil.

Desde el punto de vista sistemático, la expresión que utilizaba la ley en el artículo 86 ter.2.d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial era idéntica a la empleada en el artículo 249.1.5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando remite al juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía, la tramitación de las demandas en las que se ejerciten *“acciones relativas a condiciones generales de contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia”*, salvo lo dispuesto en el punto 12º del apartado 1 del artículo 250, esto es, salvo la acción colectiva de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios. Tampoco en este caso se aprecia razón alguna para restringir la aplicación del juicio ordinario por razón de la materia a las acciones colectivas cuando, precisamente, se excluye de este cauce procesal la más significativa de las acciones colectivas, cual es la acción de cesación, por lo que se limitaría el ámbito de aplicación del artículo 249.1.5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil a las acciones colectivas de retractación y declarativa, lo que para admitirse sería necesario que sólo éstas se hubieran mencionado en dicho precepto en lugar de utilizar la más amplia expresión de *“acciones relativas a condiciones generales de contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia”*, que, sin duda, comprende también las acciones individuales de no incorporación y las de nulidad.

La misma conclusión se alcanzaba teniendo en cuenta los antecedentes legislativos, pues frente a la redacción del artículo 83 del anteproyecto de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial que atribuía a los Juzgados de lo Mercantil la competencia, entre otras, para conocer de *“las acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales”*, es decir, las previstas exclusivamente, con el mismo título, en el artículo 12 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, la redacción que finalmente se dio al artículo 86 ter 2 d) por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal, por la que se modificó la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, no distinguía entre las acciones individuales y colectivas comprendiendo ambas al referirse a las *“acciones relativas a condiciones generales de contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia”*.

El hecho de que el artículo 9 Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación remita a las reglas generales de la nulidad contractual para obtener la declaración de no incorporación al contrato o la nulidad de las cláusulas de condiciones generales no privaba a dichas acciones de su específica y expresa previsión en la normativa sobre condiciones generales de la contratación y, en consecuencia, de la competencia objetiva del juez de lo mercantil.

Tampoco parecía razonable distinguir entre acciones individuales y colectivas, a los efectos de distribuir la competencia objetiva entre Juzgados de Primera Instancia y los Juzgados de lo Mercantil, con fundamento en la sistemática seguida por el legislador para la atribución de determinadas materias a la competencia de los Juzgados de lo Mercantil en el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Esta interpretación no implicaba un riesgo de desdibujar el sentido de la especialización mercantil dentro del orden jurisdicción civil por la automática atracción de un enorme número de asuntos sobre cuestiones contractuales relativas a las condiciones generales de la contratación, lo que por otra parte no es un criterio de interpretación, como tampoco desnaturalizaba la especialización el crecimiento exponencial de los asuntos concursales al que debe darse solución con medidas de desarrollo de una planta adecuada o, en su caso, mediante puntuales medidas de apoyo y no por la vía de interpretaciones restrictivas de las competencias de los Juzgados de lo Mercantil.

En todo caso, la formulación de una pretensión con fundamento en un contrato que contenga condiciones generales de la contratación o, en otros términos, la mera invocación de la existencia y aplicación de condiciones generales de contratación no determinaba la competencia de los Juzgados de lo Mercantil. Por el contrario, ésta sólo podía afirmarse cuando se ejercitaban acciones relativas a condiciones generales de la contratación contempladas en su legislación específica, estando comprendidas en dicho ámbito tanto las acciones individuales de nulidad y las de no incorporación como las colectivas de cesación, retractación y declarativa, sin que el hecho de que se discutiera en el litigio sobre la mera interpretación de una condición general de la contratación, por ejemplo, permitiera atribuir la competencia a los Juzgados de lo Mercantil, pues el artículo 6 Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación no confiere acción alguna sino que fija determinadas reglas de interpretación que deben, en su caso, aplicarse por los Juzgados de Primera Instancia cuando interpreten condiciones generales de la contratación para la resolución de los conflictos atribuidos a su conocimiento.

Insistimos en que el panorama ha sido modificado, en el sentido ya indicado, por la reforma operada en el artículo 86.ter.2.d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, en vigor desde el 1 de octubre de 2015.

Sección cuarta. Competencia territorial

La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil derogó las normas que sobre competencia territorial contenía la LCGC (artículos 9.3 y 15), regulando la misma en el apartado 14º del artículo 52.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Respecto a las acciones individuales de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales de la contratación, la competencia territorial corresponde al tribunal del domicilio del demandante.

Cuando se ejerciten acciones colectivas de cesación, de retractación o declarativa, la competencia se atribuye al tribunal del lugar donde el demandado tenga su establecimiento y, a falta de éste, el de su domicilio. Si el demandado carece de domicilio en el territorio español, el juez competente será el del lugar en que se hubiera realizado la adhesión.

En el caso de que el predisponente tenga varios establecimientos en territorio español, la demanda podrá interponerse, a elección del demandante, en el tribunal correspondiente a cualquiera de ellos.

En los supuestos de acumulación subjetiva y objetiva de acciones individuales, esto es, cuando diferentes adherentes acumulan sus acciones de nulidad o de nulidad contra la misma entidad bancaria predisponente se plantea si es posible la acumulación cuando la competencia territorial para conocer de las distintas acciones acumuladas corresponde a distintos Juzgados por tener los adherentes demandantes su domicilio en distintas provincias y, en caso de mantener una postura favorable a la acumulación, cuál sería el Juzgado territorialmente competente.

Esta cuestión ha sido abordada por el Tribunal Supremo en su auto de fecha 3 de junio de 2015 (ROJ: ATS 5686/2015) en un supuesto de acumulación subjetiva de acciones en el que varios clientes de una entidad bancaria impugnaban sus respectivas cláusulas suelo. Partiendo de la posibilidad de acumular las acciones y de que la competencia territorial del artículo 52.1.14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se configura como un fuero imperativo, señala que la cuestión de la competencia territorial debe resolverse conforme a los criterios establecidos en el artículo 53 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regula la competencia territorial tanto para el supuesto de acumulación de acciones como para el de pluralidad de demandados.

El apartado primero del citado artículo 53 señala que: *"Cuando se ejerciten conjuntamente varias acciones frente a una o varias personas será Tribunal competente el del lugar correspondiente a la acción que sea fundamento de las demás; en su defecto, aquel que deba conocer del mayor número de las acciones acumuladas y, en último término, el del lugar que corresponda a la acción más importante cuantitativamente"*.

En el supuesto de que varios clientes de una entidad bancaria acumulen sus acciones individuales contra el banco predisponente solicitando la nulidad de las cláusulas suelo insertas en préstamos hipotecarios, ninguna de ellas es fundamento de la otra, por lo que la competencia está atribuida al Juzgado que lo fuera para conocer del mayor número de ellas.

Este mismo criterio ya lo habían mantenido el Tribunal Supremo en situaciones asimilables planteadas a propósito del ejercicio de acciones derivadas del contrato de seguro (sentencia de 10 de septiembre de 2014, ROJ: STS 4339/2014) y nulidad de contrato de participaciones preferentes precedidas de una oferta pública de suscripción de acciones (auto de 17 de febrero de 2016, ROJ: ATS 1061/2016).

Por último indicar que la problemática sobre la competencia la validez de las cláusulas de sumisión expresa será estudiada en el apartado siguiente de este trabajo al que nos remitimos.

CAPÍTULO VI

Algunos supuestos de nulidad de cláusulas atinentes a cuestiones procesales

Sección primera. Sobre la validez de las cláusulas de sumisión expresa

Las reglas sobre competencia territorial que hemos expuesto y que se recogen en el artículo 52.1.14º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se configuran, tanto respecto de las acciones individuales como de las colectivas, con carácter imperativo.

Recordemos que cuando se ejercitan las acciones individuales de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales de la contratación, la competencia territorial corresponde al tribunal del domicilio del demandante.

Se trata de proteger al adherente demandante que ejercita la demanda y por ello se establece como juez competente el correspondiente a su domicilio.

Cuando se ejerciten acciones colectivas de cesación, de retractación o declarativa, la competencia territorial se atribuye al tribunal del lugar donde el demandado tenga su establecimiento y, a falta de éste, el de su domicilio. Si el demandado carece de domicilio en el territorio español, el juez competente será el del lugar en que se hubiera realizado la adhesión.

El artículo 54.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil otorga expresamente carácter imperativo a las reglas atributivas de competencia territorial referidas al ejercicio de acciones individuales y colectivas respecto de condiciones generales de la contratación por lo que no son válidas las cláusulas de sumisión expresa ni es operata la sumisión tácita.

Por lo demás, el apartado 2 del artículo 54 indica que no será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios.

Resulta patente, en consecuencia, que ninguna eficacia puede atribuirse a las cláusulas de sumisión expresa contenidas en contratos que contengan condiciones generales de la contratación.

Aun cuando no se hubiera establecido el carácter imperativo del fuero territorial en nuestra legislación, la cláusula de sumisión expresa al juez que no fuera el del domicilio del adherente cuando se trata del ejercicio de acciones individuales sería nula por abusiva.

El Tribunal de Justicia en su sentencia de fecha 27 de junio de 2000, asuntos acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98 (ECLI:EU:C:2000:346), señala que una cláusula atributiva de competencia que sea incluida sin que haya sido objeto de una negociación individual en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional y que confiere competencia exclusiva a un Tribunal en cuyo territorio se encuentra el domicilio del profesional, debe considerarse abusiva a los efectos del artículo 3 de la Directiva 93/13, en la medida en

que, a pesar de la exigencia de buena fe, crea, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal de Justicia en sus sentencias de 4 de junio de 2009, asunto C-243/08 (ECLI:EU:C:2009:350) y 9 de noviembre de 2010, asunto C-137/08 (ECLI:EU:C:2010:659).

Sección segunda. Cláusula sobre costas

Las normas sobre imposición de costas contenidas en los artículos 394 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Civil tienen carácter imperativo y, en consecuencia, como las normas de carácter procesal, no son disponibles. De este modo son nulas las cláusulas que en contradicción con las reglas contenidas en dichos preceptos atribuyan el pago de las costas procesales a una de las partes del contrato y más concretamente al adherente.

El Tribunal Supremo viene rechazando la eficacia de los pactos sobre costas que, en ningún caso vinculan a los tribunales. Así lo declara la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1998 (ROJ: STS 3283/1998) cuando, resumiendo la doctrina jurisprudencial, indica que: «...los pactos sobre costas no tienen carácter vinculante para el órgano jurisdiccional; así la sentencia de 17 de mayo de 1993 dice que el pacto sobre costas vulnera lo dispuesto en el artículo 1168 del Código Civil, que reserva la decisión sobre los judiciales a los Tribunales "con arreglo la Ley de Enjuiciamiento Civil"; y la sentencia de 1 de marzo de 1994 establece que "en cuanto al pacto sobre abono de gastos....que, en opinión del recurrente, debió dar lugar a que no se le impusieran las costas causadas en la instancia, ha de negarse la eficacia del mismo que se pretende, pues a partir de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley de 6 de agosto de 1984, ha de estarse a lo dispuesto en la misma (art. 1168 del Código Civil) sin que los órganos jurisdiccionales se hallen vinculados por los posibles pactos entre las partes, dado el carácter imperativo de la norma procesal"; doctrina acogida igualmente en la sentencia de 22 de enero de 1997 a cuyo tenor "la sentencia de esta Sala contenía el pronunciamiento de imposición de costas a la parte recurrente, por consiguiente han de ser satisfechas por ella, en cuanto no contengan partidas indebidas".».

Sección tercera. Cláusulas sobre preconstitución y carga de la prueba

El artículo 88.2 LGDCU declara abusiva la imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor y usuario en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante.

Igualmente, el apartado 3 del citado precepto atribuye carácter abusivo a la imposición al consumidor de la carga de la prueba sobre el incumplimiento, total o parcial, del empresario proveedor a distancia de servicios financieros de las obligaciones impuestas por la normativa específica sobre la materia.

Cuestión distinta es la relativa al pacto de liquidez en los contratos de crédito por el que se pacta que la certificación expedida por la entidad bancaria en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo, determina la liquidez de la

cantidad a efectos de despachar ejecución, lo que además tiene respaldo normativo en el artículo 572.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CAPÍTULO VII

El anuncio extraprocésal de cese en la aplicación de la cláusula cuestionada. Efectos en el proceso

No es un hecho extraño en la materia que nos ocupa, las distintas posiciones de las entidades de crédito ante determinados pronunciamientos judiciales que les mueven a adoptar decisiones de específica política comercial, incluyendo la cesación en el uso de determinadas cláusulas contractuales incorporadas a sus condicionados generales.

La cuestión que formulamos en este capítulo es la relativa al efecto en el proceso que estos anuncios fuera o al margen del proceso pueden tener en el proceso ya iniciado.

Pues bien, la respuesta se nos presenta contundente. Ningún efecto puede tener en el proceso un anuncio extraprocésal si no se traduce en un acto procesal de allanamiento, total o parcial, a las pretensiones deducidas en la demanda. Ningún efecto respecto del objeto del proceso, ni desde luego respecto de las costas procesales.

Como es evidente, el art. 21 no contempla formas de allanamiento no ya ambiguas sino externas al propio proceso.

Cosa distinta es el caso de la satisfacción procesal a que hace referencia el art. 413 en relación al art. 22.1 LEC, si bien ha de tenerse en cuenta que ello requiere efectiva realización de la pretensión deducida en el proceso una vez iniciado éste, si bien de nuevo nos encontramos ante un hecho de naturaleza procesal pues solo tiene efecto en el proceso en tanto es puesta de manifiesto en el proceso mismo.

CAPÍTULO VIII

La mediación en consumo como ADR o Sistema Alternativo de Resolución de conflicto

Sección primera.- Normativa europea: Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del

Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

La Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asunto civiles y mercantiles define la mediación en su artículo 3 como *" un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro. Incluye la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio. No incluye las gestiones para resolver el litigio que el órgano jurisdiccional o el juez competentes para conocer de él realicen en el curso del proceso judicial referente a ese litigio"*.

Y al mediador como *"todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación."*

La aparición de la mediación de consumo a nivel europeo ha tenido su expresión principal en la Directiva 2013/11/UE, Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo), constituye la norma sobre la que se van a desarrollar los sistemas alternativos de resolución de conflictos (ADR) en materia de consumo.

La Directiva hace referencia en su artículo 2, a los tres sistemas de ADR que identificamos como conciliación, arbitraje y mediación.

En concreto, con ocasión de la definición de su ámbito de aplicación, se establece que la resolución alternativa de litigios en materia de consumo se desarrollará a través de entidades de resolución alternativas de conflictos, quienes propondrán una solución -conciliación-, la impondrán -arbitraje-, o reunirán a las partes con el fin de facilitar una solución amistosa -mediación.

Como es sabido, se trata de tres figuras claramente diferenciables pues mientras que el arbitraje es sistema heterocompositivo para la resolución de conflictos caracterizado por intervenir en el conflicto un tercero imparcial cuya decisión, siempre de carácter vinculante, impone la solución del conflicto, la conciliación y la mediación son modalidades autocompositivas que se caracterizan por prever que sean las partes implicadas las que resuelvan por sí mismas el conflicto. La mediación, de entre las formas autocompositivas, ha sido desarrollada normativamente, comprendiendo especialización del mediación en determinadas técnicas que le permitan desarrollar su papel.

Pues bien, y por lo que aquí interesa ha de señalarse que la Directiva faculta a cada Estado miembro la posibilidad de determinar si las entidades de resolución de conflictos de su Sistema de consumo tienen o no capacidad arbitral, es decir, si tienen la facultad de imponer una solución al conflicto surgido entre consumidores y

empresarios o si, por el contrario, dicha solución será alcanzada por las partes implicadas a través de la mediación o la conciliación.

Sección segunda.- La mediación en consumo en España. Su repercusión procesal.

En España el sistema de ADR español de consumo está asentado sobre el principio de arbitraje de consumo.

En efecto, la Ley 5/2012, de 6 de junio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, dice en su artículos 2 que “se entiende por mediación aquél medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más parte intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador.”.

Pero su ámbito de aplicación son los asuntos civiles y mercantiles, excluyéndose explícitamente el citado art. 2 LM la materia de consumo de su ámbito de aplicación y ello porque el Sistema Arbitral de Consumo ya prevé la mediación como parte del proceso de arbitraje.

En concreto, el art. 38 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, se refiere a la mediación para decir que la misma está integrada en el procedimiento arbitral y tiene lugar en el momento inicial del mismo, una vez que se admite la solicitud de arbitraje.

En este modelo la reclamación es una comunicación remitida por un consumidor a un empresario a través de la autoridad de consumo competente, exponiendo los hechos que han generado un conflicto entre ambos y solicitando una reparación del daño causado o una compensación por el mismo. Trasladada a la parte reclamada, y ofreciéndole la posibilidad de allanarse y atender a la pretensiones del consumidor, en caso de desacuerdo el siguiente paso es acudir a la sesión de arbitraje, bien de forma obligatoria por encontrarse adherido al Sistema Arbitral de Consumo, bien de forma voluntaria por no pertenecer al mismo.

A ello se refiere la propia Exposición de Motivos del RD 231/2008 cuando dice que "*el papel de la mediación en el procedimiento arbitral, absteniéndose de regular este instituto de resolución de conflictos por confluencia con las competencias autonómicas sobre la materia*".

Por tanto, la mediación en consumo no es sino una intermediación por parte de la Administración entre el consumidor y el empresario.

CAPÍTULO IX

Condiciones generales en contratos con consumidores y usuarios. Abusividad y transparencia. Control de oficio

Ha sido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia al interpretar el concepto de "no vinculación" a que hace referencia el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, la que ha provocado -ya lo avanzábamos en el apartado 2) de la sección séptima del capítulo V de este módulo- una auténtica revolución de naturaleza procesal en nuestro ordenamiento al elevar por encima de determinados principios prototípicos de nuestro proceso, la garantía al consumidor de una protección más eficaz, provocando de hecho diversas modificaciones legales de índole procesal -en especial en lo que hace a los procedimientos monitorios y al procedimiento de ejecución hipotecaria-.

El Tribunal de Justicia, tomando en consideración la situación de inferioridad del consumidor frente al empresario o profesional, traducida en la pérdida de capacidad de negociación y de vulnerabilidad, ha asumido la interdicción de indefensión material y la ha proyectado como mecanismo corrector del proceso en beneficio del consumidor atendiendo en realidad, no solo a una razón de justicia material sino también, como objetivo de política general de disuasión al uso de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores.

Y entre las consecuencias de tal paradigma, se encuentra la del control judicial de oficio, habiendo declarado con reiteración el Tribunal de Justicia desde su Sentencia de 27 de junio de 2000, caso Océano Grupo Editorial y otros, asuntos acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98 (ECLI:EU:C:2000:346), que constituye una carga que corresponde al juez nacional examinar de oficio la validez de las cláusulas de los contratos concertados con consumidores tan pronto disponga de elementos de hecho y de derecho necesarios para ello.

A lo que autoriza el control de juicio al juez, desde un punto de vista material, es a, aun sin alegación de parte alguna, llevar a cabo los controles de inclusión, transparencia y abusividad con independencia de la fase del procedimiento donde el tema se suscite, aunque con los límites -lógicos- que luego señalaremos.

Como dice la STJUE de 21 de febrero de 2013, caso C- 472/2011, asunto Banif Plus Bank Zrt (ECLI:EU:C:2013:88)

“el papel que el Derecho de la Unión Europea atribuye al juez nacional en la materia, no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión”.

En lógica relación con este control, el Tribunal de Justicia, en sus Sentencias de 9 de noviembre de 2010, 14 de junio de 2012 y la citada de 21 de febrero de 2013 (todas las cuales serán seguidamente identificadas), ha entendido que la potestad de juez se extiende también a ordenar la práctica de las diligencias de prueba necesarias para determinar y concretar si una cláusula es o no abusiva. Y es que como dice la STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, caso Gutiérrez Naranjo y otros (ECLI:EU:C:2016:980), el juez nacional debe

apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de la Directiva y, de este modo, subsanar el desequilibrio que exista entre el consumidor y el profesional, desde el momento en que disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello.

Las Sentencias que en concreto ha dictado el Tribunal de Justicia introduciendo la institución que referimos, han sido las siguientes:

1. Sentencia de 27 de junio de 2000, asuntos acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98, caso Océano Grupo Editorial y otros (ECLI:EU:C:2000:346): en esta sentencia, el Tribunal declara por primera vez que el juez nacional «puede» apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual.

2. Sentencia de 26 de octubre de 2006, C-168/05, asunto Mostaza Claro (ECLI:EU:C:2006:675): afirma el Tribunal el órgano jurisdiccional nacional, cuando estime que el convenio arbitral contiene una cláusula abusiva, debe apreciar la nulidad del convenio y anular el laudo, siendo indiferente la alegación o no por parte del consumidor.

3. Sentencia de 4 de junio de 2009, Sala Cuarta, C-243/08, asunto Pannon GSM Zrt. (ECLI:EU:C:2009:350). Se reconoce al juez la posibilidad de examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contractuales, aunque el consumidor no haya realizado ninguna petición al respecto.

4. Sentencia de 6 de junio de 2009, Sala Primera, C-40/08, asunto Asturcom Telecomunicaciones, S.L. (ECLI:EU:C:2009:305). Se reconoce que el juez tiene facultad para examinar de oficio una cláusula de sumisión a arbitraje en el momento de la admisión a trámite de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral.

5. Sentencia de 3 de junio de 2010, asuntos C-484/2008, asunto Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (ECLI:EU:C:2010:309). Afirma que los artículos 4.2 y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible.

6. Sentencia de 9 de noviembre de 2010, C-137/2008, caso VB Pénzügyi Lízing (ECLI:EU:C:2010:659). Concita en el caso Pannon GSM Zrt, reitera que el juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula atributiva de competencia jurisdiccional territorial presenta un carácter eventualmente abusivo, y en caso afirmativo debe declarar de oficio su nulidad.

7. Sentencia de 15 de marzo de 2012, C-453/2010, asunto Perenicová y Perenic (ECLI:EU:C:2012:144): de acuerdo con la sentencia a la hora de valorar si un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que contiene una o varias cláusulas abusivas puede subsistir sin éstas, el juez no puede basarse únicamente en el carácter eventualmente favorable para una de las partes de la anulación de todo el contrato. Y añade que la Directiva no se opone a que un Estado miembro establezca que un contrato profesional-consumidor con varias cláusulas abusivas es totalmente nulo cuando así se garantice una mejor protección del consumidor.

8. Sentencia de 26 de abril de 2012, C-472/10, asunto Invitel (ECLI:EU:C:2012:242). Los órganos jurisdiccionales nacionales deben apreciar el carácter abusivo de una cláusula que forma parte de las condiciones generales de la contratación.

9. Sentencia de 14 de junio de 2012, C-618/2010, asunto Banco Español de Crédito S.A. (ECLI:EU:C:2012:340). Vulnera la Directiva una normativa nacional que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio examine de oficio –ni "in limine litis", ni en ninguna fase del procedimiento– el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición.

10. Sentencia de 21 de febrero de 2013, caso C-472/2011, asunto Banif Plus Bank Zrt (ECLI:EU:C:2013:88). Sostiene que de acuerdo con los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva, el juez nacional que ha comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual no está obligado a esperar a que el consumidor, una vez informado de sus derechos, presente una declaración donde solicite la anulación de la cláusula. Ello no obstante, el principio de contradicción obliga al juez nacional a informar a las partes sobre el carácter abusivo de una cláusula y ofrecerles la posibilidad de debate según las formas previstas por las reglas procesales nacionales.

11. Sentencia de 30 de mayo de 2013, caso C-397/2011, asunto Joros (ECLI:EU:C:2013:340). Afirma que cuando un tribunal nacional, que conoce en apelación de un litigio sobre la validez de cláusulas incluidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor sobre la base de un formulario redactado previamente por ese profesional, está facultado según las reglas procesales internas para apreciar cualquier causa de nulidad que derive con claridad de los elementos presentados en primera instancia, y pararecalificar en su caso, en función de los hechos acreditados, el fundamento jurídico invocado para sustentar la invalidez de esas cláusulas, debe apreciar, de oficio o previa recalificación del fundamento jurídico de la demanda, el carácter abusivo de las referidas cláusulas a la luz de los criterios de la Directiva.

12. Sentencia de 30 de mayo de 2013, C-488/2011, asunto Asbeek Brusse y de Man Garabito (ECLI:EU:C:2013:341). Entiende que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que cuando el juez nacional esté facultado, según las normas procesales internas, para anular de oficio una cláusula contraria al orden público o a una norma legal imperativa cuyo alcance justifique esa sanción, "deberá" en principio, tras haber ofrecido a las partes la posibilidad de un debate contradictorio, anular de oficio una cláusula contractual cuyo carácter abusivo haya apreciado a la luz de los criterios de la Directiva.

13. Sentencia de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, caso Gutiérrez Naranjo y otros (ECLI:EU:C:2016:980). La Sentencia, que resuelve el caso de la retroactividad de las cláusulas suelo, afirma que atendida la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de consumidores, el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de la Directiva y, de este modo, subsanar el desequilibrio que exista entre el consumidor y el profesional, desde el momento en que disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello.

Por su lado el Tribunal Supremo, asumiendo esta doctrina, ha dictado entre otras, las Sentencias 705/2015, de 23 de diciembre de 2015 (ROJ 5618/2015), que trata el tema del control de oficio y la incongruencia y la Sentencia 265/2015, de 22 de abril de 2015 (ROJ 1723/2015) que analiza el control de oficio desde la infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la incongruencia.

Sección primera. Límites al control de oficio. Principio de contradicción y aquietamiento del consumidor

El punto de partida a la hora de aplicar el control de oficio es la garantía de los principios de defensa, lo que implica los de audiencia y contradicción.

A ello se refieren las STJUE en los asuntos Banif Plus Bank Zrt y Asbeek Brusse y de Man Garabito (*ut supra*) que partiendo del artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales concluye que el juez nacional, después de haber determinado que una cláusula presenta carácter abusivo, está obligado a informar de ello a las partes procesales y a instarles a que debatan de forma contradictoria según las formas previstas.

Cabe en todo caso un posible aquietamiento a la cláusula abusiva, toda vez que la tutela del consumidor no puede imponerse contra su voluntad.

En este sentido, la sentencia del caso Pannon (*ut supra*), afirma en su apartado 33 que “*el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula*”, de tal forma que “*cuando considere que tal cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone*”.

El apartado 35 de la sentencia Banif Plus Bank Zrt, al referirse a la articulación de mecanismos de contradicción, concluye que la posibilidad ofrecida al consumidor de expresar su opinión extremo obedece también a la obligación que incumbe al juez nacional de tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, no obstante, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula.

A ello se refiere también la STS 705/2015, de 23 de diciembre (*ut supra*) que, trayendo a colación el Auto de 6 de noviembre de 2013 (Roj : ATS 10482/2013), que resolvió el incidente de nulidad de actuaciones deducido contra la sentencia del Pleno nº 241/2013, de 9 de mayo recuerda que en dicha resolución se establecía que “[e]n la medida en que sea necesario para lograr la eficacia del Derecho de la Unión, en los supuestos de cláusulas abusivas, los tribunales deben atemperar las clásicas rigideces del proceso, de tal forma que, en el análisis de la eventual abusividad de las cláusulas cuya declaración de nulidad fue interesada, no es preciso que nos ajustemos formalmente a la estructura de los recursos. Tampoco es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas como abusivas». Y sobre dicha base, el mencionado auto recordó que «[l]a

correlación o concordancia entre las peticiones de las partes y el fallo de la sentencia en que consiste la congruencia no puede ser interpretada como exigencia de un paralelismo servil del razonamiento de la sentencia con las alegaciones o argumentaciones de las partes, puesto que el deber de congruencia es compatible con un análisis crítico de los argumentos de las partes e incluso con el cambio de punto de vista jurídico expresado con el tradicional aforismo "iura novit curia" [el juez conoce el derecho] siempre que ello no suponga una mutación del objeto del proceso que provoque indefensión (por todas, sentencia núm. 365/2013 , de 6 de junio)».

Sección segunda. Obstáculos procesales. Procedimiento y plazo

Si como hemos reiterado son límites básicos, por fundamentales, los relativos a la garantía de la defensa, audiencia y contradicción de la parte contraria - empresario/profesional-, no los hay, sin embargo, desde el punto de vista del proceso y del plazo, pues se superpone con claridad la garantía del consumidor.

En efecto, las sentencias del TJUE permiten que el juez –aun sin alegación de las partes declare el carácter abusivo de una cláusula, al margen del procedimiento o fase en que se suscite.

Así, en el marco de las acciones de cesación, la STJUE de 26 de abril de 2012, asunto Invitel (*ut supra*), afirma que:

“cuando (...) haya sido declarada abusiva una cláusula de las condiciones generales, los órganos jurisdiccionales nacionales deberán aplicar de oficio, también en el futuro, todas las consecuencias previstas por el Derecho nacional, para que los consumidores que hayan celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales no resulten vinculados por dicha cláusula”.

La STJUE de 14 de junio de 2012, asunto Banco Español de Crédito S.A. (*ut supra*), entiende que un régimen procesal que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando ya disponga de todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios, examine de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición, menoscaba la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13.

Dice el Tribunal que

“en este contexto, procede declarar que un régimen procesal de este tipo, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando ya disponga de todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio —in limine litis ni en ninguna fase del procedimiento— el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de noviembre de 2002, Cofidis, C-473/00, Rec. p. I-10875, apartado 35).

En efecto, habida cuenta de la configuración general, desarrollo y peculiaridades del proceso monitorio, tal como se han descrito en los apartados 50 a 52 de la presente

sentencia, existe un riesgo no desdeñable de que los consumidores afectados no formulen la oposición requerida, ya sea debido al plazo particularmente breve previsto para ello, ya sea porque los costes que implica la acción judicial en relación con la cuantía de la deuda litigiosa puedan disuadirlos de defenderse, ya sea porque ignoran sus derechos o no perciben cabalmente la amplitud de los mismos, o ya sea debido, por último, al contenido limitado de la demanda presentada por los profesionales en el proceso monitorio y, por ende, al carácter incompleto de la información de que disponen.

De este modo, bastaría con que los profesionales presentaran la demanda en un proceso monitorio en lugar de hacerlo en el juicio civil ordinario para privar a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13, lo que resulta asimismo contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho nacional, no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13 (sentencia Pannon GSM, antes citada, apartado 34).”.

CAPÍTULO X

Carga de la prueba de la condición de consumidor

Sección primera. Objeto de la prueba (¿Qué probar?)

La carga de probar que no estamos ante una condición general o que el adherente no ostenta la condición de consumidor recae sobre el profesional que así lo afirme, así resulta tanto de la Directiva 93/2013 como del art. 82.2 LGDCU.

Tal y como recuerda la STJUE Constructora Principado SA & José Ignacio Menéndez Álvarez, de 16 de enero de 2014, asunto C-226/12, ECLI:EU:C:2014:10, en su párrafo 19, es un hecho notorio que en determinados sectores de la contratación con los consumidores, en especial los bienes y servicios de uso común a que hace referencia el art. 9 TRLCU, entre los que se encuentran los servicios bancarios, los profesionales o empresarios utilizan contratos integrados por condiciones generales de la contratación. De ahí que tanto la Directiva (art. 3.2) como la norma nacional que la desarrolla (art. 82.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) prevean que el profesional o empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba de esa negociación.

Alegación de la condición de condición particular y prueba. Para que se considere que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación no tienen el carácter de condiciones generales, o de cláusulas no negociadas, y se excluya el control de abusividad, no basta con incluir en el contrato predispuesto un epígrafe de "condiciones particulares" o menciones estereotipadas y predispuestas que afirmen su carácter negociado (sobre la ineficacia de este tipo de

menciones predispuestas, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, nos hemos pronunciado en las sentencias núm. 244/2013, de 18 abril , y 769/2014, de 12 de enero de 2015) ni con afirmar sin más en el litigio que la cláusula fue negociada individualmente. Para que la cláusula quede excluida del control de abusividad es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario. Si tales circunstancias no son expuestas y probadas adecuadamente, la alegación de que ha existido negociación es solo una fórmula retórica carente de contenido real, y supone identificar contratación voluntaria y prestación de consentimiento libre en documento intervenido notarialmente con negociación contractual. En tal sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, nº 265, de 22 de abril de 2015 (Roj: STS 1723/2015).

Sobre la carga de la prueba del carácter negociado de los contratos celebrados con consumidores también se pronunció la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, nº 222, de 29 de abril (Roj: STS 2207/2015) y anteriormente la ya citada sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo.

Alegación de la condición de consumidor y prueba.

Conforme al *art. 2.b de la Directiva 1993/13/CEE* , ha de entenderse por consumidor toda persona física que, en los contratos regulados por la Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional. La Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, consideró consumidores o usuarios a las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden, excluyendo de tal consideración a quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. Y el vigente Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, considera consumidores a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión y a las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

Según expone el Tribunal Supremo, Sala de lo civil, en Sentencia nº 265, de 22 de abril de 2015 (Roj: STS 1723/2015), *“que el dinero prestado no fuera destinado a bienes de primera necesidad es irrelevante para la conceptualización del prestatario como consumidor. Para que el contrato esté excluido del ámbito tuitivo de la normativa de protección de consumidores por razones subjetivas es necesario no solo que el adherente sea también profesional o empresario, sino que, siendo una persona física, conste que la celebración del contrato se realice en calidad de tal empresario o profesional, por destinar el objeto del contrato a su actividad comercial, empresarial o profesional, valga la redundancia.”*

CAPÍTULO XI

Otros aspectos probatorios examinados por la jurisprudencia

Sección primera. Relevancia de la prueba testifical.

Es frecuente que en los procedimientos de nulidad de cláusulas abusivas se solicite la testifical del empleado de la entidad financiera con la que se negoció el contrato al que se le insertaron las cláusulas impugnadas. En muchas ocasiones tales testigos siguen siendo empleados de la entidad financiera por los que se pone en duda por la contraparte la imparcialidad de su declaración, no siendo en muchas ocasiones prueba suficiente para acreditar la información suministrada. Pero sin duda es un elemento a tener en cuenta, junto con la documental y con el interrogatorio de parte, para valorar en su conjunto si se ha superado o no en el caso de autos el doble control de transparencia.

En la Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo civil, nº 674, 9 de diciembre de 2015 (ROJ: STS 5154/2015) en cuanto a la valoración de la testifical de los empleados de la entidad financiera se indica que es perfectamente lógico considerar insuficiente tal declaración para acreditar la información suministrada vista su relación con una de las partes: « 3.- *El error notorio y patente en la valoración de la prueba testifical consistiría en haber hecho caso omiso a las declaraciones testificales de los empleados de Banco Santander, pese a la «claridad y rotundidad» de tales testificales, algunas de las cuales resultaron «reveladoras», que calificaron al administrador de la demandante como una persona experimentada, un empresario diligente.*

La valoración de esta prueba hecha por la Audiencia entra dentro del ámbito de la sana crítica en la valoración de la prueba testifical, en la que una de las cuestiones determinantes de la fuerza probatoria de la declaración del testigo es la relación que pueda tener con alguna de las partes y el interés directo o indirecto que pueda tener en el asunto. Y en este caso, los testigos eran los empleados del banco demandado responsables de la sucursal en la que se ofreció a la demandante la celebración del contrato de swap y que por tanto estaban obligados a suministrarle la información que la demandante afirma que no le fue facilitada. En tales circunstancias, considerar insuficiente la declaración de estos testigos para acreditar que se facilitó a la demandante una información adecuada de la naturaleza y riesgos del producto que se le ofertaba no solo no es irracional y arbitraria, sino que es perfectamente lógica.

En todo caso hay que tener en cuenta que todas las pruebas practicadas deben valorarse conjuntamente, de acuerdo con los criterios de la sana crítica.

Sección segunda. La prueba documental

Al hablar de la prueba documental debemos tener en cuenta tanto los documentos precontractuales aportados a las actuaciones, como la oferta vinculante, como la propia escritura y contrato en el que consta la cláusula o los informes o dictámenes técnicos que sobre el objeto de la litis aporten las partes.

En cuanto a la función del Notario, debemos destacar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, nº 464, de 8 de septiembre de 2014, (Roj: STS 3903/2014) en la que el Tribunal considera que, sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ello solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia.

Sigue la misma sentencia analizando la valoración de la oferta vinculante en el siguiente sentido *“En segundo lugar, una vez que ha quedado excluido el cumplimiento, por parte del predisponente, del deber de transparencia en el propio curso de la oferta y de la reglamentación predispuesta cabe plantearse, en su caso, si este control queda acreditado en el ámbito de la “transparencia formal o documental” que acompaña a este modo de contratar, particularmente del documento en donde se contempla la llamada oferta vinculante. Al respecto, la respuesta debe ser también negativa pues el citado documento sigue el mismo esquema formal de las escrituras públicas analizadas en donde la cláusula suelo, referida a un “tipo mínimo anual”, queda encuadrada en el apartado correspondientemente rubricado con referencia excluida al “tipo de interés variable” (condición 3 bis de la oferta), sin mayor precisión y comprensibilidad de su alcance o relevancia y en un contexto caracterizado por la abundancia de datos y formulaciones bancarias, ausente, por otra parte, de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés mínimo en el momento de la contratación; criterios, todos ellos, tenidos en cuenta por esta Sala en el caso similar que dio lugar a la Sentencia de 9 de mayo de 2013 “.*

Respecto de la intervención de notario también recordar la STS 138/2015, de 24 de marzo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1279), que sintetiza el criterio de la Sala del Tribunal Supremo en esta cuestión con remisión a la STS 464/2014 y añade que en la medida que la intervención del notario tiene lugar al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, a menudo simultáneo a la compra de la vivienda, no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada, por lo que si la información previa era errónea la función del notario poco puede aportar para superar el doble control de transparencia.

Mientras en la resolución mencionada parece quitarle importancia a la función notarial en la reciente STS nº 788, de 9 de marzo de 2017, Roj: STS 788/2017, el TS vuelve a poner el peso probatorio en el Notario, *“5. En una acción individual como la presente, el juicio sobre la transparencia de la cláusula no tiene por qué atender exclusivamente al documento en el cual está inserta o a los documentos relacionados, como la previa oferta vinculante, sino que pueden tenerse en consideración otros medios a través de los cuales se pudo cumplir con la exigencia de que la cláusula en cuestión no pasara inadvertida para el consumidor y que este estuviera en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba.*

En este sentido, en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de

claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia.”

Respecto de la valoración de la prueba pericial la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, nº 222, de 29 de abril (Roj: STS 2207/2015) indica que la falta de impugnación por la demandante en la audiencia previa de los informes y dictámenes aportados por BBVA solo significa que no cuestionó su autenticidad, no que admitiera sus conclusiones probatorias, pues las mismas eran contrarias a los hechos y fundamentos de derecho de su demanda, que expresamente mantuvo en todos sus extremos. Esa falta de impugnación tampoco implica que el tribunal esté obligado a admitirlas y partir de las mismas para decidir el litigio. Además considera que la falta de aportación por la demandante de un informe pericial (a diferencia de la parte demandada, que ha aportado sendos informes de una importante consultora y de un catedrático de universidad) no puede traer como consecuencia que el tribunal se decante por la tesis de la demandante. Añade que de ser así *“si los tribunales hubieran de plegarse necesariamente a las conclusiones de los informes periciales emitidos por peritos prestigiosos, se estaría permitiendo que la desproporción de medios económicos y de asistencia técnica entre los consumidores y las empresas con las que litigan se tradujera necesariamente en la desestimación de las pretensiones de aquellos y la estimación de las de estas. Tal conclusión no es conforme con lo previsto en el art. 9.2 de la Constitución , ni con la necesidad de superar la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional (que se traduce con frecuencia en una inferior asistencia técnica del consumidor) para garantizar la protección a que aspira la Directiva 1993/13/CEE, situación de desequilibrio que ha puesto de relieve el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE) en numerosas sentencias (sentencias de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10 , caso Banesto, apartado 41 ; de 21 de febrero de 2013, caso Banif Plus Bank, C -472/11, apartado 19 ; y de 30 de mayo de 2013 , C 488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, apartado 31; de 10 de septiembre de 2014, caso SMART Capital , asunto C-34/13, apartado 48 ; de 21 de enero de 2015 , asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank, apartado 30; de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14 , caso Van Hove , apartado 26, entre las más recientes).”*

Es interesante la citada resolución puesto que menciona un caso muy habitual en la práctica como es que las partes aporten dictámenes con valoraciones jurídicas, los cuales no pueden ser tenidos en cuenta por el juez, así considera que *“los informes periciales aportados por BBVA alcanzan conclusiones (como las relativas a la buena fe de las entidades que incluyeron cláusulas suelo en los contratos de préstamo, al cumplimiento de los preceptos legales y reglamentarios, al carácter negociado de estas cláusulas, a la trascendencia de la intervención notarial, a la proporción o desproporción del suelo y el techo, al equilibrio o desequilibrio, a la razonabilidad, en definitiva, a su validez) que suponen una valoración jurídica. Tal valoración jurídica pueden hacerla las defensas letradas de las partes y el tribunal, pero no los peritos, por lo que tales conclusiones no pueden servir para sustentar las tesis de la recurrente”.*