

Remedios del consumidor ante la abusividad en los instrumentos no financieros

Consumer remedies for abusive clauses in non-financial instruments

por

CRISTINA ARGELICH COMELLES
Profesora Doctora de Derecho civil
Acreditada a Profesor Ayudante Doctor
Universidad de Cádiz

RESUMEN: Este artículo tiene por objeto examinar los remedios de los que dispone el consumidor para hacer frente a la abusividad en la contratación bancaria de cualquier instrumento no financiero. Estos se estructuran en unos controles preventivos, que afectan a la fase de formación del contrato y que permiten evitar su excesiva onerosidad, y unos remedios, en sentido estricto, que inciden en su ejecución. En atención a la importancia que ha tenido en los últimos años la inobservancia de estos controles en los préstamos hipotecarios, y por la reciente jurisprudencia en materia de consumo que los ha ampliado, se reservará una parte final con algunas soluciones para las cláusulas potencialmente abusivas.

ABSTRACT: *This paper analyses consumer remedies for abusive clauses in banking contracts of non-financial instruments. This protection refers, on the one hand, to some preventive controls, in particular regarding contract formation to avoid hardship and, on the other hand, to some remedies in contract execution. In accordance with the importance of abusive clauses in mortgage loans and*

consumer case law, which has extended these controls, we will finally examine some solutions to this matter for potentially abusive clauses.

PALABRAS CLAVE: Deber de información precontractual. Cláusulas abusivas. Control de incorporación. Control de transparencia. Excesiva onerosidad.

KEY WORDS: *Pre-contractual information duties. Abusive clauses. Incorporation test. Transparency rules. Hardship.*

SUMARIO: I. EL CONSUMIDOR ANTE LOS INSTRUMENTOS NO FINANCIEROS: I.1. LA SELECCIÓN ADVERSA COMO ORIGEN DE LA ABUSIVIDAD EN LOS CONTRATOS BANCARIOS. I.2. ¿CONSUMIDOR MEDIO, CONSUMIDOR EXPERTO O UN PRETENDIDO INVERSOR? HACIA LA «CLIENTELA BANCARIA» PARA TODO CONSUMIDOR.—II. LOS CONTROLES DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES COMO GARANTÍA DEL VÁLIDO CONSENTIMIENTO DEL CONSUMIDOR: II.1. DOS PIEZAS DE UN MISMO ENGRANAJE: EL DEBER DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL COMO PREVENCIÓN DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD DEL CONTRATO. II.2. LA TRANSPARENCIA Y LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO: UNA VÍA PARA SU CONTROL. II.3. LOS ELEMENTOS ACCESORIOS DEL CONTRATO Y EL CONTROL INDIRECTO SOBRE LA RELACIÓN CALIDAD-PRECIO.—III. REMEDIOS PARA LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS: III.1. CLÁUSULAS DE NATURALEZA FINANCIERA: CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO, CLÁUSULA DE LIQUIDACIÓN UNILATERAL DE LA DEUDA Y CLÁUSULA DE INTERESES DE DEMORA. III.2. CLÁUSULAS SOBRE LA FIJACIÓN Y CÁLCULO DE LOS INTERESES: ESPECIAL REFERENCIA A LA CLÁUSULA SUELTO Y AL PRÉSTAMO HIPOTECARIO MULTIDIVISA. III.3. CLÁUSULAS DE NATURALEZA PERSONAL U OBLIGACIONAL RELATIVAS A LOS GASTOS ACCESORIOS AL PRÉSTAMO HIPOTECARIO.—IV. CONCLUSIONES.

I. EL CONSUMIDOR ANTE LOS INSTRUMENTOS NO FINANCIEROS

En los últimos años, se ha acentuado la tutela de los consumidores en la contratación de instrumentos no financieros, en particular de préstamos hipotecarios, ante la existencia de cláusulas abusivas. Estos instrumentos se definen en un sentido negativo, pues se refieren a aquellos que no se encuentran previstos como instrumentos financieros destinados a inversores en el artículo 2 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores¹. La protección del consumidor en la contratación de estos instrumentos debe ir más allá de la observancia de los controles de incorporación y contenido, respecto de las condiciones generales,

y de transparencia para aquellas cláusulas no negociadas individualmente. En definitiva, se trata de erigir un verdadero estatuto del consumidor para cualquier instrumento no financiero, para que se pueda adaptar a nuevas realidades como los *smart contracts*. Conviene sentar en estas líneas un concepto de *remedio* en sentido amplio, que incluya los remedios legales frente al incumplimiento, situados en la fase de ejecución del contrato, y que también comprenda aquellos controles preventivos que se localizan en la fase de formación. En materia de protección al consumidor, estos controles cobran una especial relevancia por su posición de inferioridad en la relación jurídica y por la hegemonía del acreedor en el mercado de crédito.

La armonización de la protección al consumidor que la normativa europea ha exigido requiere de un examen sobre su adecuada transposición, en atención a la variedad de instrumentos no financieros existente. En la contratación con consumidores, por no tratarse de inversores, la protección se erige como un elemento fundamental para garantizar la igualdad de las partes en este proceso. Esta protección resulta todavía más necesaria en la comercialización indebida de instrumentos financieros a consumidores, que no reúnen ni el perfil de inversor, ni los conocimientos necesarios para la comprensión del producto correspondiente, especialmente en el caso de las participaciones preferentes, la deuda subordinada o los *swaps*. En este sentido, en junio de 2018 se presentaron en el Parlamento Europeo cuatro informes titulados *Mis-selling of Financial Products*, en los que se analiza la *Marketing Sale and Distribution* (ALEXANDER, 2018) o comercialización de productos financieros, la *Subordinated Debt and Self-placement* (CONAC, 2018) o comercialización de productos híbridos por cuenta propia, y los informes relativos al *Consumer Credit* (CHEREDNYCHENKO, MEINDERTSMA, 2018) o crédito al consumo y al *Mortgage Credit* (ZUNZUNEGUI, 2018) o crédito hipotecario. Estos estudios constatan varios fraudes en la contratación con consumidores, entre los que destacan la comercialización indebida de participaciones preferentes y los abusos en los préstamos hipotecarios, especialmente en las cláusulas suelo y las cláusulas relativas a los gastos hipotecarios. Para subvenir a estas arbitrariedades, los expertos que han elaborado los informes recomiendan crear autoridades nacionales de protección del consumidor. Asimismo, manifiestan que se debería actuar en dos planos: por un lado, disciplinando a las entidades financieras y, por otro lado, compensando a los consumidores perjudicados. En relación con este último punto, aconsejan que los problemas colectivos en la contratación con consumidores tengan soluciones colectivas. Finalmente, como aludiremos más adelante, sugieren completar con remedios civiles las sanciones administrativas ante los fraudes financieros.

Ante los desequilibrios originados por la práctica bancaria, que se ha demostrado excesivamente mordaz en los últimos años a la luz de los distintos pronunciamientos jurisprudenciales sobre cláusulas abusivas, este trabajo pre-

tende establecer unas orientaciones comunes para la contratación de los instrumentos no financieros. En este sentido, los controles existentes y el deber de información precontractual tienen una especial relevancia, en aras de evitar la excesiva onerosidad del contrato, y la necesaria readaptación del contrato, así como el sobreendeudamiento del consumidor. La protección del consumidor viene fuertemente influenciada por la normativa europea y los pronunciamientos del Tribunal de Justicia, que vinculan y en muchas ocasiones corrigen a nuestros tribunales. La jurisprudencia europea sobre cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios ha resultado determinante para acabar con los abusos producidos, especialmente cuando sus prestaciones esenciales resultaban excesivamente gravosas. Por este motivo, el trabajo partirá del origen de la abusividad en los contratos bancarios, en particular en los contratos de crédito inmobiliario, para superar las categorías existentes de consumidores y avanzar hacia su protección como clientela bancaria. Seguidamente, se atenderá a los controles de las cláusulas contractuales, y se reservará la parte final para precisar aquellos remedios concretos ante la existencia de cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios. Entre las prestaciones especialmente litigiosas destacan aquellas relativas al precio —en particular, los intereses y el reembolso—, como se ha observado en la jurisprudencia sobre las cláusulas suelo y la relativa al préstamo hipotecario multidivisa. Con el objetivo de contextualizar esta investigación y el examen de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, resulta necesario concluir estos apuntes introductorios con los datos oficiales de la Estadística de Hipotecas² de 2017. Hasta esa fecha, existen un total de 429.082 préstamos hipotecarios constituidos, 310.096 de los cuales recaen sobre viviendas y cuyo valor medio se sitúa en 115.617 euros. En consecuencia, estos datos sitúan a este instrumento no financiero como el que más incidencia económica presenta respecto de otros³.

I.1. LA SELECCIÓN ADVERSA COMO ORIGEN DE LA ABUSIVIDAD EN LOS CONTRATOS BANCARIOS

La proactividad de los consumidores en la defensa de sus intereses ha dado un impulso a la jurisprudencia europea sobre las cláusulas abusivas⁴, centrada en el objeto del contrato y sus prestaciones esenciales. El desequilibrio que provoca la abusividad en la contratación con consumidores no deja de ser un problema de *selección adversa* (CUENA, 2015, 516), es decir, un funcionamiento deficiente del mecanismo préstamo-riesgo. Este desequilibrio se produce cuando el prestamista no evalúa correctamente la solvencia del deudor y, desde una posición de privilegio, traslada la totalidad del riesgo al consumidor, cuya manifestación lo convierte en un sesgo retrospectivo ya irremediable. La selección adversa tiene tres manifestaciones negativas en el mercado de crédito hipotecario. Por una

parte, una mala evaluación del riesgo por parte de entidades financieras demasiado optimistas. Por otra parte, la inexistencia de incentivos para monitorizar el riesgo al recibir una garantía sujeta a variaciones del valor, como ha venido sucediendo en los últimos años en los que el valor del préstamo hipotecario era muy superior al de la garantía. Finalmente, la manifestación más extrema de las consecuencias de la insolvencia se expresa en los préstamos hipotecarios que afectan a la vivienda principal y los problemas sociales derivados de la ejecución de las garantías reales; desde el 2008 se han producido en España 686.305 ejecuciones hipotecarias, que han derivado en 547.100 lanzamientos⁵ (CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, 2018, 66).

Estos datos se explican por la existencia de un problema estructural de planificación del acceso a la vivienda. Legislativamente, se ha priorizado la propiedad como régimen de tenencia por la seguridad que proporciona, sin evaluar debidamente que puede comprometer la capacidad económica del consumidor a largo plazo. Esta prevalencia de la propiedad ha ido en detrimento de otros régimen de tenencia que deberían ser complementarios y no anecdóticos en proporción, como el arrendamiento o las tenencias intermedias, referidas a la propiedad temporal y la propiedad compartida recientemente previstas en Cataluña. En este sentido, las estadísticas⁶ sobre vivienda de EUROSTAT cuantifican en un 70,1% los europeos que residen en una vivienda en propiedad, mientras que en España este dato aumenta hasta el 78%. El acceso a la vivienda en régimen de arrendamiento es todavía escaso en España porque representa el 21,2%, situándose la media de los Estados miembro de la Unión Europea en el 29,9%. Estos datos se distribuyen en el ámbito interno en una proporción de un 11,2% en arrendamiento ordinario y de un 10% en arrendamiento protegido, cuando la media europea supone un 19,1% y un 10,8% respectivamente. A estas externalidades negativas han pretendido aportar soluciones el legislador estatal⁷ —mediante la suspensión de los lanzamientos y el arrendamiento derivado de la dación en pago de la vivienda habitual— y los legisladores autonómicos⁸ de Cataluña, Aragón y la Comunidad Valenciana, de las cuales merecen una especial atención, por su innovación y por la ruptura con el paradigma residencial de la vivienda en propiedad, las dispuestas por el legislador catalán.

Superar estas consecuencias negativas derivadas de la selección adversa en el mercado de crédito exige que las entidades financieras no incurran en el conocido como *riesgo moral*, por no evaluar adecuadamente la capacidad económica de los deudores ante la propiedad como paradigma residencial. En definitiva, requiere que estas entidades no se comporten como *lazy banks*, aumentando los tipos de interés a quienes tengan una solvencia cuestionable y provocando el colapso del mercado de crédito hipotecario que se produjo en el año 2007; deben, por el contrario, comprobar previamente la solvencia del consumidor y reservar sus fondos para quienes les proporcionen una mayor seguridad. La falta de garantías en la concesión de préstamos hipotecarios, y en

general la selección adversa en la contratación bancaria, podría solucionarse con un mayor incremento del intercambio de información entre todas las entidades financieras, para evitar un sistema bancario asimétrico y controlar el endeudamiento secuencial de un consumidor con distintas entidades.

I.2. ¿CONSUMIDOR MEDIO, CONSUMIDOR EXPERTO O UN PRETENDIDO INVERSOR?: HACIA LA «CLIENTELA BANCARIA» PARA TODO CONSUMIDOR

El *average consumer* o consumidor medio (HUALDE, 2016, 12-31) es el estándar que adopta la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior⁹. Este concepto fue creado por la jurisprudencia¹⁰ del Tribunal de Justicia para identificar al consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (WILHELMSSON, 2004, 317-337). Este patrón permite evaluar el comportamiento desleal de la entidad financiera en atención a los parámetros de la buena fe contractual, en particular respecto del deber de información precontractual, esencial para cumplir con el control de transparencia. A estas consideraciones, se le suma la expansión (EBERS, 2018, 148-150) del concepto de *consumidor* que se produjo en España y otros países¹¹ en el momento de la transposición de la Directiva. Consideran como consumidores a todos los destinatarios finales y, en consecuencia, se produce una extensión del control de las cláusulas, por cuanto comprende no solo a las personas físicas sino también a las jurídicas y a las relaciones contractuales atípicas. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia diferencia entre consumidor medio y consumidor vulnerable (TRZASKOWSKI, 2016, 25-49), ambos contenidos respectivamente en el artículo 5.2 y 3 de la Directiva 2005/29. El parámetro del consumidor vulnerable operará cuando la existencia del contrato en cualquiera de sus fases, incluidos los actos pertenecientes a la fase de formación, afecten a un grupo de consumidores que se encuentren alejados del parámetro del consumidor medio por sus características personales o coyunturales¹². Este consumidor vulnerable goza de la misma protección que el consumidor medio, pues esta distinción solo se refiere a la apreciación de su mayor debilidad en la relación contractual.

En un sentido contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, nuestro Tribunal Supremo efectúa otra distinción: por un lado, el consumidor medio, conforme a los estándares expuestos; y, por otro lado, el consumidor experto, quien se ve privado de su protección en atención a sus conocimientos financieros, a pesar de intervenir en una posición de inferioridad por la que la normativa de consumo le otorga protección. Una correcta práctica del deber de información será absolutamente necesaria en el caso del consumidor medio, aunque de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹³ no lo será ante un

consumidor experto. En particular, considera exigible el deber de información precontractual cuando el consumidor carezca de conocimientos financieros, por la asimetría que se produce respecto de la entidad financiera. Sin embargo, ante un consumidor experto no procederá la anulación por error, porque en ningún caso la información proporcionada puede considerarse como insuficiente, aunque lo fuese para un consumidor medio.

El problema de la diferenciación entre consumidor medio y consumidor experto es que otorga niveles de protección distintos, por cuanto equipara al consumidor experto con el inversor que contrata un instrumento financiero. Debemos señalar que el consumidor es objeto de protección por su posición en la relación jurídica, con independencia de sus conocimientos. Además, la carga de la prueba de estos conocimientos —y por ende de la falta de necesidad de protección— va a recaer en la entidad financiera que los alegue, por tratarse de un hecho obstativo de la pretensión tuitiva del consumidor, de conformidad con el artículo 217.3 LEC. Este elemento puede convertir en consumidores expertos a quienes materialmente no lo sean, en atención a prácticas abusivas como la comercialización de instrumentos financieros a consumidores. Asimismo, resulta difícil establecer un umbral objetivo de conocimientos a partir del cual un consumidor puede considerarse experto; los pronunciamientos del Tribunal Supremo señalados anteriormente atienden únicamente a la actividad profesional desempeñada y en ningún caso a la obtención de una titulación superior, que probaría inequívocamente ese conocimiento experto.

El criterio de consumidor experto equipara su estatus con el del inversor que contrata un instrumento financiero, cuando el perfil no se corresponde y por tanto la desprotección no resulta adecuada. El consumidor debe tener unas garantías tuitivas en el proceso de contratación, por su posición de inferioridad frente a la entidad bancaria y con independencia del instrumento contratado. En consecuencia, la aplicación de los controles que posteriormente examinaremos no puede depender de los presuntos conocimientos del consumidor, porque puede verse igualmente sometido a un comportamiento abusivo cuyas consecuencias solo podrán mitigarse mediante los remedios previstos para la inobservancia de estos controles. En definitiva, la protección del consumidor debe depender únicamente de la calificación subjetiva del deudor como consumidor, ante cualquier instrumento no financiero y también en los financieros cuando los hayan contratado a pesar de no ser inversores.

La desprotección por la categorización del consumidor según su nivel de conocimientos financieros tampoco resulta adecuada a la luz de la normativa de transparencia bancaria. Esta centra el sujeto de protección en la *clientela bancaria* (MINOR, 2012, 163-168), es decir, cualquier persona física adherente a un contrato. La Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios¹⁴ dibuja en su artículo 2.1 el paradigma de la relación contractual entre la entidad de crédito y el cliente persona

física. En este sentido, supone que el cliente persona física tiene mermada o nula su capacidad de negociación y de conocimiento del instrumento, sin que la norma efectúe ninguna otra distinción. El consumidor de un instrumento no financiero será toda persona física, usuaria de un servicio bancario y adherente a un contrato bancario, que actúe con un propósito distinto al propio de su actividad profesional. Esta última exigencia deriva del artículo 3.1 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 complementarias¹⁵, en adelante LGDCU. En consecuencia, no encajan en el concepto de consumidor del artículo 3.1 LGDCU el cliente de una entidad financiera que sea persona física, por comprender a empresarios individuales, el deudor hipotecario de un préstamo para la adquisición de vivienda, porque su normativa sectorial considera cliente a toda persona física que la adquiere y por tanto puede incluir a empresarios, ni el consumidor de servicios de crédito¹⁶.

A pesar de esta exclusión, estas personas que hemos referido pueden igualmente experimentar las consecuencias negativas del desequilibrio de hecho que se produce en la relación contractual. Por este motivo, deberían superarse las categorizaciones de consumidor y proteger al deudor en atención a la presencia de abusividad en la relación contractual, derivada de un desequilibrio intrínseco. Para subvenir a este problema, existen inconvenientes prácticos como la masificación de las relaciones contractuales, con la consiguiente predisposición y estandarización de las condiciones contractuales, y una cierta despersonalización de su contenido (BARRAL, 2012, 486-487), unas circunstancias que por sí mismas ya superan la noción de consumidor. La principal ventaja que tiene desterrar esta y otras distinciones restrictivas y de matiz es que permite incorporar nuevas realidades, como los *smart contracts*, y adelantar la protección porque, en definitiva, ponen el acento en la asimetría material de la relación jurídica. Asimismo, el margen de negociación que pueden tener los deudores referidos puede ser equiparable al de un consumidor, porque la entidad financiera mantiene su posición hegemónica en el mercado y por ende en la relación jurídica.

II. LOS CONTROLES DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES COMO GARANTÍA DEL VÁLIDO CONSENTIMIENTO DEL CONSUMIDOR

La normativa de protección al consumidor garantiza que su consentimiento esté válidamente prestado, en atención a la observancia de una serie de controles para los que resulta imprescindible el cumplimiento del deber de información precontractual. En consecuencia, la fase del contrato que se ve afectada es la fase de formación, que se corresponde con la oferta y su publicidad, así como la información previa; en ningún caso afecta a la formalización o firma del contrato¹⁷, con independencia de si debe mediar escritura pública (GÓMEZ,

2014, 180). La normativa distingue entre los clientes bancarios y los clientes no bancarios, cuando en ambos casos se trata de consumidores, una distinción que se va a resolver cuando se trasponga finalmente la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial¹⁸. Conviene señalar que España —al igual que Croacia, Chipre y Portugal— ha incumplido el deber de trasposición de la Directiva 2014/17. Esta falta de transposición puede obedecer a las dificultades aludidas por la doctrina (ARROYO, 2017, 31; ALBIEZ, 2015, 1-30) para identificar las normas afectadas y su distinto rango. Este hecho ha motivado que la Comisión Europea haya solicitado al Tribunal de Justicia que imponga a España una sanción coercitiva diaria de 105.991,60 euros.

Por lo que aquí interesa, en los instrumentos no financieros que estamos examinando nos referiremos en todo caso a *clientes bancarios*, puesto que los distintos contratos bancarios llevan aparejada una especial protección por la calidad de su contratante como consumidor, a diferencia de los instrumentos financieros que van referidos a inversores. En el caso de la comercialización de un instrumento no financiero, por ejemplo, un préstamo hipotecario, combinado con un instrumento financiero, como los *swaps*, deberán aplicarse igualmente estos controles porque se comercializan a consumidores y, sobre todo, porque la conducta del empresario es calificable de práctica comercial desleal. Este último es uno de los elementos que, de conformidad con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores¹⁹, puede utilizarse para apreciar la abusividad en las cláusulas del contrato relativas al coste del crédito concedido al consumidor²⁰.

A modo introductorio y remitiéndonos a un análisis posterior en los siguientes subapartados, resultan esenciales tres controles en los instrumentos no financieros para la válida prestación del consentimiento por parte del consumidor: el control de incorporación y el control de contenido, respecto de las condiciones generales, y el control de transparencia, para cualquier cláusula no negociada individualmente. Por una parte, el control de incorporación, que proviene de la doctrina alemana que lo conoce como *Einbeziehungsvoraussetzung*, es uno de los relativos a las condiciones generales de la contratación. Se trata de un control formal sobre los criterios de transparencia, claridad, concisión y sencillez, de acuerdo con el artículo 5.5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación²¹ —en adelante LCGC—, así como la no incorporación de cláusulas ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles, según el artículo 7 b). Este último precepto dispone que una cláusula contractual, a pesar de ser incomprensible para el consumidor medio, se incorpora al contrato si cumple con los requisitos de la legislación sobre transparencia bancaria. En los nuevos escenarios que pueden derivarse de la implementación de los *smart contracts*, este es el único de los controles de las cláusulas contractuales que analizaremos que no sería necesario adaptar a dicho instrumento, porque

su cumplimiento podría comprobarse en dos estadios: *ab initio*, mediante la incorporación de las Condiciones Generales de la contratación; y, durante su formación, a través de la tecnología *blockchain* aparejada a dichos contratos, que permite el cruce automático de información entre distintas instituciones para comprobar si las Condiciones Generales han sido incorporadas al contrato de una forma transparente, y así permitir finalmente la perfección del contrato.

La transparencia bancaria actúa como un control de incorporación, de conformidad con el artículo 7 b) LCGC. Ambos elementos guardan una estrecha relación por la supervisión que efectúa el Banco de España y el Ministerio de Economía, de suma importancia para garantizar el equilibrio de las prestaciones, aunque la evaluación de la solvencia recaiga en los acreedores y no en el regulador porque las normas de supervisión no han resultado efectivas, a diferencia de lo que sucede con los inversores que contratan instrumentos financieros, cuya intervención efectúa la Comisión Nacional del Mercado de Valores. La importancia del control de incorporación radica en la predisposición extensiva del contenido del contrato en la contratación en masa, mediante unas condiciones generales de alto contenido técnico (BARRAL, 2015, 27) que no tienen una regulación básica, pero que a su vez no escapan de la sanción de nulidad ante su uso abusivo²². En consecuencia, el control de incorporación permite un mejor examen que el de abusividad, porque protege al consumidor y, además, recae sobre cualquier entidad, y no solo sobre las entidades bancarias. Por otra parte, el control de contenido, previsto en el artículo 8.1 LCGC, es aquel examen de carácter formal sobre las condiciones generales que deriva la nulidad de las cláusulas que contradigan lo dispuesto en esta norma en perjuicio del adherente, o que contravengan una norma imperativa.

Para evitar que la mera incorporación al contrato de unas condiciones generales ya valide el consentimiento del consumidor, que puede desconocer funcionamiento del instrumento no financiero porque la predisposición²³ de las cláusulas sea demasiado técnica, debe complementarse con un control de carácter material: el *control de transparencia*. El control de incorporación y el control de transparencia pretenden asegurar que el consumidor comprende los riesgos del instrumento no financiero objeto del contrato. El control de transparencia, esencial para garantizar la válida prestación del consentimiento, exige la claridad y comprensibilidad de las cláusulas. Su ausencia en los instrumentos no financieros, en especial en los préstamos hipotecarios, suele manifestarse en la falta de negociación individual de la cláusula relativa al precio. Finalmente, cabe apuntar como posibilidad que la falta de transparencia podría conllevar la declaración de abusividad de una cláusula *per se*, sin entrar a valorar el resto de parámetros del control de contenido. Sin embargo, no disponemos actualmente en España de un precepto que otorgue carácter abusivo directo, a diferencia del § 307 BGB, y en consecuencia resulta desajustada la jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁴ que le otorga este carácter. Además, el Tribunal de Justicia

no apunta esta solución de manera extensiva, porque en la propia Directiva 93/13 no se contiene esta consecuencia (CÁMARA, 2016, 217). Otro desajuste jurisprudencial se observa en los efectos de la falta de transparencia, porque el Tribunal Supremo²⁵ ha afirmado que su ausencia tiene como resultado la declaración de abusividad de la cláusula afectada, cuando el Tribunal de Justicia sostiene que deberá ser objeto de análisis individualizado en el caso de que no esté redactada de manera clara y comprensible²⁶. Además, ha señalado²⁷ que el objeto de este control es enjuiciar la falta de conocimiento real del alcance del contenido contractual, por considerarlo el origen del principio de transparencia real²⁸. Lo que sugiere esta jurisprudencia es que se debe evolucionar de un control estrictamente formal²⁹ de las condiciones generales, que permite el control de incorporación y el control de contenido, hacia un control de transparencia que garantice una comprensión real de las condiciones económicas del contrato.

II.1. DOS PIEZAS DE UN MISMO ENGRANAJE: EL DEBER DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL COMO PREVENCIÓN DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD DEL CONTRATO

El deber precontractual de información exige a quien predispone las cláusulas de un contrato celebrado con un consumidor que le informe de su contenido y, en particular, de la distribución de los riesgos. Esta exigencia persigue dos objetivos: por un lado, que el consumidor esté mejor informado desde un inicio, de conformidad con la *teoría de los costos transactivos* (SLAWSON, 1971, 529-536), en una relación jurídica que desde un inicio es asimétrica y en la que los costos de transacción y los riesgos se distribuyen de manera desigual; y, por otro lado, proteger al consumidor, porque conforme a la *teoría del abuso* posterior a la Directiva 93/13, el control de las cláusulas predispuestas surge como respuesta a la constatación de que normalmente se imponen a la parte contratante que se encuentra en una inferioridad negocial. La expresión última de este deber y su fundamento es el respeto a la buena fe³⁰ contractual, regulado en el artículo 1258 del Código civil, así como en el artículo 1.7 de los *Principles of International Commercial Contracts* —en adelante Principios UNIDROIT—, y que igualmente recoge el artículo 1:201 de los *Principles of European Contract Law* o PECL. La buena fe contractual es una exigencia también configurada a nivel europeo en el artículo II.—3:103 del *Draft Common Frame of Reference* —en adelante DCFR—, que no se ha traducido en un texto legislativo definitivo en forma de reglamento europeo —ni tan siquiera la posterior propuesta de Reglamento de compraventa europea del *Common European Sales Law*—, y en el artículo 7 del Anteproyecto de *European Contract Code*³¹, cuya concreción esperamos que no corra la misma suerte que las propuestas anteriores.

El deber de información precontractual es exigible en España en virtud de los artículos 8 y 60 LGDCU, y el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de

medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social³². En concreto, el artículo 6 de la Ley 1/2013 exige que los préstamos hipotecarios de un deudor persona física, sobre la vivienda habitual y celebrado en determinadas circunstancias³³, recojan en la escritura pública que ha sido informado de los riesgos de dicho contrato. Este deber también se encuentra establecido en los artículos 1298 y 1300 de la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos* (COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, 2009), que prevé como supuesto de dolo la prestación deficiente del deber de información. Asimismo, existen otras disposiciones³⁴ que afectan a los préstamos hipotecarios, entre las que destaca especialmente la Orden EHA/2899/2011, mencionada anteriormente, que desarrolla normativamente el denominado *préstamo responsable* (ALCALÁ, 2013, 6-13). El cumplimiento del deber de información de la entidad financiera forma parte de los deberes de información precontractual³⁵. En este sentido, en los artículos 20-25 se regulan respectivamente los deberes de información precontractual, que incluyen la guía de acceso al préstamo hipotecario, la ficha de información precontractual, la ficha de información personalizada, los instrumentos relativos a la cobertura del riesgo de tipo de interés, y la mención en la oferta vinculante de la existencia de cláusulas limitativas de la variación del tipo de interés. Por su parte, los artículos 29 y 30 regulan el contenido de los documentos contractuales y los controles en su otorgamiento. La previsión de estos deberes, además de fundamentarse en la Directiva 93/13, trae causa del § 247 de la *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*³⁶ o Ley de Introducción al BGB, de Alemania, del artículo L312-2 a 6 del *Code de la consommation*³⁷ o Código de Consumo, de Francia, y del artículo 120 *septies* del *Decreto legislativo 1º settembre 1993, n. 385 Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*³⁸, o Texto único bancario, de Italia. Estos deberes pertenecen a la fase de formación del contrato y, en consecuencia, su incumplimiento se subsana con los remedios previstos para la anulabilidad, en dos supuestos: por un vicio del consentimiento por error en la comprensión de la información; o que la falta de transparencia del acreedor, que ha actuado con mala fe al proporcionarla, haya provocado un error heterointroducido³⁹ (LÓPEZ CÁNOVAS, 2015, 3-21, HERNÁNDEZ, 2014, 304-347) al consumidor, por omitir información necesaria o porque fuese engañoso.

Algunas circunstancias fácticas pueden provocar que las obligaciones integrantes de este deber se tengan que ejecutar tardíamente (GOÑI, 2017, 534), una vez evaluada la solvencia del deudor. La evaluación de la solvencia, a la luz de los artículos 18 a 20 de la Directiva 2014/17, ha devenido relevante (JOSIPOVIĆ, 2014, 223-253) porque exige como deber legal al prestamista que evalúe la solvencia económica del consumidor con anterioridad a la celebración del contrato. En el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario⁴⁰, solo se aprecia el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia des-

de las normas de transparencia bancaria y, en consecuencia, únicamente apareja a su inobservancia una sanción administrativa (SÁNCHEZ-VENTURA, 2018, 243-272), de conformidad con el artículo 49 de la LGDCU, sin que se deriven efectos contractuales (SERRANO, 2017, 381-401, BERROCAL, 2018, 1-26). Habría sido deseable que se hubiese abordado como indica la propia Directiva: desde la supervisión bancaria y la relación contractual con el consumidor, esto es, aparejando a las sanciones administrativas aquellas sanciones de Derecho Privado relativas a la invalidez, perfilándolas para este tipo de abusos, como posteriormente examinaremos en sede de intereses remuneratorios y moratorios. En este sentido, en el informe *Mis-selling of Financial Products: Mortgage credit* (ZUNZUNEGUI, 2018, 35), señalado al inicio, se recomienda establecer legalmente las consecuencias de la concesión irresponsable de crédito ante una evaluación negativa de la solvencia, instituyendo la pérdida del derecho a los intereses del préstamo en la línea de lo que dispone el § 505 BGB.

El deber de información constituye la contrapartida al derecho a la información del deudor, que garantiza el equilibrio contractual y la prestación válida del consentimiento, como si se tratase de un consentimiento informado. En consecuencia, este deber exige que el prestamista se asegure de la comprensión del contrato, una demanda también contenida en la jurisprudencia⁴¹ española (TORRES, CARRASCO, XIOL, 2013, FERRANDO, 2014, 93-115). Un efectivo control del cumplimiento del deber de información precontractual evitaría que la existencia de dolo por parte del acreedor o la elusión de información esencial provocase un error heterointroducido en el consumidor. De esta manera, el deber de información precontractual se asemeja al consentimiento informado y, en consecuencia, direcciona la conducta del acreedor al aseguramiento de la comprensión del préstamo hipotecario y sujeta la conducta del deudor al entendimiento completo de los riesgos de su suscripción, evitando los problemas de la concesión de un préstamo irresponsable y de sobreendeudamiento. Para el efectivo cumplimiento de este deber en España, el Tribunal Supremo⁴² ya vinculó el control de transparencia con la necesidad de la claridad y comprensibilidad de las cláusulas del contrato. Este examen recae en el deber de información precontractual, y para garantizar su cumplimiento debe realizarse el control de incorporación en el clausulado predispuesto. En este sentido, ha declarado en su sentencia⁴³ de 27 de septiembre de 2017 la inexistencia de cosa juzgada cuando en un procedimiento de ejecución hipotecaria no se ha podido oponer la abusividad de las cláusulas contractuales impugnadas en un procedimiento declarativo posterior.

De la mala práctica del deber de información se deriva una consecuencia esencial respecto de las prestaciones de las partes: la *hardship* o excesiva onerosidad del contrato⁴⁴ (BORRALLO FERNÁNDEZ, 2016, 3; PARRA, 2015, 20-29; CASTILLA, 2000, 244-248), que implica la readaptación del contrato por la alteración de la equivalencia de las prestaciones. La excesiva onerosi-

dad del contrato, aunque carezca de una regulación sustantiva (VIVAS, 2010, 133-154), encuentra su fundamento en el artículo 7 del Código civil, donde se contienen los límites al ejercicio de los derechos subjetivos: el abuso de derecho y la buena fe. La Propuesta de Modernización del Código civil pretende incluir como límite la excesiva onerosidad del contrato en el artículo 1192.2.2, como ya se contiene en el artículo 7.2.2 de los Principios UNIDROIT, en el artículo 9:102 (2) PECL y en el artículo III.3:302 (3) DCFR. Para la apreciación de la excesiva onerosidad del contrato, se exige que la parte perjudicada no haya asumido este riesgo⁴⁵, del mismo modo que se requiere para la procedencia de la cláusula *rebus sic stantibus*. El fundamento de la excesiva onerosidad atiende a que el riesgo del contrato recae exclusivamente en el deudor por falta de información, un riesgo que en lo que se refiere al precio y su reembolso puede comprometer su capacidad económica para hacer frente al pago de la deuda. Cuando estamos ante una cláusula abusiva por no superar el control de transparencia al que a continuación atenderemos, debido a una desatención del deber de información, el consumidor en realidad no ha asumido el riesgo, pues el acreedor no se ha asegurado de su comprensión. Esta asunción asimétrica del riesgo se podría trasladar parcialmente al acreedor. Para ello, debería incluirse una cláusula contractual para el caso de que el riesgo sea de tal magnitud que provoque sobrevenidamente la excesiva onerosidad del contrato y, por ende, la insolvencia del consumidor. En tal caso, el consumidor debería tener la posibilidad de reembolsar el precio o calcular los intereses conforme a un mecanismo distinto del predis puesto por la entidad financiera.

II.2. LA TRANSPARENCIA Y LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO: UNA VÍA PARA SU CONTROL

El control de transparencia proviene de la *Transparenzgebot*, formulada por la jurisprudencia alemana. Se configura a modo de control intermedio entre el control de contenido y el control de incorporación, como mecanismos formales que evalúan la claridad sustantiva de las condiciones generales del contrato. En contraste, el control de transparencia pretende examinar materialmente la comprensión de los riesgos por parte del consumidor y la buena fe del acreedor. Este control exige la claridad y comprensibilidad de las cláusulas en una formulación amplia, pues también lo requiere el control de incorporación para las condiciones generales. En consecuencia, resultan insuficientes los controles de incorporación y contenido para conseguir que el consumidor esté informado sobre el coste del crédito (PERTÍÑEZ, 2017, 408), pues falta el control de transparencia sobre las cláusulas no negociadas individualmente. Por su ámbito de aplicación, los controles de incorporación y de transparencia se configuran como autónomos, aunque una parte de la

doctrina⁴⁶ haya negado que el control de transparencia suponga la existencia de nuevo control diferenciado.

La transparencia, en definitiva, examina la abusividad en la contratación bancaria y, si se supera el test, legitima la contratación (WILLETT, 2011, 355-385). Únicamente se controla la ausencia de abusividad en la negociación, cuya expresión objetiva es un redactado claro y comprensible del contrato, de conformidad con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 y con la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, iniciada en la sentencia⁴⁷ de 9 de mayo de 2013; en consecuencia, no tiene efecto extensivo a los elementos esenciales del contrato ni a la equivalencia de las prestaciones relativas al objeto y al precio. El pronunciamiento referido aboga por el denominado *doble control de transparencia* de las cláusulas del contrato, en dos estadios: por una parte, que el adherente tenga la posibilidad de conocer el contenido económico del contrato en abstracto⁴⁸; y, por otra parte, mediante un análisis sobre la información del contenido económico proporcionada al consumidor, que compruebe si comprende el riesgo que está asumiendo. Este control cualificado se sostiene en que en una economía de mercado no cabe un control judicial de los precios (PERTÍNEZ, 2017, 406), ni que proceda la integración judicial del precio ante un cálculo abusivo que sea nulo, en concreto cuando el cálculo del reembolso no reúne los controles necesarios para su validez. Debemos indicar aquí, remitiéndonos a su desarrollo a lo largo de este apartado, que no es posible valorar la justicia en el precio porque su fijación corresponde a las reglas del libre mercado, lo que constituye una manifestación de la teoría liberal del contrato, aunque se encuentre matizada por la teoría progresista. En suma, el control sobre la falta de transparencia se configura como un deber del predisponente, aunque no afecte a las condiciones esenciales (BARRAL, 2015, 30), pues estas pueden ser objeto de control de manera indirecta, como veremos.

A este doble control de transparencia, debería añadirse la mención al requisito del *desequilibrio*, que es el que permite que una cláusula sea considerada nula por abusiva, según el artículo 82 LGDCU. Aunque sería deseable que el Tribunal Supremo incluyese explícitamente⁴⁹ el desequilibrio en su jurisprudencia, podemos entender que se encuentra implícito en el control de transparencia; si el consumidor no comprende el contenido del contrato, la relación jurídica —ya de por sí asimétrica— entraña un desequilibrio injusto y contrario a la buena fe. Para el consumidor, supone la quiebra del equilibrio de las prestaciones y la asunción asimétrica de los riesgos del contrato. Por su parte, el Tribunal de Justicia⁵⁰ exige que el desequilibrio sea de carácter *jurídico*, es decir, que no se encuentren compensados los derechos y obligaciones de las partes, careciendo de relevancia el desequilibrio económico porque no se puede controlar la justicia sobre el precio. El régimen de protección del consumidor sienta sus bases en una legislación tuitiva, porque los consumidores no intervienen en condiciones de igualdad con las entidades financieras (REICH, 1993, 259);

por este motivo, es necesario un control de transparencia *ex post*, que permita remediar los riesgos de la negociación asimétrica del contrato, mediante el control de los elementos esenciales por vía de las cláusulas relacionadas con el precio que generen un desequilibrio económico. El desequilibrio contrario a la buena fe es el elemento que permitirá ejercer dos controles sobre el precio: el de los elementos accesorios que afecten a su determinación; y el aseguramiento de la comprensión de los riesgos que le son inherentes mediante el control de transparencia. Este es otro motivo por el que carece de sentido desproteger al consumidor experto y equipararlo con el inversor, porque para apreciar si el contenido del contrato ocasiona este desequilibrio debemos atender a la posición que ocupa en la relación jurídica.

Por otra parte, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el control de abusividad comprende al control de transparencia, una consideración que fue afirmada en la sentencia⁵¹ de 8 de septiembre de 2014. Este pronunciamiento aglutinaba ambos subcontroles, destacando la importancia de la *transparencia real*, concretada en informar al cliente del contenido del contrato para que pueda evaluar materialmente sus consecuencias económicas y jurídicas. El deber de transparencia no se define por unos deberes positivos de información (PERTÍNEZ, 2017, 410-411), sino por su objeto: que el consumidor tenga información suficiente sobre el precio del contrato y las características de la contraprestación, una finalidad a la que obedece la existencia del deber de información del acreedor. En este sentido, la base de la falta de transparencia se centra en el incumplimiento del deber de información precontractual de la entidad financiera y el desequilibrio que puede generar su inobservancia. La vinculación entre la transparencia y el deber de información precontractual tiene como origen la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁵², que incide en la necesidad de informar de los elementos que tengan un impacto claro en el contenido económico del contrato.

Una vez examinados en este ámbito los controles de transparencia y abusividad, los controles formales de incorporación y de contenido tienen por objeto el respeto al *equilibrio jurídico o normativo* del contrato, de conformidad con la Directiva 93/13, pues su ausencia determina la nulidad de aquellas que contradigan normas imperativas. Las prestaciones del contrato *per se* no afectan a su equilibrio económico (CÁMARA, 2006, 98), porque lo que pretende mitigar el control de contenido es el desequilibrio jurídico de las partes. En consecuencia, las cláusulas relativas al objeto principal, a la adecuación económica del precio, y las contenidas en el Anexo de la Directiva están exentas de este control, porque versan sobre el desequilibrio de las partes y no sobre la equivalencia material económica⁵³. Sin embargo, avanzamos que es posible realizar un control sobre el precio en los elementos accesorios del contrato, como se analizará en el siguiente subapartado, y cuando las prestaciones entrañen un desequilibrio importante por un reembolso excesivo. Obsérvese que los controles de incorpo-

ración y de contenido operan con independencia de si las condiciones generales de la contratación afectan a elementos esenciales o accesorios del contrato. Por este motivo, debería superarse la difusa⁵⁴ distinción entre elemento esencial y elemento accesorio, y atender al criterio del equilibrio para el control de los elementos esenciales y de la relación calidad-precio.

El criterio de la desafectación de los elementos esenciales respecto del control de transparencia tiene su origen en el Derecho Civil alemán. Esta exclusión se basaba en el alcance limitado de los pactos que alterasen la ley aplicable al contrato, o aquellos que contraviniesen una disposición de la derogada *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* de 1976 o Ley de condiciones generales. De este control se excluía al precio, por ordenarse conforme a las leyes del mercado (ULMER, 1993, 337-347). La desafectación de los elementos esenciales influyó en el posterior redactado de la Directiva 93/13 (CÁMARA, 2006, 71-80, BARRAL, 2015, 29). Ante la derogación de la referida Ley de condiciones generales, el control de contenido se encuentra previsto en el § 307 BGB (COESTER, 2013, 297-501, FRIESECKE, 2015, 430-452), y el de incorporación en el § 305 (SCHLOSSER, 2013, 17-113, FRIESECKE, 2015, 415-423). Profundizando en el fundamento de la Directiva, en realidad obedece parcialmente a la teoría liberal del contrato, cuya máxima expresión es que el legislador no está habilitado para determinar un precio justo, pero matizada por la tesis progresista, que permite a la autoridad judicial la revisión del precio en caso de desequilibrio contractual. Ello tiene una incidencia directa en la eficacia de los controles, pues se centran en el consentimiento y no en la determinación parcial del contenido del contrato, cuya expresión total fueron los *diktierter Vertrag* (NIPPERDEY, 1920, 7) o contratos dictados, dirigidos o normados⁵⁵. En realidad, el Derecho del Consumo moderno obedece a una composición de estas dos tesis, porque no se eliminan todos los controles frente a los abusos en la contratación ni se confía su contenido al mercado (CÁMARA, 2006, 84), aunque se excluya el control sobre los elementos esenciales.

La exclusión del control sobre los elementos esenciales del contrato⁵⁶ no se encuentra prevista en la legislación española vigente ni en la proyectada. Conviene recordar que el contenido que debe transponerse de las Directivas no es disponible por el legislador nacional, de la misma manera que sucede con algunas disposiciones eludidas en relación con el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, como las que señalaran respecto del préstamo hipotecario multidivisa. A pesar de estas contrariedades, es posible examinar el precio pactado mediante los intereses remuneratorios si una norma lo dispone expresamente. Por tanto, a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵⁷, resultan compatibles los controles de incorporación y contenido respecto de una cláusula abusiva, y el control de abusividad respecto del precio. Este es el caso, en el ámbito de los préstamos, de la nulidad de los considerados usurarios conforme a la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los con-

tratos de préstamos usurarios⁵⁸, en relación con un tipo de interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado respecto de las circunstancias del caso. A diferencia de lo que sucedería por la existencia de una cláusula abusiva sobre un elemento accesorio del contrato relativo, por ejemplo, referente a la actualización del precio, en este supuesto la consecuencia jurídica es distinta: en caso de que el interés sea usurario, se declara nulo todo el contrato; y, ante la presencia de una cláusula abusiva, la sanción de nulidad solo alcanza a la cláusula abusiva. Podría ser de utilidad la incorporación mediante un *legal transplant* de la pérdida del derecho al cobro de intereses por parte del acreedor que no haya evaluado diligentemente la solvencia del consumidor, existente en las legislaciones de Suiza y Bélgica⁵⁹, lo que conduciría a un avance importante en materia de préstamo responsable por introducir sanciones contractuales⁶⁰ (CUENA, 2017, 55), además de las administrativas. Esta pérdida de los intereses en realidad alude a una desvinculación contractual de carácter parcial como mecanismo sancionador de carácter privado, que no implica la nulidad contractual sino un reajuste de los costes contractuales por una deficiente evaluación de la solvencia.

Otro supuesto lo encontramos en la jurisprudencia europea sobre la hipoteca multidivisa, a la que posteriormente atenderemos con más profundidad por su importancia. En particular, el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia⁶¹ de 30 de abril de 2014 que las cláusulas que afectan al equilibrio de las prestaciones se deben interpretar restrictivamente, y considera la cláusula de reembolso en este tipo de préstamos como un elemento esencial. Sin embargo, no aprecia el componente retributivo en dicha cláusula, que sujeta el reembolso al tipo de cambio de una moneda extranjera, por entender que en realidad es un módulo para calcular la devolución. En consecuencia, no supone una retribución, y por tanto no afecta al control de precios que veta del control de abusividad el artículo 4.2 de la Directiva, motivo por el cual se somete, sobre todo, al control de transparencia.

II.3. LOS ELEMENTOS ACCESORIOS DEL CONTRATO Y EL CONTROL INDIRECTO SOBRE LA RELACIÓN CALIDAD-PRECIO

Los elementos accesorios del contrato, es decir, aquellos que se aplican eventualmente ante una contingencia y que no son percibidos por el consumidor como esenciales, se encuentran sometidos al control de contenido, a diferencia de los elementos esenciales. El control sobre los elementos accesorios tiene una salvedad: cuando se relacionen de manera sustancial o nuclear con los elementos esenciales, que están excluidos de dicho control. Ello exige que los elementos esenciales se interpreten restrictivamente (KAPNOPOULOU, 1997, 106, WILHELMSSON, 2000, 97, TENREIRO, KARSTEN, 1999, 240) y que obedezcan

al criterio de la eventualidad, de acuerdo con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, en aras de una mayor protección del consumidor. De este criterio podemos inferir que no se deben considerar prestaciones esenciales la forma de pago del precio, las consecuencias del impago, el sistema de cálculo o las facultades de modificación unilateral (CÁMARA, 2006, 111-112). En relación con el precio, el elemento que realmente excluye la Directiva del control de contenido es su adecuación en relación con el bien o servicio que se tenga que proporcionar. En suma, no examina la *Äquivalenzverhältnis* o relación calidad-precio, un concepto que proviene también de la doctrina alemana (KAPNOPOULOU, 1997, 104) y que, en realidad, se refiere a la *Angemessenheit*, esto es, la adecuación o la equivalencia de las prestaciones. Esta relación calidad-precio no se puede considerar una cláusula del contrato; en consecuencia, escapa del control de abusividad porque no puede declararse abusivo un contrato por completo, y porque nuestro sistema jurídico no atiende al concepto de *precio justo* sino a la libertad de pactos, cuya máxima expresión es la libre determinación del precio en los contratos onerosos. Este control de transparencia afectará a los elementos esenciales del contrato cuando las cláusulas correspondientes no estén redactadas de manera clara y comprensible. En la apreciación de abusividad en otras cláusulas, se podrán tener en cuenta aquellas relativas a los elementos esenciales del contrato y a las prestaciones accesorias que guarden relación con el precio, lo que sujeta a los elementos esenciales a un control indirecto. Ello nos sitúa en una zona gris que constituye una vía de escape para el control indirecto del precio.

Este *control indirecto* de la *calidad-precio* o *test circunstancial*, relativo a la equivalencia de las prestaciones, viene respaldado por el propio artículo 4.1 de la Directiva 93/13 y especialmente por el considerando 19, que no ha sido objeto de transposición uniforme en todos los Estados miembro puesto que la Directiva es de mínimos, como declaró el propio Tribunal de Justicia⁶². Ante esta disparidad de criterios, debemos señalar que en España se considera abusiva toda cláusula contenida en la DA primera LGDCU, y además el artículo 2.3 declara nula la renuncia previa a los derechos que en ella se contienen y los actos realizados en fraude de ley. Sin embargo, para las cláusulas no contenidas en la DA primera, que por lo que aquí nos interesa se refieren al desequilibrio importante y la buena fe del artículo 10 bis 1, el precio notoriamente bajo puede ser objeto de examen (CÁMARA, 2006, 108-109) por parte del juez, como factor para evaluar el carácter abusivo de una cláusula; no tendrá carácter abusivo directo si se ha producido una elección entre varias ofertas y, por tanto, puede probarse la existencia de una negociación individualizada. En suma, la falta de transposición del artículo 4.2 de la Directiva permite el control de abusividad sobre cualquier cláusula que tenga relación con la fijación del precio o su cálculo durante la ejecución del contrato, es decir, las denominadas *cláusulas financieras*. Su fundamento es que el elemento esencial únicamente es el precio

establecido, un criterio respaldado por la jurisprudencia⁶³ del Tribunal de Justicia y del Tribunal Supremo.

III. REMEDIOS PARA LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

Como hemos señalado al inicio de estas líneas, una vez examinados los controles preventivos para garantizar, en definitiva, la igualdad y libertad de las partes contratantes, es momento ahora de analizar y proponer remedios en fase de ejecución para los instrumentos no financieros que han presentado una mayor litigiosidad en los últimos años: los préstamos hipotecarios. La sistematización de todas las cláusulas presentes en este tipo de préstamos, dada su extensión, excede del propósito de este trabajo. Además, en atención a las nuevas realidades que se presentan en el tráfico jurídico, especialmente los *smart contracts* cuando la tecnología *blockchain* esté suficientemente desarrollada para incorporar a la Agencia Tributaria y el Registro de la Propiedad, quedaría rápidamente desactualizado su establecimiento, motivo por el cual atenderemos a las más frecuentes. Los préstamos hipotecarios contienen unas cláusulas que se incorporan al contrato como condiciones generales de la contratación, además de otras cuya negociación es individualizada, con un tratamiento preventivo diferenciado. Por tanto, los remedios que examinaremos se sitúan en una encrucijada, en la que deben aportar un tratamiento adecuado a cláusulas con controles preventivos diversos y cuya naturaleza es distinta: cláusulas de naturaleza financiera, como la relativa al vencimiento anticipado, la referente a la liquidación unilateral de la deuda y la de intereses de demora; cláusulas relativas a la fijación y cálculo de los intereses, en particular, la cláusula suelo y la relativa al reembolso en el préstamo hipotecario multidivisa; y aquellas de naturaleza personal u obligacional, relativas a los gastos accesorios asociados a la gestión del préstamo hipotecario, que exceden de su contenido.

El núcleo central de la jurisprudencia relativa a estas cláusulas es el tratamiento que debe tener la falta de transparencia en función del instrumento contratado. En este sentido, el error vicio del consentimiento se sujeta al régimen de la anulabilidad del artículo 1300 del Código civil, mientras que la declaración del carácter abusivo de una cláusula, aunque sea por falta de transparencia, supone la nulidad de pleno derecho, de conformidad con el artículo 87 LGDCU, un régimen dispar al que atiende la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶⁴. Ello conlleva importantes diferencias principalmente respecto de los supuestos de hecho habilitadores de la anulabilidad por error, el régimen de prescripción al que se somete la anulabilidad, y los legitimados activamente, teniendo en cuenta la carga de la prueba de la concurrencia del error⁶⁵. En definitiva, centra la atención en las circunstancias personales del contratante en lugar de en un control objetivo de la cláusula.

Paradójicamente, estas diferencias desaparecen si estamos ante un instrumento financiero, pues en caso de incumplimiento de la normativa MiFID no se atiende al establecimiento legal de la abusividad de una cláusula ni, por tanto, estaríamos hablando de un error heterointroducido por incumplimiento del deber de información, sino que se trata directamente de una contravención de una norma legal sancionada con la nulidad del contrato. En consecuencia, si se previese en todas las normas como deber legal simplificaría (GARCÍA VICENTE, 2013, 1658) el régimen de incumplimiento. Una ventaja práctica de esta extensión que se propone es que la tutela del consumidor por vía de anulabilidad no se vería sometida al plazo de prescripción de cuatro años previsto en el artículo 1301 del Código civil. Esta conclusión podría extraerse *de lege ferenda* para los instrumentos no financieros (GOÑI, 2017, 561), cuando finalmente se efectúe la transposición de la Directiva 2014/17 y se incluyan como deberes legales imperativos, más allá de las referencias genéricas de los artículos 6.3 y 1255 del Código civil y de la apreciación de la concurrencia de buena fe en el acreedor.

La restitución de las prestaciones que debe producirse tanto en la nulidad como en la anulabilidad entraña como inconveniente la exigencia de retorno del capital prestado, a riesgo de impedir la finalidad para la que se había constituido, que se concreta en el acceso a una vivienda en régimen de propiedad. Esta consecuencia tiene una salvedad: que pueda probarse que el acreedor haya causado una disminución patrimonial al deudor por falta de información precontractual, es decir, un daño indemnizable por responsabilidad contractual cuando el deudor no alcance a comprender los riesgos del préstamo contratado. Esta excepción puede basarse en dos consideraciones: en la falta de negociación individual de la cláusula de reembolso; o en la responsabilidad contractual cuando pueda probarse con claridad el nexo de causalidad, y extracontractual en los casos de omisión clara del deber de información. Sin embargo, en ambos casos, la indemnización solamente alcanzaría al *reliance interest* o interés negativo, permitiendo la restitución del deudor en la posición previa a la merma patrimonial ocasionada por la ejecución del contrato, sin que proceda la indemnización por *expectation interest* o interés positivo ni por daño moral.

De acuerdo con las últimas tendencias fruto del proceso de armonización —de momento doctrinal— del Derecho contractual europeo (GARCÍA RUBIO, 2010, 1-62), debería unificarse la indemnización con independencia de si el daño se considera contractual, por entender que el contrato se encuentra en fase de formación (BALLUGUERA, 2016, 17), o fruto de la responsabilidad extracontractual *in contrahendo* por no haberse perfeccionado el contrato, como ha venido considerando mayoritariamente la doctrina española (MANZANARES, 1985, 979-1010, TOMÁS, 2010, 187-210, VALES, 2006, 713-748, CABANILLAS, 1995, 747-788, ASÚA, 2003, 1417-1418). Si entendemos que los deberes de información son contractuales porque el contrato se encuentra en fase

de formación, el incumplimiento de los deberes de información precontractual supone la contravención de un deber legal imperativo, de la misma manera que la normativa MiFID prevé para los productos financieros complejos destinados a inversores (GOÑI, 2017, 557-562). En consecuencia, resulta defendible la nulidad por incumplimiento de una norma imperativa, según lo que disponen los artículos 6.3 y 1255 del Código civil. En la línea de la responsabilidad contractual, es necesario señalar que los artículos 4:103 y 4:117 PECL y el artículo 3.2.16 Principios UNIDROIT vinculan la indemnización del interés negativo a la existencia de dolo o error en el consentimiento. En consecuencia, sujetan el vicio del consentimiento a la existencia de un contrato en fase de formación, posición que compartimos porque los defectos en la formación van a manifestarse en la fase de ejecución, motivo por el cual carece de sentido que operen remedios extracontractuales.

III.1. CLÁUSULAS DE NATURALEZA FINANCIERA: CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO, CLÁUSULA DE LIQUIDACIÓN UNILATERAL DE LA DEUDA Y CLÁUSULA DE INTERESES DE DEMORA

La cláusula de vencimiento anticipado es aquella por la que el acreedor, ante el incumplimiento de la obligación de pago del deudor, puede dar por vencido el préstamo antes del plazo pactado, de conformidad con el artículo 1129 del Código civil. Su fundamento se encuentra en la consideración del plazo como un beneficio del deudor, cuyo incumplimiento atenta contra la seguridad del crédito (CLEMENTE, 2016, 248). Esta cláusula no se prevé entre los supuestos recogidos en el artículo 85 LGDCU, porque su nulidad se debe valorar a la luz del artículo 82.1 —referente al control de abusividad—, esto es, debe ocasionar un desequilibrio injusto en los derechos y obligaciones de las partes (MÚRTULA, 2012, 266, GONZÁLEZ, 2016, 709-729). De conformidad con el artículo 693.2 LEC, que fue objeto de reforma ante las disputas surgidas por la ausencia⁶⁶ de un plazo mínimo, solamente procederá el vencimiento anticipado de la deuda ante el impago de tres mensualidades. Sin embargo, el respeto a este plazo no excluye a esta cláusula del análisis de su eventual abusividad (BASTANTE, 2015, 2441-2442), puesto que formular un criterio diferente sería contrario a los controles establecidos por parte del Tribunal de Justicia —inicialmente en la sentencia⁶⁷ de 14 de marzo de 2013 y posteriormente en la sentencia⁶⁸ de 26 de enero de 2017—, que exige la valoración de otras circunstancias de carácter material relativas a la gravedad del incumplimiento⁶⁹ (ADÁN, 2017, 1205-1222).

En este sentido, es necesario señalar que queda pendiente de resolución la cuestión prejudicial formulada por el Tribunal Supremo en el auto⁷⁰ de 8 de febrero de 2017, para saber si la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado impide al juez nacional continuar con el procedimiento hipotecario. En concreto,

formula dos cuestiones prejudiciales: por un lado, plantea si es posible mantener la validez de una parte de la cláusula abusiva cuando esa parte no se considere nula, un criterio que de admitirse restaría efectividad a la sanción de nulidad de las cláusulas abusivas; y, por otro lado, si tras la separación de la cláusula, el control de abusividad se aplica sobre la parte de la considerada potencialmente abusiva como supuesto de ineficacia parcial. Esta cuestión prejudicial vino planteada a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de enero de 2017 antes mencionada, que determina los elementos que debe valorar el tribunal nacional para evaluar la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado.

Por su parte, la cláusula de liquidación unilateral de la deuda es aquella por la que, en caso de reclamación judicial de la deuda por parte del acreedor, el importe exigible será el que resulte de la liquidación que aporte, para permitir la ejecución de un título extrajudicial. Esta cláusula se regula en el artículo 572.2 LEC —para la ejecución ordinaria— y en el artículo 695.1.2^a LEC, para la ejecución hipotecaria que aquí nos interesa. En esta cláusula, el control de abusividad recae sobre las cláusulas financieras que incidan en la liquidación de la deuda (PERTÍÑEZ, 2014, 296), aunque el pacto de liquidez acordado no es abusivo en sí mismo. Las cláusulas que inciden en la liquidación de la deuda de manera directa, como veremos más adelante, son la cláusula de redondeo, la cláusula suelo, y la cláusula de referencia del año comercial. En definitiva, lo que es objeto de control es la falta de corrección en la liquidación y, en consecuencia, afectará a la liquidación de la deuda y a los intereses remuneratorios insatisfechos.

Finalmente, la cláusula de intereses de demora se prevé en el artículo 1108 del Código civil como remedio para el retraso en el cumplimiento de la obligación de pago del préstamo hipotecario. Ante este supuesto de hecho, se realiza una valoración legal del precio por el aplazamiento forzoso del crédito mediante la figura del interés (MÚRTULA, 2012, 244), lo que en la práctica supone la repercusión de un porcentaje sobre la deuda como interés que se devenga desde el impago. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁷¹, este interés debe ser superior al remuneratorio, porque el propio Código civil le asigna una función indemnizatoria por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual. Probablemente, la atribución de esta naturaleza obedezca a que también es posible, con la salvedad de la vivienda habitual que expondremos a continuación, que los intereses de demora recaigan sobre los intereses del préstamo hipotecario, motivo por el cual su naturaleza tiene que ser distinta debido a la prohibición del anatocismo, prevista en el artículo 1109 del Código civil. El artículo 114 del Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria⁷² —en adelante LH— prevé, desde su modificación por el artículo 3.2 de la Ley 1/2013, que los intereses de demora no pueden ser superiores a tres veces el interés legal del dinero en los préstamos hipotecarios para la adquisición de la vivienda

habitual; asimismo, su devengo solo puede efectuarse respecto del principal pendiente de pago, en ningún caso alcanzando a los intereses. Este supuesto tiene como excepción el artículo 579.1 a) LEC, que se refiere a la condonación parcial de la deuda no satisfecha en el apremio (CASTILLA, 2018, 81-105). En consecuencia, la protección del consumidor frente a los intereses de demora —en atención al artículo 83 LGDCU en la redacción dada por la Disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013—, exige la moderación de los intereses de demora superiores a tres veces el interés legal del dinero, con el límite de que no se haya ejecutado el lanzamiento.

La calificación de abusiva de la cláusula de intereses de demora, de acuerdo con la jurisprudencia europea citada a lo largo de este trabajo⁷³ así como la sentencia⁷⁴ del Tribunal de Justicia de 7 de agosto de 2018, y en contraste con otras orientaciones⁷⁵ que atienden a la conducta *salvatoria* del acreedor, debe comportar la nulidad de esta cláusula, sin que quepa su integración judicial (CÁMARA, 2015, 630-644). Como hemos señalado anteriormente, la integración judicial para proceder al recálculo de los intereses de demora resulta cuestionada, por cuanto limita los efectos de la nulidad ante su abusividad y por tratarse de un recálculo externo a las partes, lo que contraviene el principio de libertad de pactos recogido en el artículo 1255 del Código civil. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha señalado⁷⁶ que la Directiva 93/13 no se opone a que una disposición nacional habilite a la autoridad judicial al recálculo de las cantidades debidas, en atención a la cláusula de intereses de demora, calculados en un límite superior a tres veces el interés legal del dinero. Esta previsión, sin embargo, tiene como requisito que la disposición nacional no prejuzgue la apreciación del juez nacional del carácter abusivo de dicha cláusula, y que no impida que el juez deje de aplicar la cláusula en el caso de que aprecie que es abusiva. Además, este último pronunciamiento del Tribunal de Justicia, recuerda que la posibilidad de integración de una cláusula abusiva queda limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad. Por este motivo, consideramos conveniente sostener que la regla general será la nulidad de la cláusula abusiva, con efecto retroactivo y restitución de las prestaciones, y que como posibilidad limitada podrá plantearse un eventual recálculo de los intereses.

Con anterioridad a la sentencia de 7 de agosto de 2018 antes referida, el Tribunal Supremo desatendía este criterio, por cuanto ante la declaración de abusividad⁷⁷ de la cláusula de intereses de demora, dispuesta en el artículo 114.2 LH, establecía que el interés remuneratorio se incrementase en dos puntos, sin que expusiese las razones de este porcentaje. A este desafortunado criterio, se le suma que la apreciación de abusividad en los préstamos personales tiene carácter extensivo a los préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de una vivienda habitual; en atención a su regulación específica, cuya interpretación debe ser restrictiva, entendemos que no debe proceder esta ampliación. Estas

contradicciones condujeron a que el propio Tribunal Supremo, mediante auto⁷⁸ de 23 de febrero de 2017, plantease una cuestión prejudicial ahora resuelta en la que solicitaba un pronunciamiento expreso sobre si su propia doctrina respecto del recargo de dos puntos porcentuales infringía los artículos 4.1, 6.1 y 7.1 y el anexo 1 de la Directiva, y si ante la nulidad del interés, lo que procede es la supresión total de ese recargo, tesis que entendemos correcta para no contrariar los efectos propios de la nulidad.

III.2. CLÁUSULAS SOBRE LA FIJACIÓN Y CÁLCULO DE LOS INTERESES: ESPECIAL REFERENCIA A LA CLÁUSULA SUELO Y AL PRÉSTAMO HIPOTECARIO MULTIDIVISA

Existe un grupo de cláusulas contractuales cuya abusividad se centra en la fijación y el cálculo de los intereses del préstamo hipotecario. En primer lugar, encontramos el cálculo de intereses sobre el capital amortizado, en virtud del cual se establece el pago fraccionado trimestral del interés anual, que se calcula sobre el capital pendiente de amortización. Esta cláusula puede provocar que, a pesar de amortizar el capital, no disminuya la parte relativa a los intereses. Según el Tribunal Supremo⁷⁹, la abusividad radica en que no cabe devengar intereses sobre un capital no dispuesto, porque el cálculo de los intereses depende del capital y el periodo de duración del préstamo. Por otra parte, resultan también controvertidas las cláusulas que imponen el cálculo del tipo de interés, conforme al año comercial de 360 días en operaciones de activo y de 365 en operaciones de pasivo. En este sentido, el Tribunal de Justicia⁸⁰ ha declarado que el juez nacional debe comparar el cálculo de los intereses ordinarios por este método y el que resultaría de no aplicar este criterio, porque la regla general para calcular la Tasa Anual Equivalente o TAE son los días del año natural.

Respecto de los intereses variables remuneratorios, se consideran abusivos cuando el acreedor fija unilateralmente la remisión a tipos referenciales de otras entidades del mismo grupo. En la práctica, supone que la entidad financiera modifica unilateralmente el tipo de interés pactado inicialmente para ajustarlo a las fluctuaciones del mercado. La principal consecuencia del establecimiento de esta cláusula es que no es inscribible⁸¹ en el Registro de la Propiedad una escritura de préstamo hipotecario en la que la entidad acreedora pueda decidir unilateralmente la variación del interés. La misma suerte de abusividad corre el pacto conforme al cual el interés se vincule al referencial de la entidad bancaria, por su determinación unilateral, como sucede respecto del Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios —en adelante IRPH— Cajas. En este sentido, cabe esperar algún pronunciamiento ulterior en relación con la abusividad del IRPH —que ha sido tradicionalmente más elevado que el EURIBOR— ante la reciente sentencia⁸² del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017, que ha sido objeto de una cuestión prejudicial planteada por el magistrado del Juzgado

de Instrucción núm. 38 de Barcelona. En este pronunciamiento, se señala que la mera referencia de un préstamo hipotecario a un índice oficial no implica falta de transparencia ni es un abuso, a pesar de la existencia de dos votos particulares⁸³ que cuestionan tal conclusión.

Otra cláusula conflictiva es la cláusula de redondeo al alza del tipo de interés, que se utiliza como referencia para las revisiones anuales. El Tribunal Supremo⁸⁴ la consideró abusiva porque entraña un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que atenta contra la buena fe. En este sentido, no supera el control de incorporación puesto que acentúa y privilegia la posición del acreedor mediante la percepción de unos ingresos sin contraprestación, y porque ocasiona al deudor por una merma patrimonial injustificada. Por su parte, la cláusula de anatocismo, es decir, la que permite que surjan intereses sobre los intereses ya vencidos y no satisfechos, es nula porque el artículo 114 LH la prohíbe expresamente para la adquisición de la vivienda habitual.

Respecto de las cláusulas limitativas de la disponibilidad del inmueble gravado con hipoteca, el Tribunal Supremo las declaró abusivas en la sentencia⁸⁵ de 16 de diciembre de 2009, por vulnerar la libertad de contratación y constituir una prohibición de disponer que contraviene el artículo 27 LH. Por otra parte, las cláusulas de compensación de deuda por el impago del préstamo hipotecario, acumulativas a otras cláusulas potencialmente abusivas como las relativas al préstamo hipotecario multidivisa o la cláusula limitativa de la disponibilidad, suponen una sobregarantía (MÚRTULA, 2012, 234) puesto que el acreedor puede hacer adeudos en la cuenta del deudor a su favor. En consecuencia, esta cláusula será abusiva en el caso de que no supere el control de transparencia y pueda ser calificada como cláusula sorprendente o *überraschende Klauseln*, conforme al pronunciamiento del Tribunal Supremo relativo a la cláusula anterior que analiza un contrato en el que se encuentran ambas. En este sentido, merece también un comentario la modalidad consistente en que el acreedor pueda trasformar a la divisa del préstamo hipotecario el saldo de la cuenta corriente del deudor, lo que sucede en algunos casos en los préstamos hipotecarios multidivisa, que analizaremos posteriormente.

Por lo que se refiere a la cláusula de limitación de la variabilidad del tipo de interés, más conocida como *cláusula suelo*, en realidad supone una restricción en los intereses variables que afecta al límite mínimo, conforme al cual la entidad financiera tiene la garantía de que va a haber un tipo de interés mínimo no sujeto a las fluctuaciones de los tipos de interés variables. Respecto del contenido formal, esta cláusula será válida cuando, según ha establecido el Tribunal Supremo en su sentencia⁸⁶ de 9 de mayo de 2013, supere el control de contenido sobre la causa, es decir, el precio y las oscilaciones de los intereses en el reembolso, y supere el control de transparencia, con independencia del desequilibrio que puede existir entre los límites máximo y mínimo. En concreto, se podrá declarar la abusividad de estas cláusulas en los siguientes supuestos:

cuando, conforme a la jurisprudencia señalada, falte información suficiente por tratarse de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; cuando se inserte conjuntamente con la cláusula techo como contraprestación a la misma; cuando no existan simulaciones de distintos escenarios ante la variación de los tipos de interés; cuando no se proporcione información comparativa en relación con otras modalidades de préstamo; y, cuando por datos excesivos, los que resulten relevantes queden enmascarados en el contrato. Ante la inadmisibilidad inicial del Tribunal Supremo respecto del efecto retroactivo de la nulidad de la cláusula suelo por abusiva, el Tribunal de Justicia declaró en su sentencia⁸⁷ de 21 de diciembre de 2016 que procede la restitución y que, además, no se tiene que limitar temporalmente, una doctrina que ha asumido también el Tribunal Supremo⁸⁸. Sin embargo, las resoluciones firmes previas a este pronunciamiento del Tribunal de Justicia no admiten revisión (CÁMARA, 2017, 18-25, CAÑIZARES, 2016, 103-123). Es necesario apuntar que la pretensión restitutoria no procede en caso de ejecución hipotecaria, porque solamente se podrá reclamar cuando la cuantía alcance al exceso que es parte integrante del capital no amortizado.

Como última cláusula especialmente litigiosa en los préstamos hipotecarios, se examinará el préstamo hipotecario multidivisa, en atención a los recientes pronunciamientos jurisprudenciales al respecto (ARGELICH, 2018, 1-20). En la conocida como hipoteca multidivisa, el consumidor adherente a las condiciones predispuestas del préstamo se ve abocado a soportar, además de las variaciones por el riesgo de tipo de interés de cualquier préstamo sujeto a interés variable, el denominado *riesgo de tipo de cambio* entre las monedas extranjera y nacional, un riesgo que el consumidor asume para reducir en la práctica el tipo de interés. La controversia en estos préstamos surge porque los ingresos de los deudores hipotecarios se perciben en la moneda nacional, mientras que el préstamo hipotecario se determina en una divisa. Los efectos de la materialización del riesgo de tipo de cambio recaen únicamente en el deudor, quien sufre un incremento de las cuotas del préstamo por la disminución del tipo de cambio de la moneda nacional respecto de la divisa, cuando en el caso contrario la entidad financiera no se ve perjudicada.

La hipoteca multidivisa se encuentra excluida de los instrumentos financieros previstos en el artículo 2 de la Ley del Mercado de Valores, en virtud de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁸⁹ (BORRALLO VEIGA, 2016, 2, ROMERO, 2017, 9, GABEIRAS, 2017, 1-11, AGÜERO, 2015, 1-10) y la catalogación del Comité Europeo de Reguladores del Mercado de Valores adoptada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Con anterioridad, el Informe Anual del Banco de España de 2012 (BANCO DE ESPAÑA, 2012) ya advirtió que la normativa de mercados de instrumentos financieros o MiFID y la del mercado de valores no resultaba aplicable a las hipotecas multidivisa. A pesar de esta advertencia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁹⁰ siguió señalando

que era un producto financiero que llevaba un derivado implícito, al constituir el tipo de cambio un subyacente del que dependía el valor de la hipoteca. Afortunadamente, el pronunciamiento⁹¹ de 15 de noviembre de 2017 ha corregido esta calificación afirmando que la naturaleza jurídica de la hipoteca multidivisa no se corresponde con un instrumento financiero de carácter complejo como valor negociable, porque se trata de una operación de préstamo en la cual el capital se establece en una moneda extranjera sujeta a las oscilaciones del tipo de cambio. Este préstamo es en realidad un contrato de financiación bancaria ajeno a la regulación de los instrumentos financieros, sometidos al artículo 2 de la Ley del Mercado de Valores —que detalla los instrumentos financieros complejos y no complejos— y a la supervisión de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. El artículo 2.2 de la referida norma incluye a los contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con divisas, motivo por el cual debería excluirse expresamente a la hipoteca multidivisa de su redactado, como permite el propio apartado noveno del precepto.

En cuanto a la protección del consumidor en los préstamos hipotecarios multidivisa, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunció⁹² al respecto el pasado 20 de septiembre de 2017, siguiendo la línea jurisprudencial sobre la abusividad en los contratos bancarios y las disfunciones del mercado de crédito que había venido desarrollando. Esta resolución analiza la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Oradea, de Rumanía, en el caso *Ruxandra Paula Andriciuc y otros contra Banca Românească SA*. La doctrina que el Tribunal de Justicia vierte en este pronunciamiento resuelve las tres cuestiones prejudiciales planteadas. Sobre la abusividad de una cláusula contractual, el Tribunal se remite al artículo 4 de la Directiva 93/13, que indica que deberá valorarse conforme a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, considerando las circunstancias que concurran en el momento de su celebración. Su apreciación resulta crucial para constatar la existencia del desequilibrio (PÉREZ, 2017, 5) originario entre las partes, una asimetría manifestada en la fase de ejecución por el incumplimiento del deber de información. En este sentido, para poder valorar si una cláusula entraña un desequilibrio importante, el órgano remitente de la cuestión prejudicial deberá analizar si el acreedor podía estimar que, tratando de manera leal y equitativa⁹³ con el consumidor, aceptaría (MORENO TRAPIELLA, 2017, 144-154) dicha cláusula en una negociación individual.

Por lo que respecta a la segunda cuestión prejudicial, la formulación clara y comprensible de la cláusula contractual relativa al pago del capital y los intereses del préstamo exige que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento del mecanismo. Mediante la comprensión del cálculo del reembolso conforme a la moneda extranjera, el consumidor puede valorar las consecuencias económicas del préstamo⁹⁴ y decidir si contrata con base en la información proporcionada por parte de la entidad bancaria⁹⁵. De conformidad

con la Recomendación⁹⁶ JERS/2011/1, de 21 de septiembre de 2001, elaborada por la Junta Europea de Riesgo Sistémico, las instituciones financieras deben facilitar a los consumidores información suficiente respecto del riesgo de depreciación de la moneda nacional en relación con la divisa, para que puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. En consecuencia, la claridad y comprensibilidad de las cláusulas contractuales con consumidores, exigidas por el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, supone que las entidades financieras deben ofrecer información suficiente para que el consumidor medio pueda comprender el alcance negativo del riesgo de tipo de cambio. A la luz de las exigencias del deber de información, cabe reputar como insuficiente⁹⁷ (DÍAZ, 2015, 297) la formalización de la Ficha Europea de Información Normalizada o FEIN a los efectos de considerar válida una variación del tipo de cambio no negociada individualmente, especialmente cuando se trate de consumidores vulnerables o que no tengan un nivel suficiente de educación financiera. Además, en el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, no es posible el desistimiento si se ha cumplimentado la FEIN, precisamente por la oferta vinculante y el cumplimiento —al menos formal— del deber de información. En este sentido, la educación financiera debe alcanzar a todos los intervinientes en el mercado de crédito: consumidores, entidades financieras y poderes públicos (LÓPEZ FRÍAS, 2017, 173-204). En el Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la Unión Europea de 2007 (COMISIÓN EUROPEA, 2007) ya se advirtió que no existían mecanismos de control y garantía de su aplicación, y que se aplicaba de manera incoherente e insuficiente (LAUROBA, 2012, 126). Ello propició que su carácter evolucionase de voluntario a obligatorio. Sin embargo, creemos que, respecto de la validación de la correcta práctica del deber de información, no deja de ser una formalidad que no se corresponde con el control material de la comprensión efectiva que garantiza el deber de información precontractual, junto con el posterior control de transparencia. Recuérdese que la falta de negociación individual de las cláusulas contractuales legitima su consideración de abusivas y, por tanto, no procederá la ejecución del préstamo hipotecario⁹⁸.

Finalmente, en la tercera cuestión prejudicial, el Tribunal expresa que, de conformidad con su jurisprudencia en la que identifica como objeto principal del contrato las cláusulas que regulan las prestaciones esenciales del mismo, debe considerarse como tal la relativa al precio, porque el reembolso conforme a una moneda extranjera no se refiere a una modalidad accesoria de pago, sino que determina la naturaleza de la obligación principal del deudor. El Tribunal concluye señalando que una cláusula de estas características solamente se podrá considerar abusiva en el caso de que el redactado no sea claro y comprensible. En el fondo, lo que se deriva del pronunciamiento es que el objeto principal del contrato escapa del control de la abusividad (CÁMARA, 2013, 100-101, CAÑIZARES, 2015, 67-105) si supera el control de incorporación, sobre la

posibilidad real de conocer las condiciones del préstamo, y el control de transparencia, relativo a la claridad y comprensibilidad de las cláusulas, cuya ausencia se manifiesta en la falta de negociación individual de la relativa al precio. La sentencia⁹⁹ de 30 de abril de 2014 (AGÜERO, 2014, 43-50) declaró que se considera parte integrante del objeto principal del contrato una cláusula que no haya sido objeto de negociación individual, en virtud de la cual la cotización de esa divisa se aplica para calcular las cuotas de devolución del préstamo. Sin embargo, este supuesto complementario no puede equipararse con el examinado por el Tribunal de Justicia: en el precedente, los préstamos estaban vinculados a una divisa porque el reembolso debía realizarse en la moneda nacional en función de su cotización, mientras que, en el más reciente, el objeto y el precio vienen denominados en esta divisa.

La principal implicación que ha tenido la presente resolución del Tribunal de Justicia en nuestro Derecho interno (LÓPEZ JIMÉNEZ, 2017, 1-3, VELA, 2017, 1-6) ha sido la reciente sentencia del Tribunal Supremo¹⁰⁰ de 15 de noviembre de 2017, que junto con la jurisprudencia menor¹⁰¹ ha cambiado de criterio en relación con otros pronunciamientos¹⁰² anteriores. Ello supone una esperanza para los 70.000 préstamos hipotecarios afectados en España¹⁰³ (CAZORLA, 2015, 269, BLANCO, 2007, 631-660), con una pérdida media de 200.000 euros (ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS, 2017). En la jurisprudencia precedente, el elemento esencial para apreciar el error (BELLOD, 2016, 145) del consumidor era si podía comprender el riesgo del producto, con independencia del cumplimiento del deber de información precontractual de la entidad financiera¹⁰⁴. Sin embargo, ahora el Tribunal declara nula la cláusula relativa al reembolso del préstamo, y obliga a la entidad financiera a recalcularlo en euros. Esta conclusión puede encontrarse también en el § 313 BGB, norma que inspira todas las Directivas que hemos venido examinando, que prevé la adaptación del contrato, es decir, el reajuste de la equivalencia de las prestaciones, y en el caso de que no sea posible, procede la desvinculación del contrato. En este sentido, la regulación española debería diferenciar entre el error de adaptación del contrato y el error por alteración sobrevenida de las circunstancias, para un mejor ajuste de los remedios del consumidor.

El fundamento de dicha nulidad es la falta de transparencia por no estar negociada individualmente —además de no proporcionar folleto informativo ni oferta vinculante—, su complejidad, y el elevado riesgo para el consumidor ante la inobservancia del deber de información. Finalmente, la falta de transposición de la Directiva 2014/17 es especialmente perjudicial en este ámbito, porque incluye unas disposiciones sobre préstamos formalizados en moneda extranjera. En particular, el artículo 23.1 concede al prestatario el derecho a convertir el préstamo en otra divisa alternativa, una posibilidad de la que los recurrentes de los pronunciamientos analizados carecían. En la sección 6.5 del Anexo II relativo a la FEIN, que está regulada en el artículo 23.6 de la Directiva, la entidad

financiera tiene la obligación de advertir devaluaciones de la moneda nacional de más del 20%, algo que el legislador español no ha considerado conveniente incluir en el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Finalmente, tampoco incluye la previsión del artículo 15.1 g) de la Directiva, relativa a la información al consumidor de las comisiones que deberá abonar por los servicios del acreedor en el préstamo.

III.3. CLÁUSULAS DE NATURALEZA PERSONAL U OBLIGACIONAL RELATIVAS A LOS GASTOS ACCESORIOS AL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Los gastos son los costes accesorios derivados del contrato de préstamo o crédito pero que no forman parte de su contenido porque se producen fuera del ámbito de la actividad financiera; este es el elemento que los diferencia de las comisiones, como la habitual comisión de apertura¹⁰⁵, que afectan a conceptos precisos por servicios prestados en el ámbito de la actividad financiera. Para que las comisiones no sean abusivas, deberán obedecer a un servicio prestado efectivamente, y los gastos a un coste existente y repercutible, sin que en ninguno de los dos casos sea objetivamente excesivo, según exige el artículo 85.6 LGDCU. Asimismo, deberá identificar su función en aras de evitar que una comisión pueda obedecer a una penalización ante un impago, lo que se sumaría a los intereses de demora que tienen la misma finalidad. Conforme a los criterios expuestos, el Tribunal Supremo¹⁰⁶ considera abusivas las cláusulas que se remiten a las tarifas establecidas por la entidad financiera para los gastos y las comisiones, por la falta de información y el desequilibrio que ello ocasiona. A la solución de este problema ha pretendido hacer frente la transposición tardía de la Directiva 2014/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014, sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas¹⁰⁷, mediante el Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones¹⁰⁸, cuyo plazo finalizaba el 18 de septiembre de 2016.

Por lo que se refiere a las cláusulas que asocian la contratación de un contrato de seguro accesorio al préstamo hipotecario, en particular el seguro de daños, el Tribunal Supremo¹⁰⁹ consideró que cuando la entidad financiera asuma la concertación del seguro responderá por los errores o carencias de los riesgos asegurados. En este sentido, son abusivas¹¹⁰ la concertación de seguros de amortización¹¹¹ con aseguradoras del mismo grupo empresarial (LÓPEZ FRÍAS, 2017, 601-653), al igual que la cláusula de vencimiento anticipado por impago de la prima del seguro de amortización o de incendios. Respecto de las cláusulas que se refieran a la repercusión de costas procesales, el Tribunal Supremo¹¹² ha señalado que se considerarán abusivas cuando vulneren las normas

que determinan su aplicación, en particular el principio procesal del vencimiento. Respecto de las cláusulas que establecen fúeros de competencia distintos al domicilio del consumidor, el Tribunal de Justicia¹¹³ declaró su nulidad por fijar la competencia territorial jurisdiccional en el domicilio del comerciante. Además, este tipo de cláusulas son contrarias al artículo 24 CE, por occasionar un perjuicio desproporcionado para obtener la tutela judicial efectiva. En este sentido, el artículo 54.2 LEC excluye de los fúeros dispositivos el domicilio del consumidor, y el artículo 90.2 LGDCU declara la nulidad de la cláusula de sumisión expresa en los contratos de adhesión cuando se determine la competencia en un tribunal distinto al del domicilio del consumidor.

Finalmente, en cuanto a las cláusulas referidas a la asunción de los gastos de constitución e inscripción del préstamo (MARÍN, 2018, 189-254, ZUMA-QUERO, 2018, 149-191), el Tribunal Supremo¹¹⁴ declaró que eran abusivas porque su existencia no permitía una mínima reciprocidad en su distribución, y además recaían únicamente en el hipotecante, a pesar de que en la Directiva 93/13 se permitía una distribución equitativa. Por estos motivos, se recoge como cláusula abusiva en el catálogo que dispone el artículo 89.2 LGDCU. Esta distribución de los gastos obedece a que el beneficiario del préstamo es un consumidor, pero la garantía se adopta en beneficio del acreedor. En el mismo sentido, también considera que los tributos que gravan el préstamo hipotecario vulneran la distribución legal si recaen únicamente en el consumidor. A esta distribución no obedecía precisamente el artículo 8 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados¹¹⁵, que señalaba como obligado tributario al prestatario porque el propio artículo 15.1 remite al sujeto pasivo del préstamo, aunque esté garantizado con el derecho real de hipoteca.

Recientemente, hemos podido observar, con estupor, una vacilación en cuanto a los criterios de determinación del obligado tributario de este impuesto, pues la Sala Tercera del Tribunal Supremo había venido considerando que el obligado tributario era el consumidor, un criterio que cambió, con valentía y rigor jurídico inicial, en su sentencia¹¹⁶ de 16 de octubre de 2018. En ella, se sosténía que el sujeto pasivo era el acreedor hipotecario cuando existe una escritura pública con garantía hipotecaria, pues en su interés se constituye la garantía. La controversia surge porque en el referido artículo 8, si atendemos solamente a la garantía, el obligado tributario es la entidad financiera, mientras que, si atendemos al préstamo, debe ser el prestatario.

Para su solución judicial, la Sala Tercera del Tribunal Supremo nos ofreció el 7 de noviembre de 2018 una lamentable —por insólita y poco jurídica— rectificación de lo emitido en su pronunciamiento. Un día después de la publicación de la sentencia se dejó en suspenso la resolución y el presidente de la Sala convocó un pleno para estudiarla, por entender que suponía un «giro

radical» en su jurisprudencia y por su «enorme repercusión económica y social». Dicho *giro radical* no es sino un eufemismo para aludir a un elemento inherente al ejercicio de la Magistratura: soportar las presiones de los poderes fácticos por las fluctuaciones en los mercados financieros que se encuentren afectados por un determinado pronunciamiento, una presión que va en el cargo y a la que no deben someterse los integrantes del Poder Judicial, máxime su cúpula. Dicha presión fue negada el 25 de octubre por parte del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, quien también pidió disculpas por la inseguridad jurídica producida. De haber admitido unas injerencias evidentes, su dimisión habría sido obligada, o al menos lo sería en cualquier Estado de la Unión, a los que deberíamos asemejarnos en rigor jurídico, para evitar estas dubitaciones, y en transparencia en la elección de la cúpula judicial, a la vista de los acontecimientos. Dicha presión se confirmó con la rectificación de 7 de noviembre, adoptada por 15 votos a favor y 13 en contra. Este *iter* no deja lugar a dudas: ha quedado demostrado que este cambio no obedece a criterios estrictamente jurídicos sino a un supuesto desequilibrio del mercado financiero, o lo que es lo mismo, que un poder del Estado se ha doblegado a sus presiones. Por otro lado, la solución legal del asunto ha pasado por la aprobación al día siguiente del Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre¹¹⁷. Para evitar que en adelante los consumidores siguiesen asumiendo asimétricamente el pago de este impuesto, se ha modificado el artículo 29, conforme al cual es sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, esto es, quienes tengan interés en que se expidan, lo que sitúa como obligado tributario a la entidad financiera, sin lugar a dudas.

El daño producido por este asunto a los integrantes del Poder Judicial y a su reputación frente a la ciudadanía es evidente. Sin embargo, puede ser enmendado por vía de nulidad de la cláusula abusiva que imponga el pago de dicho impuesto al consumidor, esto es, la retroactividad que no puede satisfacer la solución legal, a pesar de críticas muy políticas y poco jurídicas respecto del alcance, en cuanto a eficacia, de un Real Decreto-ley. La eficacia retroactiva por vía de nulidad contractual para todos los préstamos hipotecarios, incluso los cancelados, está siendo reclamada por las Asociaciones de Consumidores¹¹⁸, que se apresuraron a criticar el fallo en atención a los 12 millones de préstamos hipotecarios afectados en España. La solución completa de este sinsabor jurídico pasa necesariamente por la retroactividad, algo que únicamente podrá enmendarse por dos caminos: por una vía más lenta mediante el sistema de recursos que finalmente llegue al Tribunal de Justicia; o por el planteamiento de una cuestión prejudicial por un juez nacional a dicho Tribunal, para que examine la abusividad de dicha

cláusula y determine su nulidad. Del mismo modo que los efectos retroactivos de la nulidad no son potestativos, como se demostró respecto de las cláusulas suelo, en este caso no se puede negar que la garantía hipotecaria se constituye a favor de la entidad financiera y que debe asumir el pago del impuesto, pues en un préstamo al consumo quien lo asumiría sería el prestatario, por la ausencia de dicha garantía real. En definitiva, y de concretarse, el Tribunal de Justicia puede enmendar de nuevo la plana al Tribunal Supremo, aunque se refiera a distintas Salas, por lo que habría sido conveniente no haber asistido a estas vacilaciones y haber resistido las presiones de las entidades financieras y sus inversores.

En otro orden de cosas pero al hilo de los gastos accesorios que venimos analizando, el Tribunal Supremo¹¹⁹ considera que, en los impuestos derivados de documentos notariales, la entidad prestamista no queda al margen de los tributos, pues la tributación única al consumidor resulta indebida. Sobre estos gastos, debemos señalar que la Sala Primera del Tribunal Supremo ha determinado en la Sentencia¹²⁰ de 15 de marzo de 2018 que la cláusula sin negociación por la que se atribuyen al deudor los *gastos notariales*, por ser sujeto pasivo del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, así como los impuestos derivados, es abusiva. Por el contrario, no lo será cuando se distribuyan los gastos de manera *reasonable*, según exige el Tribunal, lo que en este pronunciamiento se traduce en una distribución por mitad de los gastos y la asunción del pago de la copia autorizada por parte del acreedor. Este concepto de la razonabilidad conduce a equívoco cuando estamos ante otras circunstancias, como por ejemplo cuando se atribuyen al consumidor los gastos de escritura y a la entidad financiera los de copia autorizada e inscripción. En este caso, no se alude a la intangibilidad cuantitativa de esta distribución, para que su concreción obedezca de manera objetiva al paradigma de la razonabilidad que se pretende. Asimismo, tampoco queda claro el devenir de los gastos notariales y registrales en caso de nulidad de la cláusula por abusiva, porque si el reparto por mitad de los gastos registrales es razonable, este parámetro debería ser extensivo a los aranceles notariales, un extremo que no especifica. Finalmente, también plantea problemas la cláusula de afianzamiento, que no se considera como una cláusula del contrato de préstamo sino como un contrato en sí mismo. Para valorar la abusividad, se tiene que examinar si el fiador o avalista tiene la condición de consumidor, especificando que debe atenderse al ámbito no profesional de la operación en lugar de a las condiciones subjetivas del contratante, algo que clarificó el Tribunal de Justicia¹²¹.

IV. CONCLUSIONES

I. El mercado de crédito hipotecario se encuentra afectado por la abusividad que se produce en la contratación de instrumentos no financieros con

consumidores, quienes en la práctica asumen la totalidad del riesgo de forma asimétrica sin que la entidad financiera se vea afectada, a pesar del teórico sinalagma. En este sentido, la selección adversa por defectos en el mecanismo préstamo-riesgo, el objeto del contrato según si se trata de un instrumento no financiero o financiero, y la distinción entre consumidor e inversor limitan el régimen de protección. A ello no coadyuva la desafortunada distinción que efectúa el Tribunal Supremo entre consumidor medio y consumidor experto, al que en realidad está equiparando con un inversor.

II. Frente a esta problemática, se han articulado distintos controles, no exentos de matices destacables. Por un lado, los controles de incorporación y contenido para las condiciones generales de la contratación, de carácter formal, y, por otro lado, el control de transparencia para las cláusulas no negociadas individualmente, que evalúa la igualdad material de las partes. Estos controles tienen alcances diferenciados según si afectan a elementos esenciales o accesorios del contrato. Asimismo, se encuentran fuertemente influenciados por dos elementos externos y definidores, cuya vinculación manifiesta la necesidad del primero: el deber de información precontractual, como garantía de la formación válida del contrato, y la excesiva onerosidad del contrato que deviene ante su inobservancia.

III. La principal expresión de la vulneración de los controles en la fase de formación del contrato se encuentra en los remedios en la fase de ejecución, así como su necesaria adaptación a nuevas realidades como los *smart contracts*, de los que el único control que puede restar intacto, sin una reformulación, es el control de incorporación. Por las razones aludidas, los remedios deberían armonizarse en los instrumentos financieros y no financieros pues, ante las mismas contravenciones, procede la nulidad en los instrumentos financieros por desatender una norma imperativa, mientras que en los instrumentos no financieros resulta la anulabilidad por error. Por su importancia en el tráfico jurídico, destacan las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, cuyo elemento común es el desequilibrio que origina su falta de negociación individual, especialmente cuando se manifiesta el riesgo en las relativas al precio. En este sentido, convendría que la jurisprudencia del Tribunal Supremo fuese más cauta a la hora de excluir materialmente de tutela a los consumidores en determinados instrumentos no financieros, a la luz de las enmiendas ulteriores que realiza el Tribunal de Justicia. Como reflexión final y para concluir, una adecuada observancia de los controles, en aras de proteger al consumidor, va a evitar la aplicación de los remedios y va a reforzar su posición en la relación jurídica. De lo contrario, el mercado de crédito se seguirá viendo afectado por la predisposición de cláusulas contractuales que únicamente promueven la desigualdad material de las partes.

ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS:

- STJCE de 16 de julio de 1998
- STJCE de 13 de enero de 2000
- STJUE de 4 de junio de 2009
- STJUE de 3 de junio de 2010
- STJUE de 9 de noviembre de 2010
- STJUE de 15 de marzo de 2012
- STJUE de 14 de junio de 2012
- STJUE de 14 de marzo de 2013
- STJUE de 21 de marzo de 2013
- STJUE de 24 de marzo de 2013
- STJUE de 30 de mayo de 2013
- STJUE de 16 de enero de 2014
- STJUE de 30 de abril de 2014
- STJUE de 18 de diciembre de 2014
- STJUE de 21 de enero de 2015
- STJUE de 23 de abril de 2015
- STJUE de 3 de septiembre de 2015
- STJUE de 3 de diciembre de 2015
- STJUE de 21 de diciembre de 2016
- STJUE de 26 de enero de 2017
- STJUE de 20 de septiembre de 2017
- STJUE de 7 de agosto de 2018

- STS de 8 de abril de 1994
- STS de 2 de marzo de 2001
- STS de 10 de octubre de 2001
- STS de 30 de noviembre de 2001
- STS de 1 de marzo de 2007
- STS de 30 de noviembre de 2007
- STS de 4 de junio de 2008
- STS de 16 de diciembre de 2009
- STS Tercera, de 15 de julio de 2010
- STS de 23 de septiembre de 2010
- STS de 4 de noviembre de 2010
- STS de 17 de febrero de 2011
- STS de 2 de marzo de 2011
- STS de 25 de noviembre de 2011
- STS de 18 de junio de 2012
- STS de 1 de marzo de 2013
- STS de 28 de abril de 2013

- STS de 9 de mayo de 2013
- STS de 20 de enero de 2014
- STS de 30 de junio de 2014
- STS de 7 de julio de 2014
- STS de 8 de julio de 2014
- STS de 8 de septiembre de 2014
- STS de 11 de febrero de 2015
- STS de 26 de febrero de 2015
- STS de 25 de marzo de 2015
- STS de 22 de abril de 2015
- STS de 23 de abril de 2015
- STS de 30 de junio de 2015
- STS de 13 de julio de 2015
- STS de 7 de septiembre de 2015
- STS de 8 de septiembre de 2015
- STS de 13 de octubre de 2015
- STS de 15 de octubre de 2015
- STS de 22 de octubre de 2015
- STS de 27 de octubre de 2015
- STS de 13 de noviembre de 2015
- STS de 17 de noviembre de 2015
- STS de 20 de noviembre de 2015
- STS de 25 de noviembre de 2015
- STS de 9 de diciembre de 2015
- STS de 22 de diciembre de 2015
- STS de 23 de diciembre de 2015
- STS de 29 de diciembre de 2015
- STS de 18 de febrero de 2016
- STS de 24 de febrero de 2016
- STS de 3 de junio de 2016
- STS de 20 de julio de 2016
- STS de 9 de marzo de 2017
- STS de 8 de junio de 2017
- STS de 27 de septiembre de 2017
- STS de 15 de noviembre de 2017
- STS de 14 de diciembre de 2017
- STS de 15 de junio de 2018
- STS de 7 de noviembre de 2018
- ATS de 8 de febrero de 2017
- ATS de 22 de febrero de 2017

- SAP Madrid de 8 de septiembre de 2005
- SAP Barcelona de 21 de enero de 2014
- SAP Barcelona de 30 de abril de 2014
- SAP Madrid de 31 de marzo de 2016
- SAP Girona de 5 de mayo de 2016
- SAP Barcelona de 9 de junio de 2016
- SAP Islas Baleares de 16 de diciembre de 2016
- SAP Madrid de 19 de diciembre de 2016
- SAP Asturias de 24 de febrero de 2017
- SAP Asturias de 3 de octubre de 2017
- SAP Las Palmas de 20 de abril de 2018
- AAP Barcelona de 5 de marzo de 2015
- SJPI Madrid de 20 de noviembre de 2017
- SJPI Fuenlabrada de 3 de octubre de 2014
- RDGRN de 31 de octubre de 2013

BIBLIOGRAFÍA

- ADÁN DOMÉNECH, F. (2017). STJUE de 26 de enero de 2017 sobre cláusulas de vencimiento anticipado: crisis del sistema procesal español. En: K. J. Albiez Dohrmann, M. L. Moreno-Torres Herrera (dirs.), M. J. López Frías, B. Casado Casado (coords.), *Los contratos de crédito inmobiliario*. Cizur Menor: Aranzadi (1205-1222).
- AGÜERO ORTIZ, A. (2014). Las hipotecas multidivisa a examen. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 43-50.
- (2015). Fin del debate: tras el CESR y la Comisión Europea, ahora es el TJUE quien confirme que los préstamos multidivisa no son instrumentos financieros, ni están sujetos a MIFID. STJUE de 3 de diciembre de 2015 (Asunto C-312/14). *Centro de Estudios de Consumo*, 1-10.
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2015). Una invitación a los Estados miembro de la UE: normas prudenciales a favor del consumidor en los préstamos para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial (a propósito de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de noviembre de 2014). *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 2, 1-30.
- ALCALÁ DÍAZ, M. A. (2013). La protección del deudor hipotecario. La insuficiencia de la reforma para la defensa del deudor-consumidor. *La Notaría*, núm. 2, 6-15.
- ALEXANDER, K. (2018). *Mis-selling of Financial Products: Marketing, Sale and Distribution*. Brussels: European Parliament [En línea], disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/618996/IPOL_STU\(2018\)618996_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/618996/IPOL_STU(2018)618996_EN.pdf).
- ARGELICH COMELLES, C. (2017). *La expropiación temporal del uso de viviendas*. Madrid: Marcial Pons.

- (2018). Control de transparencia y buena fe en la reciente jurisprudencia sobre la hipoteca multidivisa. *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 46, 1-20.
- ARROYO AMAYUELAS, E. (2017). La Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencia». *InDret*, núm. 2, 2-44.
- ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS (2017). Hipoteca multidivisa: el Tribunal Supremo abre las puertas a reclamar por falta de transparencia [En línea], disponible en: <https://asufin.com/2017/11/hipoteca-multidivisa-tribunal-supremo-abre-las-puertas-reclamar-falta-transparencia/>.
- ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2003). Codificación de la *culpa in contrahendo* en el Derecho alemán. En: A. Cabanillas Sánchez (coord.), *Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Díez Picazo*, Tomo II. Madrid: Civitas (1417-1418).
- BALLUGUERA GÓMEZ, C. (2016). Los requisitos legales de transparencia de las condiciones generales según la jurisprudencia española reciente. *Diario La Ley*, núm. 8795, 1-15.
- BANCO DE ESPAÑA (2012). *Informe Anual 2012* [En línea], disponible en: <https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/InformesAnuales/12/Fich/inf2012.pdf>.
- BARRAL VIÑALS, I. (2012). El cliente y el consumidor de servicios financieros de préstamo hipotecario. En: J. Tarabal Bosch, Lauroba Lacasa, M. E. (dirs.), *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*. Madrid: Marcial Pons (473-488).
- (2015). ¿Abusivas por falta de transparencia (bancaria)?: el control de incorporación y las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios. *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, 25-70.
- BASTANTE GRANELLO, V. (2015). La abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado en el procedimiento de ejecución hipotecaria. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 750, 2420-2454.
- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, M. E. (2016). El abuso de la cláusula abusiva y la exagerada relevancia de la información en relación al préstamo hipotecario multidivisa. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 1, 127-156.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2000). Comentario a la disposición adicional primera.-Tres: artículo 10 bis. 1 LGDCU. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*. Pamplona: Aranzadi (753-769).
- (2018). Cláusulas abusivas en contratos con consumidores. Comentario a la STS —Sala Primera— núm. 511/2017, de 20 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 4039). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 106, 215-224.
- BERROCAL LANZAROT, A. I. (2018). Consideraciones generales en torno al Proyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. *Actualidad Civil*, núm. 1, 1-26.
- BLANCO HERNÁNDEZ, M. T. (2007). Una aproximación a la hipoteca multidivisa. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. 40, 631-660.
- BORRALLO FERNÁNDEZ, C. (2016). La problemática de las hipotecas multidivisa: novedades jurisprudenciales. *Actualidad Civil*, núm. 10, 1-9.
- BORRALLO VEIGA, A. (2016). El TJUE confirma que las hipotecas multidivisa no son un instrumento financiero. *Diario La Ley*, núm. 8686, 1-2.

- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1995). Ámbito de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 628, 747-788.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2006). *El control sobre las cláusulas «abusivas» sobre los elementos esenciales del contrato: ¿incorrecta transposición, opción legal legítima o mentis jurisprudencial?* Pamplona: Aranzadi.
- (2013). El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE de 3 de junio de 2010 (Caja Madrid) a la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 99-115.
- (2015). Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. 55, 549-644.
- (2016). El control de transparencia de las cláusulas suelo como causa única y directa de su carácter abusivo (crítica y reconducción hacia el control de incorporación): Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014 (3903/2014). En: M. Izquierdo Tolsada (dir.), J. Espín Granizo (coord.). *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina Civil y Mercantil*, Volumen 6. 2013-2014. Madrid: Dykinson (202-222).
- (2017). Doce tesis sobre la STJUE de 21 diciembre 2016. Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no solo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo. *Indret*, núm. 1, 1-32.
- CAÑIZARES LASO, A. (2015). Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo. *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, 67-105.
- (2016). Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016. *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 4, 103-123.
- CARRASCO PERERA, A. (2013). El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7, 164-183.
- CASTILLA BAREA, M. (2000). *La imposibilidad de cumplir los contratos*. Madrid: Dykinson.
- (2018). La facultad del acreedor de elegir procedimiento ejecutivo en caso de hipoteca sobre la vivienda habitual del deudor: ¿Una libertad absoluta o condicionada? *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 2, 81-105.
- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L. (2015). Una aproximación la naturaleza jurídica de la conocida como «hipoteca multidivisa». *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 140, 269-292.
- CHEREDNYCHENKO, O. MEINDERTSMA, J. M. (2018). *Mis-selling of Financial Products: Consumer Credit*. Brussels: European Parliament [En línea], disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/618997/IPOL_STU\(2018\)618997_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/618997/IPOL_STU(2018)618997_EN.pdf).
- CLEMENTE MEORO, M. E. (2016). Comentario del artículo 1129. En: Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Francisco Javier Orduña Moreno, Rosario Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil comentado*, Vol. III. Cizur Menor: Aranzadi (248-252).
- COESTER, M. (2013). § 307. En: J. Von Staudinger (ed.). *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB* - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. §§ 305-310; UKlaG (Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen). Berlin: De Gruyter (297-501).

- COMISIÓN EUROPEA (2007). *Libro blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la Unión Europea* [En línea], disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52007DC0807>.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (2009). *Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos* [En línea], disponible en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292338957019?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=SuplementosBoletin&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPropuesta_de_Modernizaci%C3%B3n_del_C%C3%B3digo_Civil_en_materia_de_Obligaciones_y_Contratos.PDF.
- CONAC, P. H. (2018). *Mis-selling of Financial Products: Subordinated Debt and Self-placement*. Brussels: European Parliament [En línea], disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/618994/IPOL_STU\(2018\)618994_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/618994/IPOL_STU(2018)618994_EN.pdf).
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2018). *La justicia dato a dato: año 2017. Estadística Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- CUENA CASAS, M. (2015). La insolvencia de la persona física: prevención y solución. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 55, 461-518.
- (2017). Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito. *InDret*, núm. 3, 1-67.
- DÍAZ ALABART, S. (2015). Contratación de créditos hipotecarios y protección al consumidor. En: P. Delgado Martín (dir.). *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa*. Cizur Menor: Aranzadi (281-311).
- DOMÍNGUEZ RUIZ, L. (2016). Medidas de protección del deudor hipotecario: la limitación de los intereses de demora. En: M. Espejo Lerdo de Tejada, J. P. Murga Fernández (dirs.), M. A. Fernández Schalisi, S. Tomás Tomás (coords.). *Vivienda, préstamo y ejecución*. Cizur Menor: Aranzadi (629-648).
- EBERS, M. (2018). *Obligaciones, contratos y protección del consumidor en el Derecho de la Unión Europea y los Estados Miembros*. Santiago de Chile: Olejnik.
- EUROSTAT (2018). *Estadísticas sobre vivienda* [En línea], disponible en: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Housing_statistics/es.
- FERRANDO VILLALBA, M. L. (2014). Preferentes y otros instrumentos financieros de riesgo deber de información y buena fe (a propósito de la STS de 28 de abril de 2013). *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 93-115.
- FRIESECKE, J. (2015). § 305, revisado por GRÜNEBERG, C. En: Palandt, O. (ed.), *Bürgerliches Gesetzbuch*. München: C. H. Beck (415-423).
- (2015). § 307, revisado por GRÜNEBERG, C. En: Palandt, O. (ed.), *Bürgerliches Gesetzbuch*. München: C. H. Beck (430-452).
- GABEIRAS VÁZQUEZ, P. (2017). Las hipotecas multidivisa y la obligatoriedad de elevar cuestión prejudicial en evitación de la ulterior responsabilidad patrimonial del Estado. *Actualidad Civil*, núm. 6, 1-11.
- GARCÍA RUBIO, M. P., OTERO CRESPO, M. (2010). La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo, *InDret*, núm. 2, 1-62.
- GARCÍA VICENTE, J. R. (2013). La contratación con consumidores. En: N. Moralejo Imbernón, M. S. Quicíos Molina (coords.), R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dirs.), *Tratado de contratos*, Vol. II Contratación con consumidores, contratos de adhesión y contratación electrónica, contratos con finalidad traslativa de do-

- minio, contratos de cesión temporal de uso y disfrute. Valencia: Tirant lo Blanch (1629-1790).
- GÓMEZ LOZANO, M. M. (2014). La protección del consumidor en la comercialización de préstamos hipotecarios. En: A. Núñez Iglesias (dir.), J. A. Escartín Ipiéns, M. A. Martos Calabréus (coords.), *La protección del deudor hipotecario. Aproximación a la Ley de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social*. Granada: Comares (179-192).
- GONZÁLEZ DE AUDICANA, J. M. (2016). Las cláusulas de vencimiento anticipado en el contrato de préstamo hipotecario. En: M. Espejo Lerdo de Tejada, J. P. Murga Fernández (dirs.), M. A. Fernández Schahlius, S. Tomás Tomás (coords.). *Vivienda, préstamo y ejecución*. Cizur Menor: Aranzadi (709-740).
- GONZÁLEZ PACANOWKA, I. (2010). Sentencia de 16 de diciembre de 2009: Cláusulas abusivas en contratos bancarios: Protección de consumidores y usuarios. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 84, 1645-1728.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2017). Los deberes de información precontractual en los contratos de préstamo. En: M. Cuena Casas (dir.), *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*. Cizur Menor: Aranzadi (523-570).
- HEINRICH, H. (1995). Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen durch Auslegung. *Neue Juristische Wochenschrift*, 2190-2197.
- HERNÁNDEZ PAULSEN, G. (2014). *La obligación precontractual de la entidad de crédito de informar al cliente en los servicios bancarios y de inversión*. Madrid: Marcial Pons.
- HUALDE MANSO, T. (2016). *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de Consumo europeo*. Madrid: Dykinson.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. (2018). *Estadística de Hipotecas* [En línea], disponible en: <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=3223>.
- JOSIPOVIĆ, T. (2014). Consumer Protection in EU Residential Mortgage Markets: Common EU Rules on Mortgage Credit in the Mortgage Credit Directive. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, núm. 16, 223-253.
- KAPNOPOULOU, E. N. (1997). *Das Recht der mißbräuchlichen Klauseln in der Europäischen Union. Das griechische Verbraucherschutzrecht als Beitrag zum Europäischen Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- LAUROBA LACASA, M. E. (2012). La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito relativos a los bienes inmuebles de uso residencial. En: J. Tarabal Bosch, Lauroba Lacasa, M. E. (dirs.), *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*. Madrid: Marcial Pons (117-132).
- LÓPEZ CÁNOVAS, A. (2015). La *Bona Fides* como límite en la contratación bancaria de productos complejos. *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, 3-21.
- LÓPEZ FRÍAS, A. (2017). La contratación de productos y servicios accesorios al crédito inmobiliario. La problemática de los seguros asociados a la hipoteca. En: K. J. Albiez Dohrmann, M. L. Moreno-Torres Herrera (dirs.), M. J. López Frías, B. Casado Casado (coords.), *Los contratos de crédito inmobiliario*. Cizur Menor: Aranzadi (601-653).
- (2017). Algunas ideas sobre la necesidad de la educación financiera a tres bandas: consumidores, entidades financieras y poderes públicos. En: K. J. Albiez Dohrmann,

- M. L. Moreno-Torres Herrera (dirs.), M. J. López Frías, B. Casado Casado (coords.), *Los contratos de crédito inmobiliario*. Cizur Menor: Aranzadi (173-205).
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M. (2017). Índice de Referencia de los Préstamos Hipotecarios (IRPH) y control de transparencia (STS 669/2017, de 14 de diciembre de 2017). *Diario La Ley*, 1-4.
- MANZANARES SECADES, A. (1985). La naturaleza de la responsabilidad precontratual o *culpa in contrahendo*. *Anuario de Derecho civil*, vol. 38, núm. 4, 979-1010.
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2018). *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios*. Madrid: Reus.
- MINOR, J. (2012). Consumer Protection in the EU: Searching for the Real Consumer. *European Business Organization Law Review*, núm. 13, 163-168.
- MORENO TRAPIELLA, P. C. (2017). Ejecución hipotecaria. Jurisprudencia del TJUE sobre las cláusulas abusivas. Las Rozas: Wolters Kluwer.
- MORENO-TORRES HERRERA, M. L. (2018). ¿Son abusivas las cláusulas que imponen al consumidor el pago de los gastos notariales y registrales del préstamo hipotecario? *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 765, 143-192.
- MÚRTULA LAFUENTE, V. (2012). *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*. Madrid: Reus.
- NIPPERDEY, H. C. (1920). *Kontrahierungzwang und diktirter Vertrag*. Jena: Keip.
- PARRA LUCÁN, M. A. (2015). Riesgo imprevisible y modificación de los contratos. *InDret*, núm. 4, 1-54.
- PÉREZ GUERRA, C. (2017). Hipotecas multidivisa, tutela de los consumidores y desequilibrio contractual. *La Ley mercantil*, núm. 36, 5.
- PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F. (2004). *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*. Cizur Menor: Aranzadi.
- (2013). Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario. *InDret*, núm. 3, 1-28.
 - (2014). Las cláusulas abusivas en los procesos de ejecución hipotecaria. En: Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia, Miguel Domingo Olmedo Cardenete (coords.), *Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal*. Valencia: Tirant lo Blanch (277-298).
 - (2017). Transparencia material y transparencia documental en los contratos de préstamo hipotecario. En: K. J. Albiez Dohrmann, M. L. Moreno-Torres Herrera (dirs.), M. J. López Frías, B. Casado Casado (coords.), *Los contratos de crédito inmobiliario*. Cizur Menor: Aranzadi (403-437).
- REICH, N. (1993). *Europäisches Verbraucherschutzrecht: Binnenmarkt und Verbraucherinteresse*. Badeb-Baden: Nomos.
- ROMERO, E. (2017). La hipoteca multidivisa, en el punto de mira de la Justicia. *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 934, 9.
- SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I. (2018). Dos modelos de control administrativo de las cláusulas abusivas: España y Reino Unido. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 2, 243-272.
- SCHLOSSER, P. (2013). § 305. En: J. Von Staudinger (ed.). *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. §§ 305-310; UKlaG (Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen)*. Berlin: De Gruyter (17-113).

- SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2017). Efectos del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del deudor ¿Una oportunidad perdida en el Proyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario? En: K. J. Albiez Dohrmann, M. L. Moreno-Torres Herrera (dirs.), M. J. López Frías, B. Casado Casado (coords.), *Los contratos de crédito inmobiliario*. Cizur Menor: Aranzadi (381-401).
- SLAWSON, D. (1971). Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power. *Harvard Law Review*, vol. 84, núm. 3, 529-566.
- TENREIRO, M., KARSTEN, J. (1999). Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive. En: H. Schulte-Nölke, R. Schulze, *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*. Baden-Baden: Nomos (223-277).
- TOMÁS MARTÍNEZ, G. (2010). Naturaleza de la responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo) en la armonización jurídica europea. *Revista de Derecho*, núm. 1, 187-210.
- TORRES VARGAS, L., CARRASCO GARCÍA, F. A., XIOL RÍOS, J. A. (2013). Contrato de gestión discrecional de cartera de valores. Inversión en valores de riesgo. Adquisición de participaciones preferentes de la entidad «Lehman Brothers Holdings Inc». En: *Crónica de jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala Iº) año 2012-2013* [En línea], disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Portal-de-Transparencia/Te-puede-interesar---/Cronica-de-Jurisprudencia/>.
- TRZASKOWSKI, J. (2016). Lawful Distortion of Consumers' Economic Behaviour: Collateral Damage Under the Unfair Commercial Practices Directive. *European Business Law Review*, vol. 27, núm. 1, 25-49.
- ULMER, P. (1993). Zur Anpassung des AGB-Gesetzes an die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln. *Europäisches Zeitschrift Wirtschaftsrecht*, 337-347.
- VALES DUQUE, P. (2006). La responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*. En: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, *Libro Homenaje a Manuel Amorós*, vol. I. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (713-748).
- VELA TORRES, P. J. (2017). Hipoteca multididivisa: adaptación de la jurisprudencia española a la del TJUE. *Diario La Ley*, núm. 9108, 1-6.
- VIVAS TESÓN, I. (2010). La excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación: necesidad de una regulación. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 133-154.
- WILHELMSSON, T. (2000). Workshop 1: The Scope of the Directive: Non-negotiated Terms in Consumer Contracts (arts. 1 §1, 3 §1, 4 §2). En: European Commission, *The «unfair terms» directive, five years on: evaluation and future perspectives: Brussels Conference*. Brussels: European Publishers (94-100).
- (2004). The Abuse of the «Confident Consumer» as a Justification for EC Consumer Law. *Journal of Consumer Policy*, núm. 27, 317-337.
- WILLETT, C. (2011). The functions of transparency in regulating contract terms: UK and Australian approaches. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, núm. 2, 355-385.
- ZUMAQUERO GIL, L. La nulidad de la cláusula de gastos de los préstamos hipotecarios. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 2, 149-191.
- ZUNZUNEGUI, F. (2018). *Mis-selling of Financial Products: Mortgage Credit*. Brussels: European Parliament [En línea], disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/618995/IPOL_STU\(2018\)618995_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/618995/IPOL_STU(2018)618995_EN.pdf).

ZURITA MARTÍN, I. (2014). Reformas legales hipotecarias en España desde el estallido de la crisis. *Teoría y derecho: Revista de pensamiento jurídico*, núm. 16, 52-75.

NOTAS

¹ Boletín Oficial del Estado de 24 de octubre de 2015.

² INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. (2018). *Estadística de Hipotecas* [En línea], disponible en: <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=3223>.

³ En particular, nos referimos a los siguientes: depósito a plazo, plan de pensiones, préstamo personal, financiación de estudios, cuenta corriente, renting, leasing y contrato de seguros.

⁴ Para apreciar la abusividad de una cláusula contractual, de conformidad con la jurisprudencia europea, se atenderá a la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, considerando todas las circunstancias que concurren en el momento de su celebración. Véanse las SSTJUE de 21 de diciembre de 2016, TJCE 2016\309, de 4 de junio de 2009, TJCE 2009\155, y de 9 de noviembre de 2010, TJCE 2010\335. Ante la abusividad de una cláusula contractual, como se desprende de su nulidad, se tendrá por no puesta, manteniendo la eficacia y ejecución del resto del contrato, a lo que se refieren las SSTJUE de 14 de junio de 2012, TJCE 2012\143, de 30 de mayo de 2013, TJCE 2013\145, de 21 de enero de 2015, TJCE 2015\4.

⁵ Debe señalarse que estos datos no distinguen en función del régimen de tenencia de la vivienda, ni en el régimen de propiedad según si se encuentra sujeta a un préstamo hipotecario o no.

⁶ EUROSTAT (2018).

⁷ ZURITA (2014, 53-74), ARGELICH (2017, 275-307). Sobre esta legislación, véanse el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa —Boletín Oficial del Estado de 7 de julio de 2011—, el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de los deudores hipotecarios sin recursos —Boletín Oficial del Estado de 10 de marzo de 2012—, Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios —Boletín Oficial del Estado de 16 de noviembre de 2012—, y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social —Boletín Oficial del Estado de 13 de mayo de 2013—, con las sucesivas prórrogas bianuales de la medida.

⁸ ARGELICH (2017, 308-328). De entre ellos, cabe destacar la propuesta de arrendamiento social previa a la ejecución hipotecaria de la Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética de Cataluña —Boletín Oficial del Estado de 9 de septiembre de 2015—, la cesión obligatoria de viviendas de la Ley 24/2015, de Cataluña, y de la Ley 10/2016, de 1 de diciembre, de medidas de emergencia en relación con las prestaciones económicas del Sistema Público de Servicios Sociales y con el acceso a la vivienda en la Comunidad Autónoma de Aragón —Boletín Oficial del Estado de 12 de diciembre de 2016—, la obligación de realojamiento de personas o unidades familiares en riesgo de exclusión residencial de la Ley 4/2016, de Cataluña, y el arrendamiento con opción de compra para evitar el lanzamiento del deudor hipotecario de la Ley 2/2017, de 3 de febrero, de la Generalitat, por la función social de la vivienda de la Comunitat Valenciana, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 7 de marzo de 2017.

⁹ Diario Oficial de la Unión Europea de 11 de junio de 2005.

¹⁰ En particular, véase la STJCE de 16 de julio de 1998, TJCE 1998\174, que condensa la jurisprudencia anterior y acuña el concepto de *average consumer* o consumidor medio, así

como la STJCE de 13 de enero de 2000, TJCE 2000/4, que introduce el concepto de la proporcionalidad en la consideración de la expectativa que se presume en un consumidor medio.

¹¹ EBERS (2018, 148-150). En el mismo sentido que España se encuentran Grecia y Hungría. Estos tres Estados incluyen también en el concepto de consumidor a las personas jurídicas que actúen con un objetivo privado, una consideración que se encuentra expresamente prevista en Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Eslovaquia y la República Checa. En el caso de Francia, Polonia y Letonia también consideran como consumidores a los empresarios que concluyan un contrato ajeno a su habitual sector comercial.

¹² A estos efectos, la Directiva prevé el padecimiento de una dolencia física, un trastorno mental, o que por su edad o credulidad puedan considerarse vulnerables.

¹³ Véase la STS de 30 de junio de 2015, *RJ* 2015, 2662: «ha resaltado la Sala la importancia del deber de informar adecuadamente al cliente minorista, al que en principio se presupone que carece de conocimientos adecuados para comprender productos complejos y respecto del que, por lo general, existe una asimetría en la información en relación a la empresa con la que contrata. Pero ha considerado infundadas las pretensiones de anulación por vicio de consentimiento en el caso de contratación de estos productos, generalmente por importes elevados, cuando el contratante, pese a tener la consideración legal de minorista, tiene el perfil de cliente experimentado y la información que se le ha suministrado, pese a que pudiera no ser suficiente para un cliente no experto, sí lo es para quien tiene experiencia y conocimientos financieros». En el mismo sentido se pronuncia la STS de 23 de abril de 2015, *RJ* 2015, 1863.

¹⁴ Boletín Oficial del Estado de 29 de octubre de 2011.

¹⁵ Boletín Oficial del Estado de 30 de noviembre de 2007.

¹⁶ BARRAL (2015, 43) propone fijar un nuevo concepto de consumidor de servicios financieros de crédito que permita la aplicación de una normativa homogénea. Mientras no se realice, propone ampliar el control de incorporación de las condiciones generales de la contratación mediante la comprensibilidad de las cláusulas contractuales.

¹⁷ GÓMEZ (2014, 180), indica, además, que el fедатario público no comercializa el producto, no determina las condiciones de la venta, ni participa en el canal de distribución, motivo por el cual no considera adecuado el término legal *comercialización*.

¹⁸ Diario Oficial de la Unión Europea de 28 de febrero de 2014.

¹⁹ Boletín Oficial del Estado de 21 de abril de 1993.

²⁰ Ello también se contiene en la STJUE de 15 de marzo de 2012, TJCE 2012/55.

²¹ Boletín Oficial del Estado de 14 de abril de 1998.

²² A este respecto, atiéndase la STS de 16 de diciembre de 2009, *RJ* 2010, 702, que declara nulas por abusivas las siguientes cláusulas típicas de la contratación bancaria: la cláusula que expresa que las cuentas y depósitos que el titular tenga en la entidad financiera en las que figure como titular único o indistinto quedan afectas al cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, pudiendo la entidad compensar y garantizar entre sí dichas cuentas y depósitos; la cláusula que exonera de responsabilidad a la entidad por el uso de la tarjeta de crédito o débito antes de la notificación de su sustracción o extravío; la cláusula que exonera de responsabilidad a la entidad del uso del número de identificación personal de las tarjetas de crédito y débito, limitando aquella a los supuestos de fuerza mayor o coacción; la cláusula que establece la exención de responsabilidad de la entidad por fallos en sus aparatos en la realización de operaciones con las tarjetas; la cláusula que establece el vencimiento anticipado del préstamo cuando se produzca el embargo de bienes del prestatario o resulte disminuida la solvencia por cualquier causa; la cláusula de préstamo hipotecario que limita la posibilidad de celebrar contratos de arrendamiento porque se debe circunscribir a los arrendamientos de vivienda porque el pacto de vencimiento anticipado solo es operativo cuando se trata de arriendos gravosos o dañosos, entendiendo por tales los que suponen una minoración del valor de la finca; la cláusula-tipo que establece que la parte prestataria podrá enajenar la finca hipotecada en cualquier momento, salvo si la enajenación conlleva la subrogación del préstamo que deberá ser autorizada por la entidad bancaria; la cláusula

de préstamo hipotecario que establece que en caso de cesión del préstamo por la entidad el prestatario renuncia expresamente al derecho de notificación que le asiste; la cláusula sobre reparto de responsabilidad en supuestos de pago por la entidad de cheques manipulados y falsificados que no se ajusta al régimen establecido en la Ley Cambiaria y del Cheque; la cláusula de resolución anticipada del préstamo por incumplimiento de prestaciones accesorias; y la cláusula de resolución anticipada del préstamo por denegación de la inscripción de la escritura en el registro de la propiedad por cualquier causa. A este respecto véase GONZÁLEZ PACANOWSKA (2010, 1645-1728).

²³ BARRAL (2015, 52) ya advierte en relación con las cláusulas suelo que «cabe dudar de la eficiencia de suministrar al prestatario, en diversos momentos de la fase de contratación, información sobre cláusulas financieras mediante documentos preformulados que pueden caer en la hiperabundancia de información y cuya relación con el correcto entendimiento del contenido contractual puede ser más que discutible».

²⁴ Así en las SSTS de 25 de marzo de 2015, *RJ* 2015, 735, y de 8 de junio de 2017, *RJ* 2017, 2509.

²⁵ Véase a tal efecto la STS de 8 de septiembre de 2014, *RJ* 2014, 4946.

²⁶ En este sentido, atiéndanse las STJUE de 26 de febrero de 2015, TJCE 2015/93, y de 15 de marzo de 2012, TJCE 2012/55.

²⁷ Véase la STS de 8 de septiembre de 2014, *RJ* 2014, 4660. Previamente a este pronunciamiento, el Tribunal Supremo ya apuntó la evolución del control formal al real en la STS de 9 de mayo de 2013, *RJ* 2013, 3088.

²⁸ Sobre la transparencia real, véase BARRAL (2015, 114-119).

²⁹ BARRAL (2015, 59) afirma en relación con las cláusulas suelo que «se pasa de la transparencia formal a la «transparencia real» para justificar el control de abusividad». Explica que este cambio resulta contrario a la transparencia formal que había impulsado el legislador y corroborado el Banco de España.

³⁰ Esta exigencia viene recogida también en la jurisprudencia sobre contratos bancarios del Tribunal Supremo. En este sentido, atiéndanse las SSTS de 20 de enero de 2014, *RJ* 2014, 781, de 7 de julio de 2014, *RJ* 2014, 3541, de 8 de septiembre de 2014, *RJ* 2014, 4946, y de 27 de octubre de 2015, *RJ* 2015, 4945.

³¹ Este Anteproyecto de Código Europeo de Contratos, elaborado por la Academia de Pavía mediante la elaboración doctrinal por parte de profesores europeos con base en el *Codice Civile Italiano* y el BGB, surge como concreción del embrión doctrinal que supuso el DCFR.

³² Boletín Oficial del Estado de 15 de mayo de 2013.

³³ Estas se refieren a: que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza; que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o bien; o que se concedan en una o varias divisas.

³⁴ La Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios establece en el artículo 6 el deber de información precontractual, de la misma manera que el artículo 14 de 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 —Boletín Oficial del Estado de 1 de abril de 2009—, los artículos 5.5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación —Boletín Oficial del Estado de 14 de abril de 1998—, y el artículo 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 5 de marzo de 2011.

³⁵ La STJUE de 18 de diciembre de 2014, TJCE 2014/401, califica estos deberes como de «carácter precontractual. Por consiguiente, no pueden ser cumplidas debidamente en el momento de la conclusión del contrato de crédito, sino que deben serlo en tiempo oportuno, mediante la comunicación al consumidor, antes de la firma de ese contrato».

³⁶ Publicada en *Bundesgesetzblatt* el 18 de agosto de 1896, con una última actualización de 20 de julio de 2017.

³⁷ Corresponde a la *Loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs*, publicada en el *Journal Officiel de la République Française* de 21 de enero de 1992.

³⁸ Publicado en la *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* de 30 de septiembre de 1993.

³⁹ LÓPEZ (2015, 3-21) considera que el error heterointroducido por la entidad financiera en el consumidor debe equipararse al dolo, aunque podemos matizar que en la práctica la consecuencia jurídica de ambos vicios es la misma.

⁴⁰ Boletín Oficial de las Cortes Generales de 17 de noviembre de 2017.

⁴¹ La STS de 28 de abril de 2013, *RJ* 2013, 3387, a este respecto exige que «las preguntas formuladas al cliente para que defina su perfil de riesgo y los valores de inversión que pueden ser adquiridos sean claras, y que el profesional informe al cliente sobre la exacta significación de los términos de las condiciones generales». En el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 20 de julio de 2017, *RJ* 2017, 4143, de 20 de julio de 2016, *RJ* 2016, 3429, de 29 de diciembre de 2015, *RJ* 2015, 5880, de 22 de diciembre de 2015, *RJ* 2015, 5881, de 9 de diciembre de 2015, *RJ* 2016, 110, de 25 de noviembre de 2015, *RJ* 2015, 5498, de 20 de noviembre de 2015, *RJ* 2015, 5629, de 17 de noviembre de 2015, *RJ* 2015, 5497, de 13 de noviembre de 2015, *RJ* 2015, 5066, de 22 de octubre de 2015, *RJ* 2015, 5600, de 13 de octubre de 2015, *RJ* 2015, 4741, de 13 de julio de 2015, *RJ* 2015, 2777, de 26 de febrero de 2015, *RJ* 2015, 953, de 8 de julio de 2014, *RJ* 2014, 4315, y de 7 de julio de 2014, *RJ* 2014, 4313. Cabe señalar que la STS de 15 de octubre de 2015, *RJ* 2015, 4894, al tratar del error como causa de anulabilidad de un contrato de préstamo hipotecario, advierte que «cuando se trata de “error heteroinducido” por la omisión de informar al cliente del riesgo real de la operación, no puede hablarse del carácter inexcusable del error [...] la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa que obliga al banco, no de mera disponibilidad». Por su parte, la STJUE de 18 diciembre de 2014, TJCE 2014/401, afirma que «el prestamista debe facilitar por tanto al consumidor explicaciones adecuadas y personalizadas gracias a las que este se encuentre en condiciones de determinar si el contrato de crédito ofrecido se adapta a sus necesidades y a su situación económica».

⁴² STS de 9 de mayo de 2013, *RJ* 2013, 3088.

⁴³ *RJ* 2017, 4637.

⁴⁴ BORRALLO FERNÁNDEZ (2016, 3) expresa que la intensidad del riesgo de tipo de cambio se ve incrementada porque los prestatarios solo pueden acudir a un cambio de divisa como solución a una evolución del riesgo que les pueda resultar favorable. Ello implica que el prestatario tendrá que advertir con suficiente antelación este riesgo porque en caso contrario ya no podrá cambiar de moneda. Para atender a la distinción de la excesiva onerosidad del contrato en relación con otras figuras, especialmente en relación con la imposibilidad sobrevenida, véase CASTILLA (2000, 244-248).

⁴⁵ En consecuencia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, iniciada en la STS de 30 de junio de 2014, *RJ* 2014, 3526, excluía la evolución de la economía como causa de procedencia para la aplicación de la *rebus sic stantibus*.

⁴⁶ En el sentido de no conceder un contenido diferente al control de transparencia en relación con el de incorporación, por entender que el deber de claridad e inteligibilidad que integra el control de incorporación deriva del deber de transparencia. Véanse KAPNOPOULOU (1997, 139-144), HEINRICH (1995, 2194), BERCOVITZ (2000, 764).

⁴⁷ *RJ* 2013, 3088. En este precepto de la Directiva, que también recoge la sentencia, se señala que el carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible, es decir, que superen el control de transparencia. En el mismo sentido, véanse las SSTS de 18 de junio de 2012, *RJ* 2012, 8857, como antecedente de esta doctrina que entonces no era mayoritaria, y las de 8 de septiembre de 2014, *RJ* 2014, 4660, y de 9 de marzo de 2017, *RJ* 2017, 977. CARRASCO (2013, 164-183), detalla que «[n]os encontramos frente a una sentencia singular [...] por el hecho de haber formulado y aplicado un criterio de validez de condiciones generales de la contratación, el llamado “control

de transparencia”, que es autónomo con respecto al control de inclusión [de los artículos 5 LCGC y 80.1 b) TRLCU], al control de abusividad (de los arts. 82 y sigs. TLCU) y que tampoco es coincidente con los controles propios relacionados con los defectos de información en el Derecho general de contratos, significativamente, el error vicio del artículo 1266 CC». PERTÍNEZ (2013, 1-28), sistematiza el tratamiento de esta sentencia incidiendo en que el control de las cláusulas relativas al objeto principal ha de ser un control de transparencia, y que este control no se limita al cumplimiento de la normativa de transparencia bancaria ni al cumplimiento de los requisitos de incorporación. Esta falta de transparencia se identifica con la defraudación de la expectativa sobre el precio.

⁴⁸ Cfr. BARRAL (2015, 59-60), critica que el razonamiento de la sentencia es defectuoso porque el juicio de comprensibilidad deriva del análisis de las circunstancias del caso, motivo por el cual no se puede realizar un análisis en abstracto, sino que la transparencia tiene que entenderse sometida a un estándar de diligencia media.

⁴⁹ BARRAL (2015, 60) considera que el Tribunal Supremo debería haber mencionado explícitamente el elemento del desequilibrio.

⁵⁰ Véase la STJUE de 16 de enero de 2014, TJCE 2014\7, que advierte que «para determinar si existe ese desequilibrio importante, no basta con realizar una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que descance en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro. Por el contrario, un desequilibrio importante puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, como parte en el contrato considerado, 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 dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de estos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales».

⁵¹ *RJ* 2014, 4660.

⁵² STJUE de 30 de abril de 2014, TJCE 2014\105.

⁵³ Cfr. PERTÍNEZ (2004, 143-145) señala que estas exclusiones no inciden en el contenido económico sino en el normativo, y que versan sobre una alteración subreceptiva del precio global conectada con la transparencia.

⁵⁴ BARRAL (2015, 34), propone superar esta distinción y adoptar el criterio de la ausencia de negociación, que es el que determina el ámbito de aplicación del control de incorporación y el control de contenido. Aduce como argumento que el artículo 82.2 LGDCU impone la carga de la prueba de la negociación al predisponente, estableciendo una presunción favorable a la consideración de condición general de la contratación en caso de no poder probar la negociación.

⁵⁵ En estos contratos, la formación es fruto de un pacto entre las partes, pero su contenido viene determinado por completo en una norma. Por tanto, la imposición afecta al contenido del contrato, aunque su celebración es voluntaria y no impuesta, a diferencia del contrato forzoso. Sobre la distinción y actualización de estas categorías contractuales a la luz de la compatibilización del Derecho Civil y Administrativo al respecto, véase ARGETLICH (2017, 24-29).

⁵⁶ En la misma línea, CÁMARA (2006, 61-69) detalla el *iter* de esta falta de transposición. Inicialmente, tiene origen en un error en la votación por parte del diputado que propuso una enmienda que considerase abusivo todo TAE de más del 30%. Esta enmienda suponía desconocer otros mecanismos legales de control de la abusividad, y derivar de este error en la votación una revisión judicial de precios suponía sobrevalorar el silencio legislativo.

⁵⁷ En este sentido, atiéndase la STS de 18 de junio de 2012, *RJ* 2012, 8857, que indica que la existencia de estos controles «no plantea ninguna cuestión de incompatibilidad tanto conceptual como material; se trata de controles de distinta configuración y alcance con ámbitos de aplicación propios y diferenciables». En el mismo sentido se pronuncia la STS de 1 de marzo de 2013, *RJ* 2013, 2280, para apreciar un préstamo con garantía real como usurario.

⁵⁸ Gaceta de Madrid de 24 de julio de 1908.

⁵⁹ Respecto de Suiza, atiéndase el artículo 28 de la *Loi Fédérale sur le crédit à la consommation* de 23 de marzo de 2001, y en lo que se refiere a Bélgica, se contiene en el artículo VII.77 del *Code de Droit Economique*, introducido por la Ley de 19 de mayo de 2014.

⁶⁰ En este sentido, CUENA (2017) defiende juiciosamente que «A mi juicio, la sanción al préstamo irresponsable tiene afectar al ámbito contractual. Si se acredita que el prestamista no evaluó la solvencia o haciéndolo concedió el préstamo ante un test negativo, siempre que el deudor devenga insolvente por esa razón (no por circunstancias sobrevenidas), debe verse privado de los intereses remuneratorios y moratorios».

⁶¹ TJCE 2014\105.

⁶² Véase la STJUE de 3 de junio de 2010, TJCE 2010\162. Sobre la jurisprudencia relativa a las cláusulas abusivas sobre el precio, atiéndase a CÁMARA (2013, 99-115).

⁶³ BARRAL (2015, 32), considera que el legislador español debería permitir *de lege lata* la ampliación del control de abusividad, puesto que el Tribunal de Justicia ya ha validado este criterio. Véanse los principales pronunciamientos relativos a la cláusula hora o fracción en los párquines —SAP Madrid de 8 de septiembre de 2005, AC 2005, 1554—, la cláusula de redondeo al alza —STS de 2 de marzo de 2001, RJ 2001, 2616—, y la cláusula de intereses de demora —STJUE de 14 de marzo de 2013, TJCE 2013\89—.

⁶⁴ Véase la STS de 8 de junio de 2017, RJ 2017, 2509.

⁶⁵ En este sentido, PERTÍÑEZ (2017, 421) señala que en un escenario de asimetría informativa será esencial la falta de información del acreedor y la excusabilidad por quien ha padecido el error, de acuerdo con sus circunstancias subjetivas.

⁶⁶ En este sentido, el Tribunal Supremo había apreciado la procedencia de la cláusula con el impago de una sola mensualidad. Véanse los pronunciamientos más relevantes al respecto: SSTS de 4 de junio de 2008, RJ 2008, 3196, de 17 de febrero de 2011, RJ 2011, 3316, y de 7 de septiembre de 2015, RJ 2015, 3976. Este criterio fue corregido inicialmente por las SSTS de 23 de diciembre de 2015, RJ 2015, 5714, y de 18 de febrero de 2016, RJ 2016, 619.

⁶⁷ TJCE 2013\89.

⁶⁸ TJCE 2017\31.

⁶⁹ En la referida sentencia, el Tribunal de Justicia señala que el juez nacional tiene que comprobar, para que proceda el vencimiento anticipado de la deuda, varios elementos: que la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo dependa de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate; que la facultad esté prevista para los casos en los que el incumplimiento tenga carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si la facultad constituye una excepción respecto a las normas aplicables en la materia; y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo. En suma, debe examinarse la entidad y la gravedad del incumplimiento. Para ello se valorará el porcentaje del impago atendiendo frente a la totalidad de la deuda restante, el tiempo que restaba para el vencimiento de la deuda, la duración total del préstamo hipotecario o la cantidad de cuotas impagadas. Para un examen más exhaustivo de esta cláusula, antes y después de la reforma del artículo 693.2 LEC, véase BASTANTE (2015, 2420-2454).

⁷⁰ RJ 2017, 365.

⁷¹ Véanse las SSTS de 1 de marzo de 2007, RJ 2007, 1618, y de 30 de noviembre de 2007, RJ 2007, 8125. Ambas sentencias detallan que el pacto sobre intereses, así como falta de previsión de un pago parcial, se ha de imponer como previsión contractual. Por este motivo, el artículo 1108 del Código civil fija el interés moratorio en el convenido y, a falta de convenio, en el legal. Expresan las sentencias que carecería de sentido que, habiéndose producido el retraso en el pago del principal, el interés moratorio fuere menor que el remuneratorio previsto, pues el Código civil asigna a los intereses de demora una función indemnizatoria de daños y perjuicios, y la tutela judicial efectiva exige que el vencedor en el pleito consiga el restablecimiento pleno de su derecho.

⁷² Boletín Oficial del Estado de 27 de febrero de 1946.

⁷³ Atiéndanse principalmente las SSTJUE de 21 de enero de 2015, TJCE 2015\4, de 14 de junio de 2012, TJCE 2012\143, y de 30 de mayo de 2013, TJCE 2013\145.

⁷⁴ *JUR* 2018, 282108.

⁷⁵ Otra opción es la consideración de una actitud calificada como *salvatoria* por parte del acreedor, que confirmaba el recálculo de los intereses a tres veces el interés legal del dinero según exigía la norma, una postura contenida en la STS de 23 de septiembre de 2010, *RJ* 2010, 7296. De manera complementaria, otra tesis sostenía la valoración de la actitud del ejecutante desde el momento de la prestación de la demanda, considerando que no era abusiva la cláusula de intereses moratorios sino el tipo porcentual. Finalmente, otra formulación sostiene que debe aplicarse como interés de demora directamente el previsto en el artículo 1108 del Código civil, para no dejar al acreedor sin el derecho a reclamar intereses de demora por la anulación de la cláusula, según el AAP Barcelona de 5 de marzo de 2015, *JUR* 2015, 120411, y la SAP Barcelona de 30 de abril de 2014, *JUR* 2014, 178084.

⁷⁶ Atiéndase la STJUE de 21 de enero de 2015, TJCE 2015\4. Sobre esta sentencia, véase DOMÍNGUEZ (2016, 629-648).

⁷⁷ El Tribunal Supremo, para apreciar la abusividad de la cláusula de intereses de demora atiende a su sentencia de 3 de junio de 2016, *RJ* 2016, 2300, referida a un préstamo hipotecario destinado a la adquisición de vivienda habitual, mientras que el criterio que toma como referencia, contenido en la sentencia de 22 de abril de 2015, *RJ* 2015, 1360, establece un criterio para los intereses de demora pactados en préstamos personales, y les otorga un efecto extensivo a los préstamos hipotecarios destinados a la vivienda habitual, que además son objeto de especial protección por el artículo 114 LH, modificado por la Ley 1/2013. En el mismo sentido, véanse las SSTS de 7 de septiembre de 2015, *RJ* 2015, 3976, de 8 de septiembre de 2015, *RJ* 2015, 3977, y de 23 de diciembre de 2015, *RJ* 2015, 5714.

⁷⁸ Véase el ATS de 22 de febrero de 2017, *RJ* 2017, 597.

⁷⁹ Atiéndanse las SSTS de 10 de octubre de 2001, *RJ* 2001, 8793, de 8 de abril de 1994, *RJ* 1994, 2733, y la SJPI Fuenlabrada de 3 de octubre de 2014, *JUR* 2014, 274717.

⁸⁰ En este sentido se pronuncia la STJUE de 26 de enero de 2017, TJCE 2017\31.

⁸¹ Véase la RDGRN de 31 de octubre de 2013, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 22 de noviembre de 2013.

⁸² *JUR* 2017, 305875. Esta sentencia afirma con una rotundidad que probablemente se vea enmendada mediante un pronunciamiento futuro del Tribunal de Justicia, y en atención a la protección ante la abusividad bancaria ya referida, que la exigencia de transparencia «comporta que la utilización de este índice de referencia oficial sea suficiente, por sí solo, para superar dicho control, sin que resulte exigible al profesional predisponer ninguna otra información al respecto».

⁸³ Corresponden a los magistrados Francisco Javier Orduña Moreno y Javier Arroyo Fiestas.

⁸⁴ Véanse las SSTS de 4 de noviembre de 2010, *RJ* 2010, 8021, de 2 de marzo de 2011, *RJ* 2011, 1833, y de 11 de febrero de 2015, *RJ* 2015, 336.

⁸⁵ *RJ* 2010, 702.

⁸⁶ *RJ* 2013, 3088. Declaró además que no es necesario que haya un equilibrio entre los límites superior e inferior de la cláusula, ni que sea necesario una cláusula de variabilidad que implique solamente subidas respecto al tipo de interés inicial.

⁸⁷ TJCE 2016\309.

⁸⁸ Véanse las SSTS de 24 de febrero de 2016, *RJ* 2017, 602, y de 15 de junio de 2018, *JUR* 2018, 172575.

⁸⁹ Atiéndase la STJUE de 3 de diciembre de 2015, TJCE 2015\435, en la cual resumidamente explicaba que las operaciones de conversión realizadas por la entidad financiera para calcular el importe del préstamo y de los posteriores reembolsos no constituyen un servicio de inversión por cuenta propia, que estos contratos no son equiparables a un servicio auxiliar, y que no pueden calificarse de instrumentos financieros.

⁹⁰ Véase la STS de 30 de junio de 2015, *RJ* 2015, 2662.

⁹¹ *RJ* 2017, 4730.

⁹² TJCE 2017\171. Véase al respecto BERCOVITZ (2018, 215-224).

⁹³ Sobre este criterio de apreciación, véase la STJUE de 24 de marzo de 2013, TJCE 2013\89.

⁹⁴ La STJUE de 30 de abril de 2014, TJCE 2014\105, afirma que «la exigencia de que una cláusula contractual deba redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no solo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor». En el mismo sentido se pronuncia la STJUE de 23 de abril de 2015, TJCE 2015\179.

⁹⁵ Atiéndanse las SSTJUE de 21 de marzo de 2013, TJCE 2013\93, y de 21 de diciembre de 2016, TJCE 2016\309.

⁹⁶ Diario Oficial de la Unión Europea de 22 de noviembre de 2011.

⁹⁷ DÍAZ (2015, 297) expresa que no en todos los casos la mera consulta de la FEIN podrá ser suficiente para cumplir con el deber de información, al menos para un sector de los consumidores, especialmente los que tengan un bajo nivel de educación financiera y los que puedan considerarse consumidores vulnerables.

⁹⁸ Véase la STJUE de 14 de marzo de 2013, TJCE 2013\89.

⁹⁹ TJCE 2014\105. Este control de transparencia reforzado de las condiciones generales de la contratación con consumidores otorgaba validez a lo que ya señaló la STS de 9 de mayo de 2013, *RJ* 2013, 3088.

¹⁰⁰ *RJ* 2017, 4730.

¹⁰¹ En este sentido se manifiestan la SAP Asturias de 3 de octubre de 2017, *JUR* 2017, 258214, y la SJPI Madrid de 20 de noviembre de 2017, *JUR* 2017, 302013.

¹⁰² Véanse algunos de los argumentos principales, más que cuestionables por la ausencia de enjuiciamiento de la actividad de la entidad financiera, que se ha demostrado deficiente en estos casos a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. La SAP Asturias de 24 de febrero de 2017, *JUR* 2017, 106295, explica que cualquier consumidor medio sabe que la cotización de las divisas no es estable, cuando no se trata de evaluar lo que sepa el consumidor medio sino de disciplinar la conducta del acreedor mediante el deber de información. La SAP Madrid de 31 de marzo de 2016, *JUR* 2016, 115572, considera que por cambiar de divisa en el préstamo en dos ocasiones conocían el producto, cuando lo que sucedió es que pretendían evitar los efectos negativos de la contratación de un producto financiero que no comprendían. La SAP Madrid de 19 de diciembre de 2016, *AC* 2017, 664, argumenta que el deber de información era correcto, puesto que no existían discrepancias entre la oferta vinculante y las cláusulas financieras de la escritura, y porque los consumidores exigieron una divisa en concreto, el yen. Por su parte, la SAP Barcelona de 21 de enero de 2014, *AC* 2014, 1, expresa que no se puede hacer responsable a la entidad de la evolución de las divisas, algo sumamente criticable porque es la entidad financiera quien puede predecir, por su información, la fluctuación. Sin embargo, la SAP Barcelona de 9 de junio de 2016, *JUR* 2016, 180303, aprecia la nulidad de la cláusula de reembolso por considerar que la entidad financiera ha incumplido su deber de información, aunque aplica la normativa MiFID cuando la hipoteca multidivisa no es un instrumento financiero. En este sentido se pronuncian también las SSAP Girona de 5 de mayo de 2016, *AC* 2016, 1167, e Islas Baleares, 16 de diciembre de 2016, *JUR* 2017, 24426.

¹⁰³ CAZORLA (2015, 269) señala que este producto se comercializó especialmente entre 2007 y 2011 debido a la fortaleza del euro y la evolución al alza de los tipos de interés, y como detalla no por su promoción por las entidades financieras sino que en muchas ocasiones por la propia solicitud del consumidor, porque en los primeros años «favoreció claramente los intereses del cliente bancario que se protegió de los incrementos del EURIBOR y amortizó el valor de su deuda asumida para el pago del inmueble (euros), aceleradamente, dado que el valor en euros del total de la cantidad prestada en divisas disminuía».

¹⁰⁴ Cfr. BELLOD (2016, 145) se muestra crítica con la presunción de error cuando el prestatario es un consumidor, y favorable a la jurisprudencia anterior.

¹⁰⁵ Véase la SAP Las Palmas de 20 de abril de 2018, *JUR* 2018, 111436, ha declarado la nulidad de las cláusulas de comisión de apertura en un préstamo hipotecario, porque no se corresponde con un servicio o gasto real realizado al cliente, sino que se trata de una actividad inherente al negocio bancario.

¹⁰⁶ Atiéndase la STS de 16 de diciembre de 2009, *RJ* 2010, 702.

¹⁰⁷ Diario Oficial de la Unión Europea de 23 de julio de 2014.

¹⁰⁸ Boletín Oficial del Estado de 25 de noviembre de 2017.

¹⁰⁹ STS de 30 de noviembre de 2001, *RJ* 2002, 9693.

¹¹⁰ Véase la STS de 16 de diciembre de 2009, *RJ* 2010, 702.

¹¹¹ En el contrato de seguros conviene distinguir las cuatro modalidades que en el ámbito bancario han sido más contratadas por los consumidores, es decir, los seguros de ahorro e inversiones, vehículos, vida y accidentes, y hogar.

¹¹² Véase la STS de 23 de diciembre de 2015, *RJ* 2015, 5714.

¹¹³ Atiéndase la STJUE de 9 de noviembre de 2010, TJCE 2010/335. Véase también la STS de 16 de diciembre de 2009, *RJ* 2010, 702, que, ante la existencia de fueros imperativos, declara abusiva la sumisión tácita y remite la competencia al juzgado determinado en ausencia de este pacto abusivo.

¹¹⁴ En este sentido se expresa la STS de 23 de diciembre de 2015, *RJ* 2015, 5714.

¹¹⁵ Boletín Oficial del Estrado de 21 de octubre de 1993.

¹¹⁶ *RJ* 2018, 4082.

¹¹⁷ Boletín Oficial del Estado de 9 de noviembre de 2018.

¹¹⁸ En este sentido, Facua-Consumidores en Acción ha acusado al sector financiero de difundir mensajes «engañosos y alarmistas» para no asumir el impuesto, y sostienen que, al igual que ocurrió con las cláusulas suelo, el Tribunal de Justicia va a pronunciarse en sentido análogo. Por su parte, la OCU, ha tildado en un comunicado el fallo de «bochornoso» por perjudicar a más de 12 millones de familias en España, indicando que «hoy gana la banca y pierden los consumidores y toda la sociedad», y piden la dimisión del presidente de la Sala Tercera, Luis Miguel Díez Picazo, de forma inmediata «por la nefasta gestión de esta sentencia sin precedentes que en tiempo récord ha doblado el pulso de la verdadera justicia».

¹¹⁹ Véanse las SSTS de 23 de diciembre de 2015, *RJ* 2015, 5714, y de 25 de noviembre de 2011, *RJ* 2012, 576.

¹²⁰ *RJ* 2018, 966. En particular, el Tribunal Supremo señala que «[s]obre esa base de la abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor (en este caso, el prestatario), deberían ser los tribunales quienes decidieran en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, quienes concretaran cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación [...] la entidad prestamista no queda siempre y en todo caso al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la expedición de las copias, actas y testimonios que interese. Por lo que una cláusula que cargue indiscriminadamente el pago de todos los tributos al prestatario, sin distinción o salvedad alguna, puede ser abusiva, por aplicación analógica del artículo 89.3 c) TRLGCU, que en los contratos de compraventa de viviendas considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario; dado que los préstamos sirven para financiar esa operación principal que es la adquisición de la vivienda». Con anterioridad a esta sentencia, MORENO-TORRES (2018, 143-192), sostiene que serán abusivas estas cláusulas si no superan el control de incorporación de las condiciones generales.

¹²¹ Véase la STJUE de 3 de septiembre de 2015, TJCE 2015/330. En este supuesto, la discrepancia surgía por la calificación del fiador como consumidor. Considera irrelevante 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 despacho.

(Trabajo recibido el 10-7-2018 y aceptado para su publicación el 21-11-2018)