

1.3. Derechos Reales

El principio de transparencia y el consumidor en el préstamo garantizado con hipoteca

The principle of transparency and the consumer in mortgage loan

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Profesora titular (acreditada) de Derecho civil,
Universidad Francisco de Vitoria

RESUMEN: En el presente trabajo se analiza cómo afecta el control de transparencia en el préstamo hipotecario. El préstamo garantizado con hipoteca concedido por una entidad bancaria se encuadra dentro de los contratos en masa o de adhesión que cuentan con condiciones generales de la contratación predispuestas por una de las partes. Se trata de una forma de contratar distinta, con sus propias reglas y principios entre los que se encuentra el deber o principio de transparencia. El control de transparencia en los préstamos hipotecarios alcanza tanto a los deudores consumidores como a aquellos que no lo son, pero en distinta medida. Examinamos en este artículo qué debe entenderse por consumidor en este contrato de préstamo y, en consecuencia, según tenga o no tal consideración, a qué aspectos alcanza el deber o control de transparencia.

ABSTRACT: This paper analyzes how the control of transparency affects the mortgage loan. The loan guaranteed with a mortgage granted by a bank is part of the mass or adhesion contracts that have general contracting conditions set by one of the parties. It is a different way of contracting, with its own rules and principles, including the duty or principle of transparency. Control of transparency in mortgage loans reaches both consumer and non-consumer debtors, but to a different extent. We examine in this paper what should be understood by consumer in this loan contract and, consequently, depending on whether or not it has such consideration, to what aspects does the duty or transparency control reach.

PALABRAS CLAVE: Consumidor. Préstamo hipotecario. Control de transparencia. Cláusula abusiva.

KEY WORDS: Consumer. Mortgage loan. Transparency control. Abusive clause.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO DE CONSUMIDOR: 1. CONCEPTO LEGAL DE CONSUMIDOR. 2. CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN LA JURISPRUDENCIA. 3. CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO.—III. CONTROL DE TRANSPARENCIA

FORMAL EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.—IV. CONCLUSIONES.—V. RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La contratación en masa o de adhesión es una realidad indubitable en nuestros días, de tal forma que incluso ha venido a eclipsar en muchos aspectos a la contratación tradicional por negociación, situándose en el punto de mira del análisis jurídico y la aplicación práctica del derecho.

Los caracteres de la contratación en masa difieren de los de la contratación tradicional en muchos aspectos, lo que le hace separarse de aquella cada vez más, llegando a alterar las reglas de la contratación. Como afirma BALLUGERA¹, las diferencias entre ambas formas de contratar «se refieren a la documentación de los tratos preliminares, la existencia de obligaciones legales de información previa al contrato, la semiimperatividad de las normas de protección, el recurso a la nulidad parcial, la concurrencia y compatibilidad del ordenamiento privado, civil y mercantil, con el administrativo, la apreciación de oficio de cláusulas abusivas, la matización de la congruencia en el proceso sobre condiciones generales, la extensión “ultra partes” de las sentencias de nulidad de cláusulas abusivas, su aplicación “secundum eventum litis”, etc.». El propio Tribunal Supremo ha puesto de relieve que la contratación en masa, mediante condiciones generales es «un auténtico “modo de contratar” diferenciable de la contratación tradicional por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico» (STS de 18 de junio de 2012 y 7 de abril de 2014).

Y es que los contratos de adhesión, predisuestos por la parte más fuerte en el contrato, introducen condiciones generales de la contratación que la parte más débil, el consumidor, debe limitarse a aceptar o a no contratar. La asimetría contractual de las partes es uno de sus rasgos definitorios, y la protección a la parte más débil, formada por todas aquellas personas que contratan y aceptan lo establecido por la parte más fuerte, se convierte en la clave de este nuevo modo de contratar. El consumidor, su especial protección, la necesidad de que contrate de forma voluntaria, conociendo lo que acepta, y el control del predisponente se convierten en los caballos de batalla en la contratación en masa.

Para dar cobertura a esas nuevas preocupaciones y controles, el derecho ha tenido que evolucionar —una vez más— introduciendo y definiendo nuevos principios y reglas que traten de proteger al consumidor, adaptándose a los requerimientos de la contratación en masa. Precisamente, uno de ellos es el principio de transparencia que pasa a ser elemento esencial en la contratación de consumo, clave en cualquier lectura que queramos dar de la contratación con condiciones generales: «la valoración de la transparencia en el contrato es un elemento radicalmente nuevo, un elemento que pertenece a la contratación con condiciones generales»², aunque, como continua BALLUGERA, perfectamente definido y establecido en el estudio de los contratos de consumo.

Pues bien, dentro de los contratos de adhesión, con condiciones generales de la contratación, se encuentra el préstamo garantizado con hipoteca. Es una realidad —y ya a nadie puede sorprender— el afirmar que el préstamo hipotecario a un particular, es un contrato de adhesión, en el que el adherente (deudor persona física) tiene pocas posibilidades de negociar el clausulado que contiene, limitándose a aceptar las condiciones previamente establecidas por la entidad financiera. Este préstamo tiene muchas condiciones generales de la contratación

que deberán someterse al control de transparencia como nuevo principio de la contratación al consumo.

Eso sí, siempre y cuando ese deudor hipotecario tenga carácter de consumidor. Será entonces cuando el control de transparencia de las condiciones o cláusulas pre-establecidas por el predisponente devenga necesario y exigible, extendiéndose a más aspectos que si no lo es.

Por lo tanto, tenemos que plantearnos en primer lugar cuándo el deudor hipotecario es consumidor, y qué debemos entender en este contexto por tal, para que pueda exigirse el debido cumplimiento del control de transparencia.

II. CONCEPTO DE CONSUMIDOR

1. CONCEPTO LEGAL DE CONSUMIDOR

El concepto de consumidor se ha ido gestando a lo largo del tiempo como aquella persona que contrata (sea cual sea ese contrato) con una finalidad personal, ajena y bien distinta de su propia actividad profesional o comercial. Es decir, esa persona es un consumidor, cuando en los contratos que lleva a cabo, busca intereses meramente particulares o familiares.

La inicial Ley General en Defensa de Consumidores y Usuarios (LDCU), Ley 26/1984, de 19 de julio, establecía como criterio para determinar si una persona era o no consumidora, el destino final de los bienes o servicios contratados³. Si eran de uso particular o familiar, sería consumidor, mientras que, si el uso o destino final era profesional, la persona no tendría tal consideración.

Posteriormente, y para adaptarse a la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993 sobre protección a consumidores, se cambia el criterio del destino final de los bienes por el del ámbito en el que se celebra el contrato, ajeno a la actividad profesional o no.

De este modo, se modifica la Ley en Defensa de Consumidores y Usuarios para adaptarla a la Directiva; el Texto Refundido de la Ley en Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLDCU) de 2007 definió en el artículo 3, en su primera redacción al consumidor como «las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional». Posteriormente, se modificó este artículo 3, por la Ley 3/2014, de 27 de marzo y se concretó con más detalle cuándo una persona física o jurídica podía considerarse como consumidor, afirmando que «son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial».

Se matizó al respecto de la persona física que lo determinante para ser consumidor era el propósito de la contratación y no el ámbito en el que aquella se realiza, abarcando, ahora también, aquellos supuestos en los que, a pesar de realizarse en un ámbito o contexto profesional, la intención o finalidad del contrato fuera ajena a aquel. De igual forma, se puntualiza la necesidad de que el contrato no tenga ánimo de lucro para que una persona jurídica pueda considerarse como consumidor.

De igual forma, las directivas y reglamentos europeos han definido en numerosas ocasiones qué debe entenderse por consumidor y, eso sí, excluyen de estas definiciones a las personas jurídicas. Baste ver, por ejemplo, las siguientes

definiciones de consumidor: «la persona física que actúe con un fin o propósito “ajeno a su actividad comercial o profesional” (Directiva 98/6 sobre indicación de precios, artículo 2.e; Directiva 2002/65 sobre comercialización a distancia de servicios financieros, artículo 2.d; Directiva 2008/48 sobre crédito al consumo, artículo 1.2.a) o “a su actividad económica, negocio o profesión” (Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico, artículo 2.e) o a “su actividad económica, negocio, oficio o profesión” (Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales, artículo 2.a). de aprovechamiento por turno, que sustituyó a la Directiva 94/47/CE. También el Reglamento 44/2001 del Consejo UE, de 22 diciembre 2000, sobre competencia judicial en materia civil y mercantil, introdujo un foro de competencia especial en su artículo 15.1 para “contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional”. A su vez, el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales contempla también en su artículo 6 los “contratos de consumo”, entendidos como los celebrados “por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (‘el consumidor’) con otra persona (‘el profesional’) que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional”».

La última reforma del artículo 3 TRLDCU, operada por el Real Decreto Ley 1/2021, de 19 de enero, introduce un nuevo concepto de consumidor, el consumidor vulnerable, que va a ser aquel que, por su especial situación de vulnerabilidad, indefensión o subordinación, deba ser especialmente protegido⁴, ya que, como afirma la exposición de motivos de este real decreto, existen «determinados supuestos en los que la persona consumidora se ve afectada por una especial situación de vulnerabilidad que puede incidir en su toma de decisiones e, incluso, forzarla a aceptar ciertas condiciones contractuales que en otra situación no aceptaría». Este nuevo concepto de consumidor vulnerable surge a raíz de la crisis provocada por la pandemia del COVID que, como consecuencia del cierre y paralización de actividades no esenciales derivado del estado de alarma, ha sido devastadora para nuestra economía, y ha podido inducir a realizar determinadas contrataciones que, en una situación de normalidad económica, o personal (sin angustia, sin enfermedad, etc.) el consumidor no hubiera llevado a cabo⁵. La propia exposición de motivos elude identificar la vulnerabilidad con una mala situación económica, sino que viene también determinada por elementos de índole social, y demográficos y califica este nuevo concepto de consumidor como un concepto variable y dinámico que es necesario para determinadas ocasiones concretas y especiales: «en el sentido de que no define a las personas o a los colectivos como vulnerables de una forma estructural ni permanente. De esta forma, una persona puede ser considerada vulnerable en un determinado ámbito de consumo, pero no en otros. Además, esa condición de vulnerabilidad podrá variar a lo largo del tiempo según puedan hacerlo las condiciones que la determinan, tanto las de tipo personal como las sociales o de contexto. En definitiva, las investigaciones especializadas confirman que cualquier persona puede ser vulnerable en algún momento de su vida respecto de alguna relación de consumo específica».

2. CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia, como no podía ser de otra forma, ha ido variando y adaptando sus resoluciones a los cambios legales que se han producido. De este modo,

tanto en la jurisprudencia española, como sobre todo en el europea, encontramos dos fases diferenciadas en las que se aprecia, en primer lugar, un concepto restrictivo de consumidor, que va ampliándose después a la luz de la Directiva 93/13, y los sucesivos cambios en las leyes españolas.

En la jurisprudencia europea, el TJUE (antes TJCE), pasa de una concepción estrecha del concepto de consumidor, identificándolo más bien con el sujeto que contrata bienes para un uso personal (destino de los bienes), a entender que también es consumidor, y por tanto susceptible de que en ese contrato existan condiciones generales de la contratación que pueden ser abusivas, y que deben someterse al control de incorporación y transparencia, aquel que contrate fuera de su ámbito profesional, sin importar su condición subjetiva, ni tanto el destino de los bienes o servicios contratados.

De este modo, por ejemplo, en las SSTJCE de 14 de marzo de 1991 (asunto *di Pinto*)⁶, o 17 de marzo de 1998 (asunto *Diestzinger*)⁷, el Tribunal distingua al consumidor según el destino final de los bienes fuera para un uso personal, para consumo privado, o destinado a actividades profesionales o comerciales. Confirmando esta idea, la STJCE de 3 de julio de 1997, asunto Benincasa, se indicó expresamente que el concepto de consumidor «debe interpretarse de forma restrictiva... pues cuando una persona celebra un contrato para usos relacionados con su actividad profesional debe considerarse que aquella se encuentra en igualdad de condiciones con su co-contratante»⁸. La Sentencia de 19 enero 1993 es más clara todavía al afirmar que «la legislación sobre consumidores solamente se aplica a los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo».

Mas tarde, el propio Tribunal Europeo fue modificando y ampliando su concepción sobre el consumidor, determinando que también lo era todo aquel que contratará fuera de su ámbito profesional o comercial, con independencia de su carácter subjetivo e incluso del destino final de los bienes, para adaptarse a lo dispuesto en la Directiva 93/13 y en los contratos con condiciones generales de la contratación. Así, la STJUE de 3 de septiembre de 2015, como recoge la STS de 16 de noviembre de 2016, «objetiva el concepto de consumidor, al poner el foco en el ámbito no profesional de la operación y no en las condiciones subjetivas del contratante. En esta resolución el TJUE concluye que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «consumidor» con arreglo a la Directiva 93/13/CEE, de Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado». Lo relevante no es la persona del contratante, sino que la operación realizada, sea dentro de su ámbito no profesional.

La identificación del consumidor con la persona que contrata fuera de su ámbito profesional, olvidándose de su condición subjetiva, y del destino de los bienes o servicios contratados, se confirma o reafirma después, en sucesivos autos del TJUE. En varios de ellos el tribunal europeo considera que es consumidor la persona física que, bien como garante, o bien como sucesor por novación subjetiva en una relación contractual, tiene la consideración de consumidor siempre que su propia relación con el deudor no estuviera vinculada, existieran vínculos funcionales o profesionales, a la primera relación obligacional. Es el caso de un garante, un fiador persona jurídica, sin vinculación profesional con el garantizado, al que se considera consumidor porque está actuando en un ámbito ajeno a su actividad profesional, aunque la obligación afianzada sí tuviera tal

carácter (ATJUE de 19 de noviembre de 2015). O en el caso del ATJUE de 27 de abril de 2017, donde se considera consumidor al nuevo deudor tras la novación subjetiva producida en una relación crediticia entre un banco y una sociedad mercantil, cuando la persona física sucede a la sociedad. Considera el tribunal lo siguiente: «El artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que una persona física que, a raíz de una novación, ha asumido contractualmente, frente a una entidad de crédito, la obligación de devolver créditos inicialmente concedidos a una sociedad mercantil para el ejercicio de su actividad, puede considerarse consumidor, en el sentido de esta disposición, cuando dicha persona física carece de vinculación manifiesta con esa sociedad y actuó de ese modo por sus lazos con la persona que controlaba la citada sociedad así como con quienes suscribieron contratos accesorios a los contratos de crédito iniciales (contratos de fianza, de garantía inmobiliaria o de hipoteca)».

La STJUE de 25 de enero de 2018, además de subrayar el carácter objetivo del consumidor, añade que la interpretación de este concepto debe hacerse de forma restrictiva «en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras (véanse, en este sentido, las Sentencias de 3 de julio de 1997 (TJCE 1997, 142), Benincasa, C-269/95, EU:C:1997:337, apartado 16, y de 20 de enero de 2005 (TJCE 2005, 24), Gruber, C-464/01, EU:C:2005:32, apartado 36).

El Tribunal de Justicia ha inferido de lo anterior que solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido por dicho Reglamento para la protección del consumidor como parte considerada económicamente más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional (véase, en este sentido, la Sentencia de 20 de enero de 2005 (TJCE 2005, 24), Gruber, C-464/01, EU:C:2005:32, apartado 36)». Pero, concluye que en el caso concreto que se examinaba donde parcialmente parecía que era consumidor en una de las relaciones contractuales con Facebook, debe finalmente prevalecer esta característica del contratante ya que «el concepto de “consumidor” se define por oposición al de “operador económico” (véanse, en este sentido, las Sentencias de 3 de julio de 1997 (TJCE 1997, 142), Benincasa, C-269/95, EU:C:1997:337, apartado 16, y de 20 de enero de 2005 (TJCE 2005, 24), Gruber, C-464/01, EU:C:2005:32, apartado 36) y que es independiente de los conocimientos y de la información de que la persona de que se trate dispone realmente (Sentencia de 3 de septiembre de 2015 (TJCE 2015, 330), Costea, C-110/14, EU:C:2015:538, apartado 21), ni la especialización que esa persona pueda alcanzar en el ámbito del que forman parte dichos servicios ni su implicación activa en la representación de los derechos e intereses de los usuarios de estos le privan de la condición de “consumidor”, por lo que concluye que el hecho de que una persona utilice Facebook para publicar sus publicaciones, fotos y conferencias, no es suficiente para no considerarla como consumidor».

Este concepto objetivado de consumidor es el que debemos tener en consideración hoy en día, y más acorde con la legislación europea — y por tanto española — de protección de consumidores.

El Tribunal Supremo español sigue estas mismas directrices, y considera, en la actualidad, que el consumidor es aquella persona que contrata fuera de su ámbito profesional; es decir, con independencia de su propio carácter de empresario, profesional o sociedad, si la relación contractual en la que se ve inmerso no está estrechamente ligada o vinculada a una actividad profesional puede alegar el carácter de consumidor, y en consecuencia podría apreciarse la existencia de condiciones generales y tal vez cláusulas abusivas en su contrato, que aceptó sin casi posibilidad de negociación y en clara desventaja con su contraparte.

De este modo, hacemos un breve resumen por las sentencias más importantes al respecto.

La STS de 10 de marzo de 2014 ya recoge este nuevo concepto objetivado de consumidor redefinido por el TJUE en concordancia con la Directiva europea de protección a los consumidores. De este modo, en dicha sentencia, se rechaza la condición de consumidor de un contratante cuando contrata dentro de su ámbito profesional, y puede negociar las condiciones de dicho contrato: «la demandada no ostenta la condición de consumidor pues el destino del servicio contratado queda integrado, plenamente, en el marco de la actividad empresarial o profesional de prestación de servicios que, a su vez, realiza la parte demandada como gestora de una residencia para personas de tercera edad y en situación de discapacidad (SSTS de 18 de junio de 2012, núm. 406/2012 [RJ 2012, 8857] y 24 de septiembre de 2013, núm. 545/2013 [RJ 2013, 7431]; arts. 1.2, 1.3 LGCU, 26/1984 y, 2 y 3 LGDCU [RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372] 1/2007]».

Posteriormente, confirman la idea de que el destino de la operación (profesional o no), del negocio, es el criterio relevante para determinar si lo ha celebrado un consumidor, y no la condición subjetiva del mismo, entre otras, la Sentencia de 3 junio 2016, donde se analiza el caso de un fisioterapeuta que solicita un préstamo con derivado financiero complejo, para financiar un negocio de un «huerto solar» que, aunque es una actividad distinta de su propia actividad profesional, sigue siendo un negocio, por tanto, actividad en el ejercicio del comercio o profesión. Además, incide en esta tesis, y asienta el concepto de consumidor, la Sentencia de 16 de noviembre de 2016⁹, en el caso de un contrato de gestión de riesgos financieros por una sociedad mercantil en el marco de su actividad empresarial y para su objeto social, lo que lleva al tribunal a entender que esa sociedad no actuaba como consumidor en el contrato señalado, reiterando la doctrina jurisprudencial europea en el sentido de que «el concepto de consumidor ha sido interpretado por la jurisprudencia comunitaria en el mismo sentido y haciendo coincidir el parámetro legal negativo (actuar al margen de actividades empresariales) con una explicación positiva de en qué consiste esa actuación».

Tras la reforma del Texto refundido de la Ley en Defensa de Consumidores y Usuarios, por la Ley 2014, el artículo 3 sigue distinguiendo y admitiendo la posibilidad de que el consumidor sea persona física y jurídica¹⁰, tal y como lo confirma la STS de 16 de enero de 2017, siempre que esta actúe fuera de su ámbito profesional, y se añade el requisito negativo de que además no actúe con ánimo de lucro. Pero, este requisito negativo, solo cabe exigirlo al consumidor persona jurídica, por lo que concluye —esta sentencia— en el caso que resuelve, que una persona física que actúa con ánimo de lucro (se trataba de la adquisición para revender de un derecho de aprovechamiento por turno por un particular), puede tener la consideración de consumidor; eso sí, siempre que no lo haga con regularidad¹¹.

Por otra parte, la STS de 5 de abril de 2017 recoge el supuesto de un préstamo hipotecario garantizado sobre la vivienda familiar de un empresario para

garantizar una obligación contraída en el ámbito profesional y personal (la construcción de la vivienda en parte para alquiler, pero a la vez para garantizar la propia adquisición de la vivienda). Nos encontramos ante un caso de posible doble finalidad, donde se contratan bienes o servicios con fines mixtos, es decir, que pueden satisfacer necesidades personales y familiares. Esta sentencia analiza la consideración de consumidor de la persona que ha contratado con doble finalidad, repasando la normativa aplicable a este supuesto (no existe, pues la ley, ni el TRLDCU, ni la anterior LGCDU, ni la Directiva 13/93/CEE lo contempla), y fijándose sobre todo en la jurisprudencia europea¹² que es la que ha resuelto este asunto, concluye que, en estos casos, cuando la finalidad de la contratación sea mixta o doble, o no pueda comprobarse que se lleva a cabo únicamente en el ámbito profesional o comercial, debe considerarse al contratante como consumidor. Afirma lo siguiente: «En fin, para determinar si una persona puede ser considerada consumidor a los efectos de la Directiva 93/13/CÉE y del TRLGCU, en aquellas circunstancias en las que existan indicios de que un contrato persigue una doble finalidad, de tal forma que no resulte claramente que dicho contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el criterio del objeto predominante ofrece una herramienta para determinar, a través de un examen de la globalidad de las circunstancias que rodean al contrato —más allá de un criterio puramente cuantitativo— y de la apreciación de la prueba practicada, la medida en que los propósitos profesionales o no profesionales predominan en relación con un contrato en particular. De manera que, cuando no resulte acreditado claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, en atención a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de la prueba».

En conclusión, el consumidor es aquella persona física o jurídica que actúa, contrata, fuera de su ámbito profesional o comercial, aunque se trate de un negocio con propósito de comercio, siempre que sea distinto de aquel al que se dedica; el ánimo de lucro tampoco excluye el carácter de consumidor persona física, y la finalidad mixta o cuando esta no quede del todo clara —pero no pueda probarse que es exclusivamente profesional—, no impiden poder considerar al contratante como consumidor. En definitiva, aunque la jurisprudencia insiste en la interpretación restrictiva de tal carácter, se ha ido ampliando paulatinamente el concepto de consumidor a nuevas situaciones que antes quedaban excluidas de la protección de la parte más débil en un contrato. La legislación de protección a los consumidores extiende su manto a un sinfín de contrataciones, lo que conlleva que la posibilidad de control de transparencia de las condiciones generales de dichos contratos y, por tanto, de posible abusividad de aquellas, tiene cada vez un mayor espectro objetivo.

3. CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Remitiéndonos a todo lo que acabamos de decir, será consumidor en un contrato de préstamo garantizado con hipoteca, aquella persona física o jurídica que contrate el mismo fuera de su ámbito profesional.

No cabe duda de que cualquier deudor, persona física, que obtenga ese préstamo para la adquisición de su vivienda es un consumidor, por poner el prototípico ejemplo; pero también lo será aquel profesional —o empresario, o incluso

sociedad— que contrata o concierta un préstamo hipotecario para financiar su vivienda (excluyendo aquí a la sociedad mercantil que por su naturaleza no puede tenerla), pero también para financiar un negocio diferente de aquel que sea objeto de su propia actividad profesional.

Sin embargo, no será consumidor aquella persona que contrata un préstamo hipotecario para financiar la adquisición de un local comercial para ejercer su actividad de farmacia (STS de 3 de junio de 2016); ni aquella persona que pide un préstamo garantizado con hipoteca para financiar un negocio futuro (STS de 11 de abril de 2019) ni, en definitiva, todo aquel que contrate dicho préstamo dentro de una actividad profesional o comercial.

Cuando ese deudor hipotecario no sea consumidor, su contrato de préstamo, las condiciones generales que existan en el mismo, no podrán ser sometidas al control de abusividad derivado del control y exigencia de transparencia, por faltar en él la condición necesaria de ser consumidor; pero nada obsta a que sí pueda realizarse sobre dichas cláusulas un control de incorporación para comprobar su claridad y comprensibilidad, conforme al artículo 5 LCGC¹³.

Luego, cuando el deudor hipotecario sea un consumidor, las condiciones o cláusulas de su contrato se verán sometidas al doble control de incorporación y abusividad; pero, aunque no lo sea, también pueden verse sometidas al control de incorporación, para comprobar la claridad y comprensibilidad que exige la ley a todas las condiciones generales, tal y como sostienen entre otras, las SSTS de 11 de marzo de 2020 y 3 de junio de 2016. Esta última en el caso de un préstamo hipotecario concedido a un no consumidor (era un préstamo concedido para financiar la adquisición de un local comercial para una farmacia), niega la condición de consumidor al deudor hipotecario, pero considera que esto no impide que en tal contrato existan condiciones generales de la contratación que deban someterse al control de incorporación, para comprobar la claridad y transparencia de aquellas.

Por tanto, cabe el control de transparencia (incorporación) en los contratos realizados con profesionales, si tienen condiciones generales de la contratación, aunque no sean consumidores.

III. CONTROL DE TRANSPARENCIA FORMAL EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

Tal y como acabamos de afirmar, cabe un control de incorporación tanto en préstamos hipotecarios contratados con consumidores como con profesionales. Habrá que distinguir, entonces, este control de incorporación del de abusividad que solo corresponderá hacerlo cuando exista un contrato con condiciones generales con un consumidor. La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 lo expresa así: «Pero este control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (RCL 1998, 960). Es más, como hemos resaltado en varias de las sentencias antes citadas, el artículo 4.2 de la Directiva conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una

representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados»¹⁴.

Se confirma el doble perfil del control de transparencia, cuando del deudor hipotecario sea un consumidor, «en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, hay otro que atiende al conocimiento sobre la carga jurídica y económica del contrato» (STS de 3 de junio de 2016).

Pero, además, habrá que comprobar que ese consumidor ha entendido, ha comprendido las cláusulas o condiciones de su préstamo. A este respecto, debemos señalar que una cosa es el conocimiento de tales condiciones, previa información necesaria por la entidad financiera y la clara redacción de aquellas, y otra bien distinta la comprensión de estas por el consumidor.

La posibilidad de conocimiento se mide por el control de incorporación, y ha de fijarse en la claridad de redacción, en el hecho de que consten todos los datos del préstamo, y de que su lectura se obtenga toda aquella información que debo tener para poder entender el préstamo que estoy contratando. Si esto es así, esas condiciones superan el control de incorporación al que se refiere directamente el artículo 7 LCGC¹⁵, remitiéndose a su vez al artículo 5 LCGC, que es lo que podríamos denominar, realmente el control de cognoscibilidad, de posibilidad de conocimiento. Así lo confirman sentencias como las SSTS de 11 de marzo y 12 de junio de 2020, sosteniendo la primera de ellas que «para que una condición general de la contratación supere el control de incorporación debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato. Es decir, junto al parámetro de la claridad y comprensibilidad, debe concurrir el requisito de la posibilidad de conocimiento, puesto que el control de inclusión es, fundamentalmente, un control de cognoscibilidad. Lo que no es solo una construcción jurisprudencial, sino una exigencia expresa de los artículos 5 y 7 LCGC (RCL 1998, 960)». Por lo tanto, un préstamo hipotecario con un no consumidor, que como hemos dicho, se ve también sometido al control de incorporación como manifestación del principio de transparencia, debe también revisar la cognoscibilidad, la posibilidad de conocimiento efectiva del deudor hipotecario de todas las condiciones del préstamo, no quedándose solo en un mero examen gramatical de la redacción de aquellas. Esto implica, desde mi punto de vista, que el acreedor hipotecario, normalmente una entidad financiera, haya cumplido con su deber de información, y haya puesto a disposición del deudor hipotecario todos aquellos documentos, informaciones y explicaciones necesarias para que este pueda conocer y entender lo que supone la contratación de su préstamo hipotecario, sus implicaciones financieras, riesgos y contenido principal. Todo ello conforme a la necesidad de cumplir todos los deberes de información precontractual que, por otra parte, se explicitan perfectamente en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contrato de Crédito Inmobiliario (LCI), en sus artículos 5 a 10, consecuencia de la tardía transposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

Además, es necesaria la comprensión efectiva de las cláusulas, lo que implica un entendimiento por parte del consumidor, ya que, superada la claridad y completa información de las condiciones generales, debe producirse la comprensión de sus términos por un «consumidor medio». En efecto, la STJUE de 9 de julio

de 2020, tras explicar que para el debido cumplimiento de la transparencia, el profesional debe poner a disposición del consumidor toda la información necesaria, específica que esta debe ser comprensible para «un consumidor medio normalmente informado y razonablemente perspicaz, siempre que el profesional —en este caso, la entidad bancaria, que reúne los conocimientos técnicos y la información necesarios a este respecto— haya puesto a su disposición todos los datos necesarios»¹⁶. En el mismo sentido, aludiendo al consumidor medio como a quien debe dirigir la información suficiente el profesional, nos encontramos con las SSTS de 15 de diciembre de 2020; 28 de diciembre de 2020; 17 y 23 de febrero de 2021; STJUE de 5 de julio de 2019, 20 de diciembre de 2020. Siempre que un consumidor normal, medio, capaz de entender y de contratar pueda comprender las condiciones del préstamo pactado, y siempre que estas estén redactadas con claridad y se haya dado la necesaria información sobre ellas, se da debido cumplimiento al principio de transparencia.

De este modo, si ese contrato —con consumidor o no— es comprensible por un consumidor medio, ese contrato supera el control de transparencia. En este caso cuando un consumidor medio, perspicaz, y atento, puede conocer y entender las condiciones del contrato, ese contrato ha superado el control de transparencia objetivo. La comprensión por parte de un consumidor medio se convierte en el elemento final del control o principio de transparencia objetivo que es el que podemos exigir a todo contrato con condiciones generales de la contratación, sea o no consumidor, el contratante que acepta dichas cláusulas generales.

Pero, esto no puede confundirse con que, en ese caso concreto, ese contrato, no haya sido entendido por él, por ese concreto consumidor. Esto último generaría una anulabilidad del contrato por vicio del consentimiento (error), pero no significa que no supere el control de transparencia formal, o incorporación. No puede extenderse o considerarse que el error que pueda sufrir un deudor hipotecario sea objeto del control de transparencia; son cosas distintas, con consecuencias diferentes y, desde luego, no puede proceder falta de transparencia por error en el consentimiento concreto en un contrato en el que ha habido negociación y, por lo tanto, inexistencia de condiciones generales de la contratación. Tal es el caso que recoge la STS de 11 de diciembre de 2020 que analiza un préstamo hipotecario con cláusula multidivisa, en el que se solicita la nulidad parcial por vicio del consentimiento en el contrato (en la cláusula multidivisa), pues el deudor hipotecario consumidor no comprendió las implicaciones de la contratación en moneda extranjera y sus consecuencias. Ello impidió que, en este caso y según alegan, el consumidor se formara un juicio adecuado sobre aquellas, existiendo error en el consentimiento en el momento de la contratación, lo que conduce a la nulidad parcial del préstamo por vicio de consentimiento. A mi juicio, esta sentencia, de forma adecuada, separa el error de consentimiento de la falta de información suficiente al consumidor propia de la ausencia de transparencia en contratos de adhesión, rechazando la pretensión de nulidad parcial por error vicio, sin que pueda pasarse de esta a aquella¹⁷; la transparencia formal u objetiva no alcanza a los vicios del consentimiento.

De lo que se acaba de exponer, si realmente hubo falta de información suficiente para cualquier consumidor medio, ese contrato no superaría el control de transparencia, pero no sería anulable por vicio del consentimiento. Solo en el caso de que, habiéndose informado suficientemente y cumpliendo los requisitos de transparencia objetiva o formal, a pesar de ello, en el caso concreto el consumidor no hubiese comprendido, podríamos hablar de un vicio de consentimiento. Las consecuencias son muy diferentes (anulabilidad contrato entero

versus eliminación de la cláusula no clara), y creo que no puede confundirse la transparencia objetiva (cognoscibilidad) con la comprensión subjetiva del deudor.

IV. CONCLUSIONES

I. El préstamo hipotecario es un contrato de adhesión con condiciones generales de la contratación que, por lo tanto, se somete a las reglas y principios propias de este especial modo de contratar.

II. De esta manera, el préstamo hipotecario se ve sometido al control de transparencia, o deber o principio de transparencia que es fundamental en la contratación en masa en la que se inserta.

III. El control de transparencia formal, o control de incorporación o inclusión alcanza tanto a los préstamos con deudores hipotecarios consumidores como a aquellos concertados con los que sean profesionales, mientras que el control de abusividad solo se exige en aquellos concertados con consumidores. Es necesario, por tanto, distinguir al deudor hipotecario consumidor del que no lo es.

IV. El control de incorporación o inclusión exige la redacción clara y comprensible de las cláusulas del contrato, así como la información por parte del acreedor hipotecario de todas las condiciones, riesgos y consecuencias de las cláusulas del contrato. Luego, el control de transparencia formal u objetivo en que se concreta el control de incorporación debe alcanzar a la comprobación de que se facilitó dicha información. El control de transparencia es control de cognoscibilidad.

V. Además, este control de transparencia formal incluye el comprobar que esa información y las condiciones del préstamo hipotecario son comprensibles por un consumidor hipotecario medio y perspicaz. Cualquier consumidor medio tiene que ser capaz de entender la información y consecuencias de ese préstamo.

VI. Sin embargo, distinto de ello, es la comprensión efectiva y real de cada deudor hipotecario particular, que puede no comprender el sentido del contrato, a pesar de que la información facilitada ha sido clara y suficiente. En este caso nos encontramos ante un tema de falta de comprensión que puede determinar la anulabilidad del contrato por error en el consentimiento.

VII. En definitiva, en todo contrato de préstamo hipotecario, sea con consumidor o no, debe realizarse un control de incorporación que alcanzará a la claridad de la redacción de las cláusulas, la posibilidad de su conocimiento efectivo que implica tanto la información pertinente facilitada por el acreedor, como la comprensión media teórica de un deudor hipotecario «medio y perspicaz». Si esto se cumple, se ha superado el control de transparencia.

V. RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia de 18 de junio de 2012
- Sentencia de 24 de septiembre de 2013
- Sentencia de 10 de marzo de 2014
- Sentencia de 7 de abril de 2014
- Sentencia de 28 de mayo de 2014
- Sentencia de 30 de abril de 2015

- Sentencia de 15 de diciembre de 2015
- Sentencia de 3 de junio de 2016
- Sentencia de 1 de julio de 2016
- Sentencia de 16 de noviembre de 2016
- Sentencia de 16 de enero de 2017
- Sentencia de 2 de febrero de 2017
- Sentencia de 5 de abril de 2017
- Sentencia de 9 de enero de 2019
- Sentencia de 11 de abril de 2019
- Sentencia de 11 de marzo de 2020
- Sentencia de 12 de junio de 2020
- Sentencia de 24 de septiembre de 2020
- Sentencia de 11 de diciembre de 2020
- Sentencia de 15 de diciembre de 2020
- Sentencia de 28 de diciembre de 2020
- Sentencia de 17 de febrero de 2021
- Sentencia de 23 de febrero de 2021

TRIBUNAL JUSTICIA UNIÓN EUROPEA (TJUE / TJCEE)

- Auto de 19 de noviembre de 2015
- Auto de 27 de abril de 2017
- Sentencia de 21 de junio de 1978
- Sentencia de 14 de marzo de 1991
- Sentencia de 19 de enero de 1993
- Sentencia de 3 de julio de 1997
- Sentencia de 27 de abril de 1999
- Sentencia de 11 de julio de 2002
- Sentencia de 20 de enero de 2005
- Sentencia de 3 de septiembre de 2015
- Sentencia de 25 de enero de 2018
- Sentencia de 5 de julio de 2019
- Sentencia de 3 de marzo de 2020
- Sentencia de 9 de julio de 2020
- Sentencia de 20 de diciembre de 2020

VI. BIBLIOGRAFÍA

BALLUGERA GÓMEZ, C. (2019). Control de transparencia registral de la hipoteca, Registro de Condiciones Generales de la Contratación y Registro de la Propiedad, *La Ley*, núm. 4456, (1-14).

NOTAS

¹ BALLUGERA GÓMEZ, C. (2019). Control de transparencia registral de la hipoteca, Registro de Condiciones Generales de la Contratación y Registro de la Propiedad, *La Ley*, núm. 4456, 2.

² BALLUGERA GÓMEZ, C. (2019). Control de transparencia registral de la hipoteca, Registro de Condiciones Generales de la Contratación y Registro de la Propiedad, *ob. cit.*, 1.

³ Artículo 1.2 LDCU 1984: «A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden».

⁴ Artículo 3.3. TRLDCU: «Asimismo, a los efectos de esta ley y sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad».

⁵ Exposición de motivos RD-Ley 1/2021, de 19 de enero: «Más allá de la tradicional alusión a la situación económica de las personas consumidoras a la hora de determinar su situación de vulnerabilidad, se constatan diversas situaciones en las que, agravadas por la actual situación de crisis sanitaria, las circunstancias sociales o personales hacen que se encuentren en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección en sus relaciones de consumo, tal como ha recordado recientemente la Comisión Europea con la publicación de la Comunicación, de 13 de noviembre de 2020, sobre la Nueva Agenda del Consumidor: "Reforzar la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible". Por consiguiente, es necesario que la normativa estatal recoja de forma urgente la previsión de las circunstancias que generan que los derechos de estas personas consumidoras necesiten una protección reforzada».

⁶ En esta sentencia se examinaba el caso de un empresario que contrató en su domicilio unos servicios de publicidad, y concluyó el tribunal que dicho contrato constituía un acto de gestión realizado para satisfacer necesidades que no son las familiares o personales del comerciante.

⁷ Se analizó el caso de un contrato de fianza concluido por un particular para garantizar la devolución de un préstamo para una finalidad empresarial ajena. Señaló el tribunal que la Directiva «no limita su ámbito de aplicación en función de la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, siempre que tales bienes o servicios estén destinados al consumo privado».

⁸ Doctrina reiterada en la STJCE de 20 de enero de 2005, asunto *Gruber*.

⁹ Continúa esta sentencia: así, la STJCE de 14 de marzo de 1991 (TJCE 1991, 155) (asunto *di Pinto*), recaída en un asunto en que un empresario contrató en su domicilio unos servicios de publicidad, concluyó que dicho contrato constituía un acto de gestión realizado para satisfacer necesidades que no son las familiares o personales del comerciante (§ 16), por lo que no merece la calificación de consumidor. Igualmente, la STJCE de 17 de marzo de 1998 (TJCE 1998, 52) (asunto *Dietzinger*, sobre un contrato de fianza concluido por un particular para garantizar la devolución de un préstamo para una finalidad empresarial ajena), señaló que la Directiva «no limita su ámbito de aplicación en función de la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, siempre que tales bienes o servicios estén destinados al consumo privado». Aún más explícito y reiterativo se ha mostrado el TJCE al interpretar las normas sobre competencia judicial internacional, por ejemplo en las SSTJCE de 21 de junio de 1978, 19 de enero de 1993 (TJCE 1993, 7), 3 de julio de 1997 (TJCE 1997, 142), 27 de abril de 1999, 11 de julio de 2002, 20 de enero de 2005 (TJCE 2005, 24) —asunto *Gruber*—, 20 de enero de 2005 —asunto *Engler*—, 21 de junio de 1978, asunto *Bertrand*, § 21; STJCE de 19 de enero de 1993 (TJCE 1993, 7), asunto *Shearson*

Lehman Hutton Inc., § 13, en las que ha enfatizado que solamente es consumidor quien no participe en actividades comerciales o profesionales y que la legislación sobre consumidores solamente se aplica a los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo.

Y según el TJCE, el concepto de consumidor «debe interpretarse de forma restrictiva» (STJCE de 3 de julio de 1997 [TJCE 1997, 142], asunto *Benincasa*, §§ 16-17), «pues cuando una persona celebra un contrato para usos relacionados con su actividad profesional debe considerarse que aquella se encuentra en igualdad de condiciones con su co-contratante» (STJCE de 20 de enero de 2005 [TJCE 2005, 24], asunto *Gruber*, § 40»).

¹⁰ Téngase en cuenta que las diferentes Directivas europeas excluyen tradicionalmente a la persona jurídica del concepto de consumidor.

¹¹ Véase, la STS de 16 de enero de 2017 que afirma lo siguiente: «En efecto, a diferencia de lo que ocurre con las directivas comunitarias que solo se refieren a personas físicas, tras dicha reforma se sigue distinguiendo entre consumidor persona física y consumidor persona jurídica, pero se añade que el ánimo de lucro es una circunstancia excluyente solo en el segundo de los casos. Es decir, se introduce un requisito negativo únicamente respecto de las personas jurídicas, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro.

No obstante, sin apartarse de dicha regulación, cabría considerar que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un periodo corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el artículo 1.1.^º CCom».

¹² En este sentido, recoge la doctrina de la STJCE de 20 de enero de 2005, en la que se consideró que «el contratante es consumidor si el destino comercial es marginal en comparación con el destino privado; es decir, no basta con que se actúe principalmente en un ámbito ajeno a la actividad comercial, sino que es preciso que el uso o destino profesional sea mínimo («insignificante en el contexto global de la operación de que se trate», en palabras textuales de la sentencia)».

Doctrina repetida, a su vez, en la STJUE de 3 de septiembre de 2015, que establecía: «El artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «consumidor» con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Carece de pertinencia al respecto el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete».

¹³ Artículo 5.5 LCGC: «5. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho».

¹⁴ Cita esta sentencia otras muchas que corroboran la doctrina que en ella se mantiene, como son las Sentencias 149/2014, de 10 de marzo (*RJ* 2014, 1467); 166/2014, de 7 de abril; y 688/2015, de 15 de diciembre; 246/2014, de 28 de mayo; 227/2015, de 30 de abril (*RJ* 2015, 2019).

¹⁵ Artículo 7. No incorporación.

No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

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

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

¹⁶ STJUE de 9 de julio de 2020: «Por lo que se refiere a los contratos de préstamo hipotecario, corresponde al juez nacional llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que figuran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato. Más concretamente, incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que se hubieran comunicado al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo. Desempeñan un papel decisivo en tal apreciación, por una parte, la cuestión de si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de manera que permitan a un consumidor medio evaluar tal coste y, por otra parte, la falta de mención en el contrato de préstamo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato (Sentencia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18 [TJCE 2020, 3], EU:C:2020:138, apartado 52)».

¹⁷ Hay que entender además que, en este caso, no se trataba de una condición general de la contratación, pues la cláusula multidivisa había sido negociada con el interesado, por lo que no procedía «dar el salto» de un vicio del consentimiento a una falta de transparencia. Amén de que en el supuesto se pretende la nulidad parcial, solo de la cláusula multidivisa, si realmente hubo error del consentimiento, este afectaría a todo el consentimiento y la nulidad sería total, no parcial, que es lo que pretendía el demandante pasando de un posible vicio a una falta de transparencia para conseguir su objetivo de que solo se eliminara dicha cláusula y no todo el contrato. El Tribunal, por ello, es claro cuando afirma: «El demandante en su demanda ha ejercitado una acción de nulidad parcial del contrato de cuenta de crédito hipotecario concertado en yenes japoneses con posibilidad de cambio de divisa, nulidad que afectaría solo a la moneda en que se concertó el crédito y al cambio de divisa. La acción de nulidad ejercitada y estimada por la sentencia de primera instancia y confirmada por la de apelación, se basaba en la existencia de un vicio en el consentimiento, generado por un defecto de información sobre el producto y sus riesgos.

Conforme a la jurisprudencia de esta sala, si se llegara a apreciar, como hace el tribunal de instancia, error en el consentimiento prestado por demandante, porque desconocía los riesgos que entrañaba haber referenciado la cuenta de crédito a la moneda del yen japonés (su depreciación frente al euro), y pudiera ser calificado de sustancial, relevante e inexcusable, viciaría la totalidad del contrato, pero no solo la parte correspondiente a la divisa en que se concertó el préstamo con la subsistencia del resto del contrato (Sentencias 450/2016, de 1 de julio [RJ 2016, 4068], 66/2017, de 2 de febrero [RJ 2017, 389], 4/2019, de 9 de enero [RJ 2019, 10], y, más recientemente sentencia 490/2020, de 24 de septiembre [RJ 2020, 3314]).

Las sentencias invocadas por la parte recurrida para justificar la posibilidad de una nulidad parcial que afectara únicamente a las cláusulas relativas al opción multidivisa no resultan de aplicación a este caso, pues la acción ejercitada en aquellos casos era distinta, la de nulidad fundada en el carácter abusivo de las cláusulas relacionadas con la opción multidivisa, y esa acción no ha sido ejercitada en este caso».