SERVICIO DE INVESTIGACIÓN Y TERCER CICLO
REGISTRO DE TESIS DOCTORALES
Nº 1220
FECHA: 23-11-2015
EL FUNCIONARIO

228/2015-2016

UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA
UNIDAD DE TERCER CICLO Y POSTGRADO

Reunido el día de la fecha, el Tribunal nombrado por el Excmo. Sr. Rector Magfco. de esta Universidad, el/a aspirante expuso esta TESIS DOCTORAL.

Terminada la lectura y contestadas por el/a Doctorando/a las objeciones formuladas por los señores miembros del Tribunal, éste calificó dicho trabajo con la nota de SOBRESALIENTE CUM LAUDE

Las Palmas de Gran Canaria, a 8 de febrero de 2016

El/La Presidente: Dr. D/Dña. Narciso Martínez Morán

El/La Secretario/a: Dr. D/Dña. Emilia María Santana Ramos

El/La Vocal: Dr. D/Dña. Ignacio Ara Pinilla

El/La Vocal: Dr. D/Dña. Nuria Belloso Martín

El/La Vocal: Dr. D/ Dña. Jesús Primitivo Rodríguez González

El/La Doctorando/a: Dr. D/Dña. Ana Isabel Rodríguez Santana

Anexo I

Dª LAURA MIRAUT MARTÍN SECRETARIA DEL DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS BÁSICAS DE LA UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA,

CERTIFICA,

Que el Consejo de Doctores del Departamento en su sesión de fecha 24/11/2015 tomó el acuerdo de dar el consentimiento para su tramitación, a la tesis doctoral titulada "El deber de información. La transparencia en el negocio bancario" presentada por la doctoranda Dª Ana Isabel Rodríguez Santana y dirigida por la Doctora Laura Miraut Martín.

Y para que así conste, y a efectos de lo previsto en el Artº 6 del Reglamento para la elaboración, defensa, tribunal y evaluación de tesis doctorales de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, firmo la presente en Las Palmas de Gran Canaria, a 24 de noviembre de dos mil quince.

Anexo II

UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas

Programa de doctorado La decisión jurídica: hechos y normas en la argumentación del derecho

Título de la Tesis

EL DEBER DE INFORMACIÓN. LA TRANSPARENCIA EN EL NEGOCIO BANCARIO

Tesis Doctoral presentada por Dª Ana Isabel Rodríguez Santana

Dirigida por la Dra. Dª. Laura Miraut Martín

El/la Director/a, **El/la Doctorando/a,**

(firma) (firma)

Las Palmas de Gran Canaria, a 24 de Noviembre de 2015

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
LAS PALMAS DE G. CANARIA
Nº Documento: 742454
Nº Copia: 1170365

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria
Departamento Ciencias Jurídicas Básicas

TESIS DOCTORAL:

EL DEBER DE INFORMACIÓN.

LA TRANSPARENCIA EN EL NEGOCIO BANCARIO

Tesis doctoral presentada por

Dª Ana Isabel Rodríguez Santana

Dirigida por la Doctora Dª Laura Miraut Martín

Las Palmas de Gran Canaria

Noviembre 2015

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
LAS PALMAS DE G. CANARIA
Nº Documento 740751
Nº Copia 1176303

ÍNDICE

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN 9

CAPÍTULO PRIMERO 17

EL DERECHO A LA INFORMACION EN LA RELACION BANCARIA 17

1. **Las implicaciones sociales del derecho a ser informado** 19
2. **El derecho a la información como derecho esencial** 36
3. **El desarrollo humano en un mundo financiero** 43
4. **Los derechos fundamentales en la relación bancaria** 49

CAPÍTULO SEGUNDO 69

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD 69

Y EL DEBER DE INFORMACIÓN 69

1. **La importancia de la autonomía de la voluntad de las partes** 71

1.2. Límites contractuales a la autonomía de la voluntad 73

1.3. Cláusulas de irreversibilidad como límite a la libertad de la autonomía individual 85

2. El contrato como fuente obligacional 93

2.1. El consentimiento como elemento esencial en el contrato 99

2.2. La libertad para contratar de consumidores y usuarios. Reseña negocio bancario 107

CAPÍTULO TERCERO 117

EL DEBER DE INFORMACIÓN COMO DERECHO BASE DE LA RELACIÓN BANCARIA 117

1. Introducción 119

1.1. La contratación en masa 124

1.2. Cumplimiento del deber de información por el profesional 125

1.3. Ventajas del profesional respecto a las condiciones generales de la contratación 133

2. Condición General de la Contratación versus Cláusula Abusiva 139

2.1. Protección al Consumidor frente a las Condiciones Generales de Contratación 142

3. Desarrollo del deber de información 146

3.1. Omisión del deber de información 149

3.2. La imprecisión de una información suficiente y transparente 156

3.3. Información indeterminada 161

4. La protección del cliente como sujeto vulnerable de la relación bancaria. Regulación del deber de Información 168

4.1. Planteamiento 168

4.2. Formalización del derecho a la información 173

4.3. Información precontractual general 176

4.4. Información contractual general 180

4.5. Información postcontractual general 182

CAPÍTULO CUARTO 187

LA TRANSPARENCIA EN EL NEGOCIO BANCARIO 187

1. Aspectos normativos 189

1.1. Los aspectos normativos reguladores de la transparencia 189

1.2. El ideal de economía sostenible 193

1.3. Aspectos más relevantes de la ORDEN EHA 2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios 203

1.4. La evolución normativa a favor del principio de transparencia 210

1.5. La transparencia como garantía de protección en la figura del consumidor 212

1.5.1. Referentes históricos sobre la normativa de transparencia 212

2. Protección a la parte débil del contrato. El consumidor 218

3. El principio de transparencia en materia de comisiones 226

3.1. El principio de transparencia en materia de intereses 229

3.2. El principio de transparencia en materia de publicidad 232

4. Estudio Jurisprudencial sobre la transparencia bancaria 240

4.1. Punto de inflexión y de reflexión en el concepto y su aplicabilidad 240

4.2. Íter procesal del debate jurídico previo a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 242

4.2.1. Sobre la licitud de las cláusulas suelo 248

4.2.2. Sobre la cláusula suelo como elemento esencial del contrato 251

4.2.3. Sobre la cláusula suelo como condición general de la contratación 253

4.2.4. Sobre el doble filtro de transparencia: control o filtro de inclusión control o filtro de transparencia 256

5. El doble control de transparencia se configura en una doble vertiente 258

5.1. El control o filtro de inclusión 258

5.2. El control o filtro de transparencia 259

6. Sobre el fallo particular en la Sentencia del Tribunal Supremo 464/2014 de 8 de septiembre de 2014 del Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo 275

CONCLUSIONES 283

BIBLIOGRAFÍA 301

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

Hasta el momento en que se inició la crisis financiera como consecuencia de la vulgarmente conocida como *burbuja inmobiliaria*[1] no nos habíamos encontrado, como hasta ahora, ante un estadio de inseguridad y recelo por parte del consumidor respecto a los productos bancarios fundamentalmente el contrato de préstamo hipotecario.

---

[1] GARCÍA-MONTALVO, J.; "La vivienda en España: desgravación, burbujas y otras historias". Si bien ha quedado acreditado en los últimos años el periodo conocido como el de "Burbuja Inmobiliaria" y no siendo especialmente relevante para el estudio en cuestión, no se procederá a definirlo expresamente. Ver en ese mismo sentido también, Banco de España (2005), Informe Anual 2004, p. 41.

A la vista de la citada situación se han encendido todas las alarmas tendentes a reconocer y demostrar que en los contratos firmados por la clientela bancaria existe falta de transparencia en la negociación; que se trata de la imposición de cláusulas abusivas e impuestas sin que medie la voluntad propia de quien negocia un contrato y proponiéndose los mismos, bajo la confianza de la financiación accesible y a las condiciones del mercado en las que se encontraba entonces.

Sin embargo, y a pesar de la creación de normas dirigidas a proteger al consumidor y/o usuario bancario, no es menos cierto que los contratos formalizados por las entidades financieras han supuesto un "filón" en el análisis, estudio y desarrollo de aspectos tan esenciales como el de la transparencia en la negociación para la adquisición de cualquier producto/servicio. La normativa que es de aplicación, adolece, por tanto, de una protección insuficiente o cuanto menos cuestionable que evidencia la necesidad de que sea un tercero, diferente al legislador, quien determine si el negocio jurídico ha sido llevado con la rigurosidad propia de quien celebra un contrato con una entidad financiera.

Todo ello, teniendo en cuenta que en el deber de información al consumidor por parte del empresario-profesional entran en juego, fundamentalmente en lo que respecta a la materia bancaria, la transparencia y la suficiencia en la información facilitada, términos del todo imprecisos y que han motivado en la actualidad el debate que ha llevado a la banca a replantearse cuál es, exactamente, su situación real para garantizarse el cumplimiento del deber de información como requisito esencial en el negocio bancario.

Así, y en tanto que es la decisión jurídica la que determina, sin lugar a dudas, la interpretación de la normativa aplicable a cualquier relación jurídica, es dable afirmar que la jurisprudencia se está convirtiendo, en un hecho tan controvertido como éste, en la clave para tratar de *ajustar* conceptos que hasta el momento venían siendo utilizados sin cuestionarnos el alcance de los mismos, incluso la sagacidad o la astucia que al amparo de la indeterminación de estos podría suponer en beneficio de cualquiera de las partes intervinientes en el contrato.

De esta manera, se podría verificar si efectivamente nos encontramos ante cláusulas impuestas y no pactadas por las entidades financieras o si por el contrario, las mismas forman parte

esencial del contrato y el cliente siendo conocedor de éstas y del alcance real que implican en la formalización del negocio, acepta en todas sus condiciones al amparo de la libertad para contratar, cuestión de amplio debate en el íter de la Sentencia de Primera Instancia y Apelación y que concluyó con la Sentencia de 09 de mayo de 2013.

Con este estudio, se pretenden analizar los aspectos que hasta el momento, aún siendo evidentes desde el punto de vista jurídico, han supuesto un vuelco respecto a la contratación bancaria por cuanto el profesional-empresario no sólo tendrá que demostrar que efectivamente negoció todas las cláusulas esenciales del contrato, sino que lo hizo en el ejercicio de la libertad para contratar por parte del consumidor, mostrando éste su conformidad para la formalización del citado negocio, no como quien consiente en un contrato de adhesión/masa, donde se imponen las cláusulas por una sola de las partes, sino como quien negocia las condiciones financieras o particulares del contrato bancario, mas concretamente del contrato de préstamo hipotecario.

Realizaremos, por tanto, un estudio dividido en cuatro partesdiferenciadas:

Inicialmente, en el primer capítulo se realizará una reflexión sobre los el derecho a ser informado y cómo la evolución constante de la sociedad en general repercute en las relaciones humanas, con una particular consideración de lo que sucede en el caso de la relación bancaria.

Posteriormente, en el segundo capítulo, se analizará, en general, la capacidad para decidir de cualquier consumidor, como individuo que atiende a la autonomía de la voluntad, a partir del deber de información del profesional con el que contrata el consumidor, haciendo un guiño constante a la contratación bancaria.

Por otra parte, en el tercer capítulo, y atendiendo el deber de información de los profesionales en los contratos de masa, se analizará la responsabilidad del mismo en el momento de la negociación y formalización del contrato.

En el capítulo cuarto se analizará mediante la normativa sobre la transparencia en el negocio bancario, y los cambios que se producen a partir de la modificación jurisprudencial del citado término, más concretamente en el préstamo hipotecario, se

analizará la evolución de la exigencia en el cumplimiento del deber de información por parte del profesional

Por último en las conclusiones, y a la vista de todo lo expuesto, se dará una visión generalizada no sólo de la situación actual, teniendo en cuenta las últimas sentencias emitidas por el Tribunal Supremo a propósito de la transparencia bancaria, sino que se expondrán los problemas que en la actualidad tiene la formalización de un negocio bancario con éxito teniendo en cuenta que las exigencias para el cumplimiento del deber de información varían constantemente.

CAPÍTULO PRIMERO

EL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN LA RELACIÓN BANCARIA

1. Las implicaciones sociales del derecho a ser informado

El derecho a ser informado constituye una consecuencia lógica del protagonismo que ha de adquirir el individuo en la propia determinación de sus derechos.Es un derecho que asume tanta mayor relevancia cuanto más significativo sea el ámbito concreto sobre el que se proyecta. Explica,así, el significado especial que adquiere, por ejemplo, en el ámbito sanitario, habida cuenta de la gran relevancia del propio individuo atribuye al cuidado y salvaguarda de su salud. Algo parecido sucede, si bien con una bastante menor intensidad, en el caso de la relación bancaria, en primer lugar por la ya propia entidad que atribuye el individuo a su

posición económica, en particular, cuando pueda estar en juego lagarantía de algunos de sus derechos de carácter mas subsistencia, como es el caso del derecho a al vivienda.

La significación más clara que asume el análisis empírico sobre la confluencia de derechos humanos en multitud de ámbitos y de escenarios, podría afirmarse que es su carácter de universalidad. No cabe, por tanto, calificarles con un sentido generalista de aplicación en cuanto a esta concreta característica referida a todos los seres humanos, sino también ampliar esta idea a todos los ámbitos y momentos. En este sentido, Eusebio Fernández defiende que "el concepto de derechos humanos que hoy manejamos no es un concepto intemporal que haya acompañado toda la historia de la humanidad"[2].

Con esta afirmación, debe entenderse que con el paso del tiempo, la generación de los nuevos ámbitos de relaciones humanas adquiere relevancia para los derechos humanos. Esos nuevos escenarios donde los seres humanos accionan son ámbitos

---

[2] FERNÁNDEZ GARCÍA, E.; "Los derechos humanos y la historia", en AAVV, *Historia de los Derechos Fundamentales*; Dykinson, Madrid, 1998, p. 1.

de actuación de los derechos humanos por pertenecer de forma intrínseca a todos los seres humanos, sin que puedan por tanto separarse, relaciones humanas y derechos humanos, pues están de forma indefectible unidos a los seres humanos y sus circunstancias.

Por su parte, en esta misma línea, determinante de la trayectoria de los derechos humanos en la historia de la humanidad, afirma Carlos Durand que aunque "mucho se dice acerca de lo que significa un nuevo siglo, muchas veces los cambios son esperados con miedo o con esperanza. Desastres y otros grandes eventos se suponen vinculados con esta temporalidad. Fuera del romanticismo que esta idea pueda significar y reconociendo que los convencionalismos humanos son determinantes, en este momento, seguramente igual que en otros tantos, nos provoca al recuento y análisis de lo que más nos interesa"[3].

Teniendo en cuenta lo anterior, defiende que "la protección de los derechos humanos: con antecedentes claros en los siglos anteriores, ha logrado su mayor desarrollo en las décadas

---

[3] DURAND ALCÁNTARA, C.; *Reflexiones en torno a los derechos humanos: los retos del nuevo siglo*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2003, p. 13.

recientes; sin embargo, es necesario evaluar los avances en el marco de la nueva situación internacional. Este análisis debe unirse al que se está intentando con ciertos organismos internacionales, para este tema, principalmente en la Organización de las Naciones Unidas"[4].

En esa misma línea defiende que, "el nuevo marco internacional, la globalización y el deterioro de las instituciones creadas al finalizar la Segunda Guerra Mundial influyen en la normativa internacional, igual que lo están haciendo con los ordenamientos jurídicos internos. El globalismo que, según muchas teorías, principia en el aspecto económico, repercute en todas las acciones humanas"[5].

Por lo que puede afirmarse que "conceptualizar a los derechos humanos implica vincular las ideas filosóficas con el derecho positivo, de esta manera podemos definirlos como un conjunto de exigencias inherentes a la dignidad humana que deben

---

[4] Ibídem, p. 13.

[5] Ibídem, p. 13.

materializarse en normas jurídicas concretas y cuyo contenido se ha ido enriqueciendo a lo largo de la historia del hombre mismo"[6].

Se defiende por tanto, que "con esto aceptamos que es necesario recurrir a criterios e ideas metajurídicas, entrando al plano filosófico, pero para llegar al concepto de derechos humanos es necesario contar con las normas jurídicas que están más allá del planteamiento filosófico; también debemos reconocer que estos derechos no son únicos e inmutables, su evolución histórica nos muestra que cada vez son más y, afortunadamente, más precisos en su alcance"[7].

Por su parte, afirma Luis Prieto Sanchís que "la alusión a la universalidad de los derechos humanos admite al menos dos acepciones que toman respectivamente como referencia al sujeto activo y al sujeto pasivo de los derechos. La primera expresa la idea de que todos los seres humanos, por su condición de tales, son titulares de los derechos. La segunda, que todos estamos obligados

---

[6] Ibídem, p. 16.

[7] Ibídem, p. 16.

en relación a la realización de las conductas que constituyen el objeto de los derechos"[8].

Esta última acepción no es, sin embargo, tomada en cuenta habitualmente, porque casi siempre se asume la perspectiva de la titularidad al plantearse cualquier problema en relación como los derechos. Es, sin embargo, evidente que el derecho a ser informado comporta una correlativa obligación de informar, y que éste derecho a ser informado se verá tanto más realizado cuanto mayor sea la involucración del resto de los individuos y poderes públicos en su puesta en práctica. No se trata tanto de reconocer que todos y cada uno de los individuos hayan de cooperar necesariamente de manera directa a hacer efectivo ese derecho porque puede perfectamente, escapar, esa acción a sus posibilidades de actuación. Pero sí, cuando menos, de reconocer en los poderes públicos, como representantes del conjunto de la sociedad, una especial responsabilidad al respecto, sobre todo cuando lo que está en juego es el mantenimiento de las condiciones existenciales mínimas de los individuos.

---

[8]PRIETO SANCHÍS, L.; "Derechos fundamentales", en AAVV, GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, F.J.; *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 1996, p. 504.

El profesor Ignacio Ara Pinilla defiende que "esta última acepción se enfrenta a la dificultad que supone el hecho de que algunos derechos parecen en principio circunscribir su contenido obligacional a un ámbito personal limitado, cuando no directamente a los poderes públicos"[9].

Por lo que afirma que "es el caso singular de los derechos prestacionales, pero también de todos aquellos derechos que presuponen la existencia de un determinado soporte técnico instrumental cuya activación se entiende que no puede ser responsabilidad del individuo en general"[10].

En definitiva, entiende Robert Alexy que "la tradicional división de los derechos en derechos erga omnes y derechos relacionales despliega también sus efectos en el ámbito de los derechos

---

[9]ARA PINILLA, I.; "El estado constitucional ante el principio de universalidad de los derechos humanos", en AAVV, LA TORRE, M. y ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.; *El horizonte constitucional: ciencia jurídica, derechos humanos y constitucionalismo*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 265.

[10] Ibídem, p. 265.

humanos, complicando hasta cierto punto la comprensión lógica del postulado de la universalidad en su referencia al sujeto pasivo"[11].

Así, se pronuncia el profesor Ignacio Ara Pinilla cuando manifiesta que "el principio de universalidad podría, no obstante, reformularse como exigencia general de que todos contribuyeran en la medida de lo posible, mediante el correspondiente juego de acciones y abstenciones, a la realización del contenido de obligación propio de cada uno de los derechos"[12].

Por lo que podría entenderse que "semejante reformulación presentaría de entrada una buena razón a su favor. Y es que, tratándose de derechos que proyectan exigencias inherentes a la condición humana de su titular, parece lógico pensar que su realización haya de vincular en una medida apreciable a todos los miembros de la comunidad"[13].

---

[11] ALEXY, R.; "Derechos humanos sin metafísica", (traducción de E. R. Sotero), en *Doxa*, 30, Madrid, 2004, pp. 238-239.

[12] ARA PINILLA, I.; "El estado constitucional ante el principio de universalidad de los derechos humanos", cit., p. 266.

Desde su punto de vista, Francisco Laporta afirma que "la adscripción de obligaciones generales positivas como reverso de la proclamación de los derechos cerraría el programa que marca el trazado de la evolución de los derechos"[14].

En este sentido, afirma que "resultaría, por lo demás, acorde esta idea con una consideración más realista de la estructura de los derechos, que, superando la visión estereotipada de los derechos civiles y políticos como derechos generadores de obligaciones estrictamente negativas, a diferencia de los derechos sociales, generadores a su vez de obligaciones positivas, atendiera a la complejidad de cada derecho comprendiéndolo como una entidad "poliédrica"[15], como un centro de imputación de obligaciones de distinto tipo que adquiere mayor o menor relevancia e intensidad en los distintos supuestos en que se plantea su realización"[16].

---

[13] Ibídem, p. 266.

[14] LAPORTA, F.J.; "Sobre el concepto de derechos humanos", en *Doxa* , 4, Madrid, 1988, pp. 35-36.

[15] PISARRELLO, G.; *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 61.

El derecho a ser informado configuraría, por tanto, la exigencia de un conjunto de prestaciones por parte de quienes pudieran encontrarse en condiciones de proporcionar una información información útil al sujeto para su mejor desarrollo individual. Claro está, que cuando esta situación se produce en el marco de una concreta relación contractual las cosas pueden ser diferentes, porque en principio el contrato vincula solo a las partes, es ley sólo para las partes que lo conciertan.

Una primera visión llevaría, por consiguiente, a entender que sólo las partes firmantes del contrato están obligadas a cumplir con las prestaciones inherentes al derecho a ser informado que corresponde a la otra parte.

No obstante ello, cabe también en la relación contractual de que se trate pueda aceptar significativamente a la integridad dealgún derecho de naturaleza subsistencial, lo que llevaría a plantearnos si no ha de darse también en relación con este tipo de relaciones (que cobran particular significado en el ámbito bancario)

---

[16] ARA PINILLA, I.; "El estado constitucional ante el principio de universalidad de los derechos humanos", cit., p. 266.

una exigencia de universalidad en la segunda acepción (en la acepción que refiere la perspectiva pasiva de la universalidad), extendiendo al responsabilidad en relación con el derecho a ser informado mucho mas allá de lo que representa el ámbito de la relación contractual en sentido estricto.

Y es que, en último término, lo que puede estar en juego no es ya tanto la garantía de la posición personal del individuo en una determinada relación interpersonal, como la salvaguarda de las exigencias impone el carácter igualmente universal de un derecho de naturaleza subsistencial.

Lógicamente, en esta perspectiva,los poderes públicos asumen un papel fundamental en su condición de representantes de la ciudadanía. La universalidad en la acepción pasiva que antes hemos referido vendría en cierto modo, protagonizada, por los poderes públicos, que llevarían a cabo(se verian obligados a llevar a cabo) sus obligaciones sobre la base de las prestaciones de naturaleza fundamentalmente económica efectuada por los particulares.

La acción de los poderes públicos, en este sentido, resultaría expresiva siquiera fuera de manera indirecta del deber universal de colaboración a la realización de los derechos de una de las partes del contrato.

En cualquier caso, si resulta difícil imaginar a los poderes públicos proporcionando a algunas de las partes del contrato la información requerida (resulta difícil ante todo por la falta de acceso a los datos concretos de que dispone la otra parte), no lo es, desde luego pensar en los poderes públicos como garantes efectivos de que las partes del contrato van a disponer de la suficiente información cuando se encuentra en juego, la realización de un derecho de naturaleza subsistencial, como es el caso del derecho a la vivienda digna.

La cuestión excede, no obstante, en ámbito del derecho a la vivienda para concernir a cualquier otro de los derechos sociales, asumiendo un particular signo en el caso de las relaciones profesionales.Las relaciones profesionales responden a un grupo de sujetos que dentro de un ámbito concreto ostentan la titularidad de los derechos que les reconoce el ordenamiento jurídico, y por tanto, podemos afirmar de derechos subjetivos. Derivado de esa relación

reconocida por el derecho positivo, el derecho al trabajo es un derecho humano consagrado, tanto en su dimensión individual como colectiva. Este reconocimiento se hace patente a través de múltiples instrumentos que el propio sistema de orden interno reconoce y viene avalado por el sistema internacional de los derechos humanos.

Es por tanto, a partir del sistema normativo internacional y nacional constitucional, donde se presenta un concepto de trabajo que desde una perspectiva de derechos humanos, debe ser digno.

Es, en cualquier caso, la condición que ostenta cualquiera de los derechos de naturaleza subsistencial. Hablamos así, de derecho a la vivienda digna, derecho a un trabajo digno y suficientemente remunerado, derecho a una atención sanitaria adecuada, derecho a una educación adaptada a la formalización del pleno desarrollo de la personalidad del individuo.

Por su parte, afirma Angélica Molina que "en esta dirección, con base en lo señalado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General Número 18 sobre el derecho al trabajo, se identifica el contenido básico de este

derecho y se refieren algunas obligaciones jurídicas del Estado para su efectiva realización"[17].

En esa misma línea, afirma Labrada Rubio que "la dignidad humana no es un concepto nuevo, pues, con distintos matices; es una idea presente a lo largo de la historia del pensamiento. La labor de determinar las características de un derecho justo ha sido el objetivo del pensamiento jurídico iusnaturalista desde el primitivo iusnaturalismo griego y romano, cosmológico y antropológico, hasta el iusnaturalismo escolástico y el racionalista"[18].

Por lo que, "después del desarrollo del positivismo y del positivismo jurídico durante el siglo XIX, la novedad en el siglo XX está en intentar un desarrollo filosófico de la idea de la dignidad

---

[17] MOLINA HIGUERA, A.; "Aproximaciones sobre el derecho al trabajo desde la perspectiva de los derechos humanos", en *Red Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, 2009, p. 3.

[18] LABRADA RUBIO, V.; "La dignidad del hombre y el ejercicio de los derechos humanos", en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, Universidad Complutense, volumen 1, Madrid, 2000, p. 96.

humana que pudiera convertirse en un postulado básico de la cultura universal"[19].

En este sentido, afirma Stammler que "la misión de la Filosofía del Derecho es también, el enseñar en qué consiste la justicia. El concepto del Derecho es una noción parcial que sólo sirve para deslindar una categoría de actos de la voluntad. Resuelto este problema, y por encima de él, surge enseguida otra cuestión: la de saber si son legítimos, intrínseca y fundamentalmente, los dictados de la voluntad así investigados y clasificados"[20].

Por su parte, propone y formula los principios de un Derecho justo en base a una serie de condiciones, "Principios de respeto: a) Una voluntad no debe quedar nunca a merced de lo que otra arbitrariamente disponga. b) Toda exigencia jurídica deberá producirse de tal modo que en el obligado se siga viendo al prójimo. Principios de solidaridad. a) Un individuo jurídicamente vinculado no

---

[19] Ibídem, p. 96.

[20] STAMMLER, R.; *Tratado de Filosofía del Derecho*, (traducción de W. Roces), Ed. Nacional, México, 1980, p. 3.

debe nunca ser excluido de la comunidad por la arbitrariedad de otro. b) Todo poder de disposición otorgado por el Derecho sólo podrá excluir a los demás de tal modo que en el excluido se siga viendo el prójimo"[21].

Por lo que "la instrumentalización del ser humano, el no ser tratado como persona sino como cosa, ha sido una de las denuncias más generalizadas en contra de la concepción del derecho como poder de facto. Por ello desentrañar las exigencias fundamentales de la dignidad del hombre es la tarea prioritaria que ha imperado entre los autores a lo largo del siglo XX, con el fin de juzgar la justicia o injusticia del Derecho"[22].

Así las cosas, entiende Kant que "el hombre y, en general, todo ser racional existe como fin en sí mismo, no meramente como medio para uso caprichoso de esta o aquella voluntad, sino que

---

[21] Ibídem, p. 225.

[22] LABRADA RUBIO, V.; "La dignidad del hombre y el ejercicio de los derechos humanos", cit., p. 100.

debe ser siempre considerado al mismo tiempo como fin en todas las acciones señaladas tanto a él como a todo ser racional"[23].

El fundamento de este principio es que la naturaleza racional existe como fin en sí misma y por ello el imperativo categórico puede formularse también así "obra de modo que en cada caso te valgas de la humanidad, tanto en tu persona como en la de otro, como fin, nunca como medio"[24].

Puede derivarse de esta idea que la dignidad es un bien absoluto que ha de encontrar asiento en todos los ámbitos y entornos en los que haya un ser humano, pero que será principalmente en una relación vertical o de subordinación donde su virtual influencia ha de dar los mayores frutos.

Es evidente que, en el caso de la relación bancaria, no se produce en principio, una relación vertical o de subordinación,

---

[23] KANT, I.; *Fundamento de la metafísica de las costumbres*, (traducción de A. Rodríguez), Magisterio Español, Madrid, 1977, p. 76.

[24] Ibídem, p. 77.

puesto que los individuos entablan libremente la relación. Pero no puede olvidarse la muy distinta posición de poder que asume enla sociedades de nuestro tiempo las entidades bancarias y los individuos que contratan con ellas. Ello obliga a prestar una particular atención a la posición del individuo intentando garantizar que esa posición inicialmente de vulnerabilidad no pudiera derivar en una vulneración de sus propios derechos, tanto más grave cuanto mayor sea la relevancia del derecho en cuestión.

2. El derecho a la información como derecho esencial

El derecho a la información tiene como respuesta inmediata el reconocimiento de la libertad de expresión, que ya viene reconocido en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuando establece que "todo individuo tiene el derecho de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas".

En este sentido, se puede comprobar cómo puede ser entendido de manera descriptiva el tenor literal del contenido de la DeclaraciónUniversal de Derechos Humanos, ya que puede proyectarse en el derecho a saber, derecho a la informaciónen

sentido estricto, libertad de información y acceso a la información, entre otros. Si bien es cierto que,no son pocos los autores que relacionan el derecho a la información con el derecho a recibir la información por parte de los poderes públicos, no es menos cierto que el derecho a la información tiene un alcance bastantemás amplio. En este sentido, se podría afirmar que el desarrollo de la libertad de información contribuye de manera indisoluble con laideade la instauración deun sistema de gobierno democrático.

Existe una numerosa jurisprudencia internacional que se muestra de acuerdocon entender a la libertad de expresión como un derecho fundamental proyectándose indiscutiblemente a su vezsobre el derecho a la información. Los principios que subyacen a las leyes actuales de derecho a la información losencontramos enla DeclaraciónUniversal de los Derechos Humanos de 1948, donde ya en su artículo 19 se puede verificar laprimera reseña sobre el reconocimiento del derecho a la información.

En este sentido, el contenido del artículo expresa claramente que "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y

el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión".

El derecho a la libertad se presenta como un derecho de carácter universal y será la antesala que permita el reconocimiento del derecho a la información, que posteriormente en diferentes ordenamientos jurídicos vienen reconocidos como auténticos derechos constitucionales[25].

El contenido del artículo 19 de la Declaración Universal deja patente el sentido literal sobre la proyección que debe asumir el derecho a la información, dejando claro el contenido, el sujetoy el objeto del derecho a la información.

En cuanto al contenido del derecho a la información, resulta clarificador la identificación de al menos treselementos primordialescomo es el que resulta el deinvestigar,recibir y difundir información y opiniones[26].

---

[25] CENDEJAS JÁUREGUI, M.; "Evolución histórica del derecho a la información", en *Derecho Comparado de la Información*, Instituto de Investigaciones de la UNAM, México, 2007, pp. 57-84.

Con respecto al sujeto,se parte de la consideraciónque todo individuo es titular del derecho a la información. No podría ser de otra manera, puesto que setrata de una Declaración Universal de derechos.

Resultaría absurdo excluir la nota dela universalidad de los caracteres de este derecho a la información, universalidad que debería ser entendida en su sentido más amplio, esto es, en todas sus acepciones, también por consiguiente en la acepción pasiva que vincula a los poderes públicos

En torno alobjeto del derecho a lalibertad de opinión y de expresión se advierte que este derecho incluye el de investigar,recibir y difundir informaciones, el investigar, recibir y difundir opiniones. Con lo cual, el objeto del derecho a la información son tanto informaciones como las posibles opiniones que se puedan realizar por parte de los sujetos.

---

[26] DESANTES GUANTER, J.M.; *La información como derecho,* Editora Nacional, Madrid, 1974, pp. 32-94.

Precisamente por ello, resulta necesario que el Estado garantice la instauración de medidas y herramientas que garanticen no sólo el reconocimiento del derecho, sino también su desarrollo y su puntual realización.

La difusión deinformaciones, de circunstancias con relevancia jurídica implica una mayor calidady responsabilidad en la información. El derecho a la información resulta de vital importancia como facultad que ya viene proclamada por las distintas declaraciones de derechos[27].

En el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos reconoce en su artículo 19 que "1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

---

[27] Ibídem, p. 88.

El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 13 es donde se reconoce la libertad depensamiento y expresión entendiendo que "este derechocomprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole,sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa oartística, o por cualquier otro procedimiento de su elección".

Resulta por tanto, destacable que la Convención reconoce las facultades de buscar, recibir y difundirque han sidoenmarcadas al derecho a la información.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 denoviembre de

1950 señala en su artículo 10 que "toda persona tienederecho a la libertad de expresión". Este derecho comprende la libertad de opinión y lalibertad de *recibir* o de *comunicar* informaciones o ideas, sin que pueda haber injerenciade autoridades públicas y sin consideración de fronteras. Señala en este sentido, que el ejerciciode las libertades incluye deberes y responsabilidades las cuáles podrán ser sometidas adeterminadas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley.

Todo ello, se debe lógicamente a la idea de proporcionar seguridad jurídicaestableciendo las medidas necesarias, en una sociedad democrática.

Por su parte, el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanoscontiene la libertad de expresión, que a su vez comprende el derecho de recibir o de comunicar información. Porlo tanto, se afecta la trilogía de elementos que están presentes en el derecho a lainformación, y que sí incorpora la Declaración Universal de los Derechos Humanos, puesto que es a partir de lasDeclaraciones políticas y las exposiciones de motivos de los textos de base, donde sedestaca que el derecho de acceso tiene por objetivo asegurar una mejor participación delos ciudadanos en

el proceso decisorio, así como garantizar una mayor legitimidad eficacia y responsabilidad de la Administración frente a los ciudadanos en un sistemademocrático.

Por lo tanto, se refuerza el principio de la democracia y el respeto de losderechos fundamentales[28].A tal respecto, cobra un particular relieve su significado con vistas a la mejor realización de los derechos subsistenciales que pudieran verse involucrados como consecuencia del establecimiento delas relaciones contractuales en general y de manera muy particular con el establecimiento de las relaciones contractuales con las entidades bancarias.

3. El desarrollo humano en un mundo financiero

Muchas organizaciones internacionales y de prestigio mundial, tales como el Consenso de Washington, como principal referencia de desarrollo en vigor desde los años 90, asocia el desarrollo mundial exclusivamente al crecimiento económico. Para su

---

[28] GUICHOT, E.; "El nuevo derecho Europeo de acceso a la información pública", en *Revista de Administración Pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, número 160, Madrid, 2003, p. 297.

medición se utiliza principalmente el producto interior bruto de cada país y el nivel de ingresos de cada persona.

En este sentido, afirma Ochoa Berganza que "este concepto de desarrollo está basado en la centralidad del capitalismo en la economía, el liberalismo en la definición de la sociedad, el neocolonialismo en la regulación de las relaciones internacionales y el heteropatriarcado como sistema de regulación sexo-género"[29].

Frente a esta concepción, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo ha promovido el concepto de Desarrollo Humano Sostenible que convierte el desarrollo de las personas como el aumento de sus capacidades, oportunidades y libertades para tener una vida plena. Y a diferencia del sistema utilizado por las empresas financieras, para su medición se utiliza el Índice de Desarrollo Humano[30].

---

[29] OCHOA BERGANZA, J.; "Finanzas para una economía humana sostenible: hacia la banca ética", en *Revista de Dirección y Administración de Empresas*, Número 20, Donostia, 2013, p. 124.

[30] Véase PNUD; *Informe sobre Desarrollo Humano*, Mundiprensa, Madrid, 1990, pp. 34-37.

Por su parte, afirma Ochoa Berganza que en base a los parámetros de esta definición, "desarrollo estaría referido a la evolución o avance en la consecución de las capacidades que permitan el bienestar social de todas las personas a todos los niveles. El desarrollo no es por tanto un fin, sino un camino a seguir en la gestión de los recursos y las potencialidades endógenas de todas las comunidades y de las personas que las componen"[31].

Es humano porque entiende que la base son las personas, no los objetos, el dinero o cualquier otra cosa, sino todas las personas, y debe por tanto mirar por la sociedad en su conjunto.

En ese sentido, "se estaría hablando de sostenibleporque busca satisfacer las necesidades de todas las personas sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades"[32].

---

[31] OCHOA BERGANZA, J.; "Finanzas para una economía humana sostenible: hacia la banca ética", cit., p. 125.

[32]Ibídem, p. 125.

Y por lo tanto, "es social/cultural y medioambiental porque asume que la identificación y satisfacción de las necesidades se realiza en sociedad mediante la gestión colectiva de recursos naturales junto con otros recursos creados por las personas, teniendo en cuenta las diversidades culturales"[33].

Este enfoque se basa en los derechos humanos, tiene su base en la propia idea de justicia y en el reconocimiento de los derechos que permita erradicar la pobreza, la exclusión y la vulnerabilidad de la mayor parte de la población mundial y reducir las enormes y crecientes desigualdades entre personas, países y regiones.

Por ello, propone un avance hacia el bienestar humano a través de un mundo estructurado desde lo local a lo global sobre bases democráticas, participativas y equitativas.

En este sentido, afirma Ochoa Berganza que "el desarrollo humano basado en derechos humanos por tanto, prioriza el

---

[33]Ibídem, p. 125.

desarrollo integral de las personas y de las colectividades, constituyendo su límite las posibilidades medioambientales reales de nuestro planeta y sitúa al dinero y a la economía al servicio de ese objetivo prioritario"[34].

Puede afirmarse sin lugar a dudas, tal y como que "los desafíos que afronta la humanidad son muy variados, crisis financiera y económica, crisis alimentaria, crisis energética, cambio climático, vulneración de derechos humanos, conflictos armados, desastres humanitarios, migraciones forzosas, lucha por los recursos naturales, aumento de la pobreza y las desigualdades, entre otros"[35].

En este sentido, todos ellos representan distintas facetas de una crisis sistémica de tipo estructural del modelo económico y social predominante. Es una fragante inhumanidad que esta sociedad con los medios materiales y económicos de que dispone permita que el modelo actual no sólo no solucione estos problemas

---

[34] Ibídem, p. 125.

[35] Ibídem, p. 125.

sino que los vaya agudizando. Todo ello, pone en cuestión el modelo actual de producción, consumo y financiación.

Es necesario por tanto, un nuevo paradigma que permita ir superando los desafíos y la crisis global y multidimensional en la que nos encontramos e ir avanzando hacia una sociedad más justa y solidaria, lo que convierte al desarrollo humano en el gran reto al que se enfrenta la humanidad en los próximos años.

Las entidades bancarias constituyen un potente instrumento de consolidación o cambio de las situaciones particulares de los individuos, toda vez que potencian e impulsan a través de las diferentes operaciones crediticias, la realización de apetencias que de otro modo quedarían por completo fuera del acceso de los individuos. Pero no deberían constituir un freno para ese desarrollo individual. Sería ciertamente una paradoja que la presencia de ese instrumento de cambio social pudiera constituir un obstáculo para lamejora de las condiciones de vida alcanzadas hasta entonces por el propio sujeto.

4. Los derechos fundamentales en la relación bancaria

Un primer planteamiento nos hace comprobar cómo el sujeto no se mantiene estático ante los cambios sociales, económicos y políticos que devienen de la propia evolución histórica. En este sentido, la evolución de los derechos humanos se ha proyectado de manera diferente en la conciencia del hombre, y por tanto, la asunción e interiorización del contenido de los derechos humanos como derechos inherentes a la propia naturaleza del hombre no ha sido entendida de manera similar en los diferentes momentos históricos.

Precisamente por ello, cobra todo su sentido, la importancia del grupo social, en entender de manera general el reconocimiento del valor que se alcanza a través de la esencia de los derechos humanos.

Afirma Morín que para entendernos a nosotros mismos "comencemos por reconocer que, como seres humanos, somos un compuesto fisicoquímico, lo que nos identifica con toda la materialidad del universo; aceptemos que somos seres biológicos, que somos cuerpo, carne, lo que nos liga con todos los seres vivos;

pero, además, que en la historia de los homínidos, constituimos la especie más desarrollada, la que heredó el paleocéfalo del reptil, fuente de los impulsos primarios, de la agresividad y la sexualidad, el mesocéfalo del mamífero, raíz y depósito de los sentimientos, de las emociones y la memoria, y la que desarrolló el reducido córtex de éstos hasta convertirlo en el neocórtex, instrumento del pensamiento y de los procesos psicológicos superiores"[36].

En este sentido, afirma Quesada Vanegas que "desde la primera infancia, los signos culturales (cosmovisión, valores, ritualidades, conceptos, lenguajes, actuaciones) son trasmitidos espontánea y formalmente (escolaridad, vida familiar y social, medios de comunicación) a las nuevas generaciones, y moldean el órgano de los procesos psicológicos superiores y el pensamiento: el cerebro, fundando una conducta. Si bien en algunas especies animales hay procesos de aprendizaje y socialización, en la única en que son constantes es en la especie humana. De ahí que sea la

---

[36] MORIN, E.; *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*, Unesco, Bogotá, 2001, p. 55.

única que tiene conducta. En los demás seres su actuación es fundamentalmente instintiva"[37].

En este sentido afirma que "somos resultado del cosmos, de la naturaleza, de la vida, pero debido a nuestra humanidad misma, a nuestracultura, a nuestra mente, a nuestra conciencia, nos hemos vuelto extraños a este cosmos que nos es secretamente íntimo. Nuestro pensamiento y nuestra conciencia, los cuales nos hacen conocer este mundo físico, nos alejan otro tanto. El hecho mismo de considerar racional y científicamente el universo nos separa también de él"[38].

Por su parte, Morín defiende que debido a estas condiciones primarias, "Nos hemos desarrollado más allá del mundo físico y viviente. Es en este más allá donde opera la humanidad en pleno"[39].

---

[37] QUESADA VANEGAS, G.A.; "Naturaleza, cultura, economía y política", en *Revista Poliantea,* volumen 1, número 2, Madrid, 2004, p.78.

[38] Ibídem, p. 79.

[39] MORIN, E.; *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*, cit., p. 54.

En ese mismo sentido, defiende Tapias que "la cultura es, pues, propia del hombre y mediadora de todas sus manifestaciones, y si quizá sea excesivo decir que la cultura es coextensiva a la realidad del hombre, lo que sin duda resulta adecuado es afirmar que la realidad de la cultura es coextensiva a la realidad social: cada sociedad tiene su cultura, cada cultura responde a una sociedad"[40].

Por lo que, puede entenderse que "no hay, pues, hombre sin cultura, la cultura es constituyente de lo humano; ni cultura sin hombres. Ésta solo existe en tanto hay hombres con una existencia social, enunciado redundante, pues, no se puede ser humano de otra manera, a lo que cabe añadir también que la sociedad, cada sociedad, no es sino un conjunto de individuos, una población, cuyo modo de vida se halla culturalmente determinado, por un conjunto de instituciones, prácticas y creencias compartidas"[41].

---

[40] PÉREZ TAPIAS, J.A.; *Filosofía y crítica de la cultura*, Trotta, Madrid, 1995, p. 20.

[41] Ibídem, p. 20.

La palabra "cultura" tiene un origen lejano y una larga historia. Si nos remontamos al origen etimológico, "cultura" proviene de la palabra latín "colo" (de colere, cultivo de la tierra). Más adelante, y en un sentido metafórico, pasó a significar cultivo de la mente y del espíritu[42]

Desde un principio, pues, la palabra "cultura" estaba emparentada con la palabra "educación" y relacionada con una concepción normativa e idealista de la condición humana que tuvo en el renacimiento italiano uno de los mayores hitos históricos. La cultura aparece en la sociedad actual como una realidad rica, compleja y contradictoria[43].

Como nos indica Busquet, la cultura en la sociedad es una realidad rica por cuanto es extensa e intensa, compleja por la misma casuística de su desarrollo y contradictoria pues en ella se entremezclan ideales, conocimientos y materias con diferentes encajes y sentidos.

---

[42] BUSQUET, J.; *La cultura y los derechos humanos*, Uoc, Madrid, 2007, p.11.

[43] Ibídem, p. 11.

Como apunta Luengo, la cultura es lo que se aprende y se transmite a través de la educación[44]. De ahí que la educación pueda ser interpretada como el medio de transmisión que la cultura ha ideado para perpetuarse en el tiempo.

Hoy en día la sociedad se ha hecho multicultural, lo que obliga a unos planteamientos interculturales y a una convivencia plural. Ello supone en la escuela nuevos retos para afrontar el hecho de que en la misma convivan diferentes culturas[45].

La irrupción de la banca en la vida social constituye un fenómeno histórico. No podría decirse que todas las sociedades, las sociedades más primitivas, hayan podido contar con este potente instrumento de cambio social. Es en este sentido un fenómeno y acompaña a la idea del progreso social.

---

[44] LUENGO NAVAS, J.; La Educación como hecho, AAVV, POZO, M. (editor); *Teorías e instituciones contemporáneas de la educación*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004, p. 37.

[45] AGUIAR PERERA, V. , RODRIGUEZ PULIDO, J. y SAMUEL ALMEIDA AGUIAR, A.; *La educación del siglo XXI*, Editorial ULPGC, Las Palmas, 2014, p. 27.

Es más, podría considerarse como un instrumento simbólico o paradigmático de lo que representa la evolución social, el acceso a unas sociedades plenamente desarrolladas en las que se hace viable la realización de las más diversas apetencias individuales.

Pero, al igual que sucede con los demás instrumentos que representan símbolos del progreso social, (la revolución tecnológica, el desarrollo de las telecomunicaciones, etc...) ofrece un terreno fértil para la vulneración de los derechos fundamentales.

Conviene en este sentido referir el carácter ambivalente que puede desarrollar al respecto destacando algunos ámbitos en los que se hace más presente el riesgo de vulneración de los derechos fundamentales.

Singular importancia cobran a este respecto el derecho a la intimidad y el derecho a recibir información, que han de merecer una consideración independiente.

El derecho a la intimidad personal puede ser vulnerado cuando la entidad bancaria transmite a personas ajenas información sobre los datos relativos al estado de cuentas o de cualquier otro producto o servicio financiero del sujeto en cuestión. En el

establecimiento de la relación con las entidades bancarias el sujeto ofrece una descripción de algunos de los rasgos que configuran el sentido de su propia intimidad.

La relación con el banco resulta en este sentido una relación particular, mucho más tenebrosa de lo que pudiera resultar la relación con cualquier otro sujeto o entidad particular. El individuo entiende que se trata de una relación establecida con una entidad particular por lo que no cabría tampoco revestir a esa relación de carácter de supremacía o sujeción especial que asume las relaciones con la Administración Pública.

De ahí que se haya entendido como expresión fidedigna del derecho a la entidad de quien contrata con la entidad a al institución del secreto bancario.

Es sabido que el secreto bancario viene referido al deber de reserva y sigilo que el banco tiene sobre las operaciones que el cliente le confía[46]. Ciertamente es difícil dar una definición

---

[46] GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.; *Contratos bancarios,* Editor3, Madrid, 1975, p. 49.

omnicomprensiva al comenzar el tratamiento de cualquier institución jurídica, pues, según se ha destacado, tal objetivo sólo puede lograrse una vez analizados exhaustivamente todos los caracteres del objeto jurídico en cuestión[47].

En este sentido, Jiménez de Parga afirma que el secreto bancario puede definirse como la institución que se fundamenta en "el conocimiento que posee con exclusividad un banco en relación con las operaciones que con él realiza un cliente"[48].

Por su parte, Ruíz García define el secreto bancario como un deber u obligación, así afirma "el deber de la institución crediticia de no suministrar información sobre las cuentas de su cliente, así como de aquellos hechos de que tenga conocimiento como consecuencia

---

[47] MALAGARRIGA, M.J.; *El secreto bancario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, p. 14. En este sentido, el autor destaca que el objeto jurídico en cuestión presentará formas y contornos distintos según el lugar y el tiempo en los que se efectúe el análisis. Por otra parte, pueden ser tantas las condiciones que para su existencia imponga el régimen jurídico vigente en el país donde se quiera formular la definición que esta pecaría siempre de imprecisión, ya sea por defecto, ya por exceso. Con todo, concluye el autor citado, siempre es posible formular anticipadamente un "preconcepto" de la institución.

[48] JIMENEZ DE PARGA, R.; *El secreto bancario en el Derecho Español*, R.D.M., Madrid, 1969, p. 382.

de sus actividades, salvo en los casos excepcionales previstos por la ley o como el derecho de las citadas entidades a rehusar suministrar información sobre los citados datos"[49].

Siendo ciertamente expresión directa del derecho a la intimidad resulta no obstante evidente que el derecho bancario ha jugado un papel negativo con miras a la realización del efecto redistribuidor de la riqueza que se sobreentiende que ha desarrollar el estado Social de Derecho.

La ocultación de los bienes a los ojos de los poderes públicos pone a salvo a los individuos de la acción de estos con miras a la consecución de una mayor igualación social en al que los individuos puedan acceder de manera igual al disfrute de unos servicios públicos que contribuyen sin embargo a financiar de manera desigual. Los principios de capacidad económica y progresividad tributaria quedarían absolutamente desvirtuados si a la hora de la verdad no tuviera el estado acceso al conocimiento preciso de la situación económica de cada uno de los miembros del grupo social.

---

[49] RUÍZ GARCÍA, J.R.; *Secreto bancario y Hacienda Pública*, Civitas, Madrid, 1988, p. 15.

En este sentido, no han faltado quienes han caracterizado al derecho a la intimidad personal como un derecho de carácter marcadamente conservados, obstaculizante de la función redistribuidora que han de realizar los poderes públicos. Por muy refinados que resulten los instrumentos de redistribución social, el sistema queda desvirtuado cuando determinados individuos consiguen camuflar su posición precisa en el grupo. No puede, en este sentido extrañar los intentos de eliminación del secreto bancario, ni puede tampoco discutirse su significado como elemento estructural del fraude social.

Pero ello no quita el hecho cierto, de que su eliminación constituye una relevante vulneración del derecho a la intimidad tal y como ha venido siendo concebido en la concepción tradicional de los derechos fundamentales.

Cierto es que el derecho ala intimidad ha venido cobrando un significado diferente en función de las diversas vicisitudes históricas. Y es que han sido también muy diferentes los valores que han presidido las diferentes etapas de la historia en que se ha podido ver involucrado este derecho fundamental. Antonio Enrique Pérez Luño destaca a este respecto que "el carácter generacional e

histórico del derecho a la intimidad se comprueba también cuandose le contempla desde una perspectiva axiológica Los valores sobre los que reposaba la reivindicación de la intimidad enla primera fase de su formulación en el seno del estado liberal, no coinciden con su significado axiológico en el Estado social y democrático de Derecho"[50].

Por lo que afirma "para reflejar esa metamorfosis he aludido a un tránsito desde la intimidad como privilegio individual a al intimidad como valor colectivo constitucional. La fase inicial del derecho ala intimidad se haya condicionada por la ideología dela clase social que la reclama"[51].

Esto explica su marcado matiz individualista, que se concreta en la reivindicación de unas facultades destinadas a salvaguardar un determinado espacio con carácter exclusivo y excluyente. Notas,

---

[50] PÉREZ LUÑO, A.E.; "Dilemas actuales de la protección de la intimidad", en AAVV, SAUCA, J.M. (editor); *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Carlos III, BOE, Madrid, 1994, p. 330.

[51] Ibídem, p. 330.

estas, que recuerdan los instrumentos jurídicos de delimitación y defensa del derecho de propiedad"[52].

En la actualidad, se plantea una concepción solidaria del derecho a la intimidad superadora, en buena medida de la visión conservadora que ofrecía la defensa tradicional del secreto bancario. Conforme a ella se puede entender que la intimidad "se extiende hasta donde las exigencias de la Solidaridad Social imponen la primacía de la libertad de información, y ésta puede incidir en la esfera de lo íntimo sí y solo sí la injerencia se haya legitimada por razones de solidaridad"[53].

Parece ciertamente difícil imaginar una razón de solidaridad superior a la que representan la función redistribuidora del Estado a la hora de encuadrar en sus justos términos el lugar que ha de corresponderle a la intimidad como fundamento del secreto bancario. Pero ello tampoco debe hacernos olvidar "la reserva y el secreto parecen estar en la base de la libertad del ciudadano" en un sin fin de actos y manifestaciones de voluntad, como garantía frente

---

[52] Ibídem, p. 330.

[53] Ibídem, p. 334.

a presiones o injerencias de un tercero, sea éste un poder público o privado; parece que podría afirmarse que sin esa reserva o secretoinvadido ese ámbito de privacidad, el ciudadano corre grave riesgo de ver limitada su libertad"[54].

No hay que olvidar al respecto que si bien puede decirse que el derecho a la intimidad ha modificado sensiblemente su fisonomía pasando de ser un derecho, marcadamente conservador, a convertirse en una preocupación fundamental de todos los seres humanos, en la medida en que todos nos encontramos concernidos por el peligro que representa para nuestra propia intimidad la utilización de las nuevas tecnologías de la información[55], también las entidades bancarias asumen un papel protagonista al respecto. Y es que disponen no ya solo de nuestros datos económicos sino de otros muchos que pudieran definir el sentido de la personalidad de cada individuo.

---

[54] AGUILAR DE LUQUE, L.; "Derecho a la intimidad: Su proyección en la esfera económica", en AAVV, SAUCA, J.M. (editor); Problemas actuales de los derechos fundamentales, Carlos III, BOE, Madrid, 1994, p. 339.

[55] ARA PINILLA, I.; "Nuevos derechos Humanos", AAVV, *La reforma de las instituciones internacionales de protección de los derechos humanos*, Universidad de la Laguna, La laguna, 1993, p. 86.

El efecto redistribuidor que tiene la transparencia de la posición económica de cada individuo podría en este sentido verse compensado negativamente con las posibilidades que ofrece la acumulación de datos particulares de los individuos por parte de las entidades bancarias en un universo que cada vez se define más por su condición de universo interconectado.

Un problema muy diferente se plantea en relación con el derecho de ser informados que corresponde a quien contrata con las entidades bancarias. En este caso, el riesgo deriva en gran parte del carácter en cierto modo mecanizado que en la sociedad de nuestro tiempo asume este tipo de contratación. El individuo no toma conciencia de estar formalizando un contrato singular cuyas características y matices se definen en una relación de igualdad (en una relación de equilibrio entre las partes), sino que se adhiere hasta cierto punto a un modo concreto de actuar (de establecer relaciones) que define precisamente a la contratación con las entidades bancarias.

El riesgo de este tipo de situaciones no radica tanto en el hecho de que no se proporcione información, sino en la circunstancia de que esta se diluye, en buena medida,

precisamente porque su carácter reiterado hacen de este tipo de contrataciones un fenómenos estereotipado, en el que casi parece fuera de lugar guarecerse frente a un riesgo que se presenta camuflado. Y sin embargo, es un riesgo absolutamente presente, que por afectar, precisamente, a nuestra esfera económica, puede resultar de excepcional relevancia. Y es que en la medida en queafecta a nuestra esfera económica puede en ultimo termino, también, afectar a las condiciones subsistenciales de cada individuo. Se hace notar, en este punto, que la economía (la situación económica de cada cual) está precisamente en la definición del tipo de vida que pueden llevar a cabo cada uno de los miembros del grupo social.

El consentimiento que presta el individuo en la formalización del contrato no podría en absoluto considerarse como un consentimiento informado cuando se enmascara detrás de determinados formalismos y modos de actuar que, por su carácter reiterativo y en buena medida despersonalizado, acaban ocultando la realidad del compromiso adquirido. Y es que hay una gran diferencia entre lo que puede suponer el acto formal de transmitir una información y lo que supone de hecho el cumplimiento de las

condiciones que garantizan que la información llega adecuadamente a su destino.

Resulta evidente, en este sentido, que el deber de transparencia que compete a las entidades bancarias debería encaminarse a proporcionar no sólo una información aséptica de las condiciones del contrato, sino también una advertencia pormenorizada y detallista de los riesgos asumidos con su formalización, esto es, una información de los efectos que pudieran derivar a los contratantes, como consecuencia del incumplimiento de las cláusulas establecidas en el propio contrato. Advertencia que se hace algo más que necesaria a la vista de los muy diferentes de formación, e incluso de fuerza de voluntad, que pudieran tener los referidos contratantes.

No otra cosa, parece exigir la muy diferente posición que asumen en el contrato la entidad bancaria y el sujeto particular que entabla la acción negocial con ella. Diferente posición que se ve, por los demás, acompañada del también muy diferente nivel de responsabilidad que corresponde a cada una de las partes del contrato: Un sujeto particular perfectamente identificable, de un lado

y una entidad bancaria, despersonalizada en relación a los órganos que actúan en su nombre, de otro.

Esa diferente posición de las partes contratantes y el hecho cierto de que en ocasiones se estén dirimiendo, y puedan resultar afectadas, en consecuencia, condiciones específicas debida de los individuos obligará a los poderes públicos a extremar las garantías de que las entidades bancarias cumplen adecuadamente con las exigencias que impone ese particular deber de diligencia al respecto.

Es la peculiar manera de dar plena realización al principio de universalidad de los derechos en relación con los sujetos implicados o de las obligaciones que aquellos representan.

En ultimo término se trataría de restablecer la posición de igualdad, de equilibrio, en la relación del individuo con unas entidades que tanto pueden ayudarle a promover una mejor calidad de vida con acceso a la realización de determinadas apetencias que en otro caso pudieran resultarle absolutamente inasumibles, como condenarle a una situación de inmerecida menesterosidad social.

Se trataría, eneste sentido, de evitar que en la negociación bancaria pudiera, paradójicamente, convertirse en un instrumento de reproducción social a al baja, esto es, en un instrumento de reproducción de las condiciones de vida delas que, precisamente, a través de la negociación bancaria, pretenden los individuos, de manera generalmente bien intencionada escapar. No otra cosa, impone en relación a este supuesto particular el imperativo del Estado Social que define el sentido de nuestro ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Y EL DEBER DE INFORMACIÓN

1. La importancia de la autonomía de la voluntad de las partes

Para analizar la posición de las partes intervinientes en el contrato con capacidad para obligarse cobra especial importancia la libertad que la Ley confiere para ello.

En la actualidad, nos encontramos ante una demanda constante de productos y servicios de todo tipo en un mercado cada vez más cambiante y exigente, lo que ha producido, sin lugar a dudas, la inevitable y previsible evolución del Derecho de contratos. Esta evolución, sin embargo, no es del todo útil por cuanto, y ya

para empezar, se encuentran tipificados y divididos entre el Código Civil y el Mercantil, lo que produce que el desarrollo de los mismo no se realice conjuntamente. Todo ello, con la falta de precisión que ostenta, teniendo en cuenta, fundamentalmente, las nuevas figuras contractuales que han nacido en un momento posterior, como consecuencia de las necesidades del mercado, y cuyas deficiencias se han mitigado mediante la creación de nueva normativa.

A propósito de la autonomía de la voluntad, Ignacio Ara Pinilla señala, en este sentido,que la formación de la voluntad del individuo "no se construye, en efecto, en el vacío descontaminado de ninguna acción de cualquier agente externo, ni puede por tanto producir en su auténtica pureza la naturaleza del individuo que la expresa"[56].

En ese sentido, afirma que "la voluntad de cada uno se forma en un determinado contexto que inevitablemente contamina el resultado final; nuestra propia personalidad es en buena medida consecuencia de la acción de los agentes culturales que desde

---

[56] ARA PINILLA, I.; "El significado de la solidaridad como valor fundante de los Derechos Humanos", en AA.VV., JULIOS CAMPUZANO, A. (editor); *Dimensiones jurídicas de la globalización*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 69.

nuestro nacimiento han contribuido a formarnos en unos determinados valores y modelos arquetípicos, del entorno social que ha propiciado en mayor o menor grado de asimilación y de los impactos emocionales de las experiencias vividas"[57].

1.2. Límites contractuales a la autonomía de la voluntad

En la actualidad, el derecho viene reconocido como el resultado de la jurisprudencia y a lo largo de la historia, le viene encomendada la función social que representa. Esa propia función social del derecho, obliga a que los Estados deban salvaguardar el la autonomía privada de los sujetos. Precisamente por ello, no resulta extraño el reconocimiento, garantía y tutela de los derechos subjetivos privados.

En el caso del Derecho civil los principios que contempla no son otros que los de propiedad privada por un lado, y por otro el de la autonomía de la voluntad. En este sentido, resultan dualidades

---

[57] Ibídem, p. 69.

necesarias ya que se configuran como límites que garantizan la actuación de del sujeto.

El principio de autonomía de la voluntad se presenta como elemento esencial del negocio jurídico y por tanto, creador de obligaciones. Paradigma de lo anterior, es la libertad que tiene la persona para contratar, donde las partes intervinientes en el contrato pueden decidir sobre el contenido del mismo, a través de la inclusión de obligaciones y pactos. Es precisamente por esto, por lo que se entiende que la libertad de acordar o pactar a través de un acuerdo no es más que la libre opción del sujeto para comprometerse o no a través de un contrato, generando obligaciones exigibles por el derecho positivo.

Así, en esta misma línea argumental se consigna en el artículo 1255 del Código civil cuando reconoce que "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público". Se desprende del tenor literal del contenido normativo que la libertad contractual, alcanza la posibilidad de establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente. Por tanto, esta idea responde a la que se

ha venido entendiendo hasta el momentode conformidad con el alcance práctico del principio, y por el que todo particular puede contratar cuando quiera, con quien quiera y como quiera.

En este sentido, el legislador ha sido muy claro cuando hace referencia a la libertad de los contratantes para decidir, en el seno de la relación jurídica, los términos del contrato. Ahora bien, esta libertad no es total ni absoluta, puesto que existen una serie de limitaciones a la misma.

Así, los pactos, cláusulas y condiciones que se puedan negociar entre las partes contratantes no podrán ser, en ninguno de los casos, contrarios ni a las leyes ni a la moral ni al orden público. Si bien esto a priori puede suponer una merma evidente a la citada libertad no es menos cierto que la reviste, por otra parte, de una mayor garantía genérica de la que en un momento determinado pudieran hacer uso para la formalización de un acuerdo.

En lo que respecta a la moral y al orden público que expresa la presente ley, resulta reseñable como en la libertad contractual quedan fijados como auténticos límites extrínsecos reconocidos.

En cuanto a los límites intrínsecos, el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo, vienen reconocidos como verdaderos límites conforme a la naturaleza propia del contrato. Así viene contemplado en el artículo 7 del Código civil cuando reconoce que "1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso".

Estas limitaciones, no pueden transformar la naturaleza de las cosas ni alterar la concepción de los conceptos jurídicos.

Así las cosas, y con independencia de que sean tres, fundamentalmente, las limitaciones a las que hace referencia el citado artículo, vamos a centrarnos, solo respecto a la que hace referencia a la ley por cuanto fijaría el asunto objeto de estudio.

A la vista de lo anteriormente expuesto, estas restricciones, no son baladíes, es decir, y sin detenernos expresamente en la evolución histórica del término, las limitaciones que con el tiempo se ha ido encontrando la libertad de contratación son limitaciones que con el tiempo se han dotado de mayor concreción como consecuencia de las necesidades de los mercados y que tienen un origen social o económico. Esta casuística ha generado la creación de nuevas figuras contractuales y cuya regulación en el Código civil han originado, en ocasiones, una confrontación con la normativa que regula las mismas.

Como evidencia de la evolución de estas limitaciones nos encontramos, entre otras, las modificaciones propias que se fueron desarrollando a lo largo de la historia respecto al contrato de trabajo. Éste, es el ejemplo más claro respecto a la desigualdad entre las partes de contrato en el momento de la contratación. En este sentido, y atendiendo a la época en la que fue redactado el Código civil, entendemos que se ha producido hasta la actualidad una evolución más que evidentecomenzando a existir limitaciones con la finalidad de proteger a este último. Es lógico pensar que la evolución del contrato no se ajusta a la de la norma en la que

inicialmente fue reglado por cuanto se ha producido una evolución considerable en la relación jurídica.

Ya en la actualidad, y con la protección al consumidor como parte débil de los contratos celebrados con el profesional y la prolija normativa que se ha ido creando para la regulación de la protección a los mismos frente a los profesionales, podemos decir que nos encontramos ante un doble sistema contractual; por una parte el previsto en el Código civil y que es de aplicación en caso de igualdad entre los contratantes y por otra parte el especifico para la contratación profesionalizada, cuya protección se encontraría, entre otras, regulada en el Texto refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios[58] que limita la libertad contractual mediante restricciones propias en beneficio y para la protección de los consumidores y usuarios.

---

[58] Texto refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios (TRLGDCU) nace, en 2007, como consecuencia de lo establecido en la disposición final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, por el que se habilitó al Gobierno para refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de las directivas comunitarias en esta materia con el fin de armonizar y regular los textos que tengan que ser refundidos.

Existen multitud de sentencias que acreditan esta protección al consumidor, sin ir más lejos todas y cada una de las sentencias que en la actualidad se están dictando a propósito de la nulidad de la cláusula que limita la fluctuación del tipo de interés pactado, y de la cual no se anticipará nada por cuanto será un extremo que se abordará más ampliamente en otro epígrafe posterior relativo a la transparencia en el negocio bancario.

No obstante, y dentro de las múltiples sentencias dictadas a favor del consumidor, se encuentra la Sentencia del Tribunal Supremo 735/2009 de 25 de noviembre en la que "a propósito del crédito al consumo se declara la ineficacia sobrevenida del contrato básico de servicios de enseñanza de idiomas con financiación de entidad financiera, ajena al proveedor, y con repercusión en el consumidor al tratarse de una opción impuesta por el proveedor que es quien tiene la relación con la entidad financiera sin darle opción de ningún tipo al consumidor respecto a la posible financiación con cualquier otra entidad".

En cualquier caso, es necesario precisar, que los contratos en masa[59] , como resultado de la evolución del contrato ha alterado el punto de vista inicial de la doctrina tradicional. Así, se llegó a reconocer jurisprudencialmente[60] que el principio de autonomía de la voluntad que se recoge en el artículo 1255 del Código civil supone que las normas legales que fijan criterios supletorios de aquella voluntad de los interesados no quedan contradichas cuando los particulares usan esta facultad libremente.

Y es que, en principio y cuando las partes se mueven en un plano de igualdad, tal y como se prevé en el citado artículo del Código civil el contenido del contrato se alcanza de mutuo acuerdo entre las partes con independencia de los pactos que se puedan alcanzar. Sin embargo no sucede igual cuando estamos ante un contrato predispuesto en el que una de las partes propone los

---

[59] No vamos a distinguir los diferentes tipos de contratos existentes en tanto que nos desviaríamos del objeto de estudio. No obstante lo anterior entendemos que estamos antes contratos de adhesión, cuando su contenido viene formalizado por una sola de las partes sin que medie negociación alguna por el adherente que se obliga en las condiciones pactadas por aquel.

[60] Entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1987.

extremos o contenido del contrato sin que quepa posibilidad alguna de negociación de los mismos.

Estos contratos contienen condiciones generales de la contratación, o lo que es lo mismo, cláusulas que no han sido debidamente negociadas por las partes intervienes propias de los contratos de adhesión. En estos casos, donde viene impuesto el contenido del contrato por uno de los intervienes,se desvirtúa la libertad para contratar por parte del adherente/consumidor, quien tan solo podrá ser protegido de la posible abusividad de las mismas a través de las normas dictadas con carácter imperativo como, entre otras, en el Texto refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios y la Ley de condiciones generales de la contratación, que serán de aplicación sólo cuando en el contrato existan condiciones generales de la contratación, o lo que es lo mismo, redactadas con el fin de ser utilizadas en una pluralidad de contratos.

En este sentido, Royo Martínez entiende que "pese a las limitaciones de que adolece este sistema de control, ya que no permite una fiscalización preventiva, es de gran valor, principalmente porque tiene la ventaja de que tiene amplio margen

de flexibilidad, por la concreción al caso determinado. Muestra de ello es la labor realizada por la jurisprudencia del tribunal Supremo Federal Alemán en cuanto a la interpretación de las condiciones generales"[61].

La consecuencia del incumplimiento de los límites de la libertad contractual puede dar lugar a la nulidad total, y a la nulidad parcial del mismo. Por ende, el hecho de que se contravengan cualquiera de las tres limitaciones previstas en el Código civil; la Ley, la moral, y el Orden Publico darán lugar a la nulidad del contrato.

En este sentido, el Texto refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios es claro cuando en su artículo 83 establece, que el contrato subsiste aunque se declare la nulidad de cualquier cláusula abusiva entendiéndose por esta aquellas que no han sido informadas con transparencia al consumidor en el seno de un contrato.

---

[61] ROYO MARTÍNEZ, M.; "Contratos de Adhesión", en *Anuario de Derecho Civil*, volumen 2, número 1, Madrid, 1949, pp. 54 y ss.

Tal y como puede observarse, el legislador,entiende que el contrato podrá subsistir con independencia de que pudiera ser declarada la nulidad de una de sus clausulas "Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas".

Por tanto, en estos contratos, que contengan clausulas abusivas, la norma protegerá al consumidor respecto de las mismas, partiendo de la premisa inicial de que no fueron negociadas y además impuestas sin que el consumidor conociera su existencia.

Ahora bien, estableciéndose la nulidad parcial siguiendo el contenido del artículo anteriormente mencionado, el resto de los casos, ¿será de aplicación la nulidad total, o habrá que estar a lo que pudiera establecerse en cada caso por parte del legislador?, ¿cuándo nos encontramos ante una nulidad total o parcial del contrato?. De esta manera, el artículo 6.3 del Código civil establece

que "los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto a la contravención".

Por otra parte, y en esta misma línea, se observa el reflejo de el Tribunal Supremo en su Sentencia 578/2010 de 23 de septiembre establece "la nulidad parcial de un contrato con condiciones abusivas celebrado entre una entidad financiera y un consumidor en tanto que el citado contrato fijaba el tipo de interés de demora en el 29% anual. Con la citada nulidad, se produce la minoración mediante la aplicación de un interés moratorio, anual equivalente a 2,5 veces el interés legal del dinero.

En este sentido, y respecto a la nulidad parcial es necesario aclarar que es la que más se produce, por cuanto al continuar el contrato en vigor, supondrá la solución menos dañina para el consumidor, en tanto que en contratos de adhesión, siempre que no afecte al contenido esencial del contrato, se pretende no perjudicar al adherente. Por tanto, la nulidad de una cláusula concreta, no afectará, en la mayoría de los casos, a la totalidad del negocio que pretende obtener el consumidor".

Es destacable como se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 5ª) en su sentencia número 125/2014 de 31 de marzo, a este respecto, cuando declara la nulidad del contrato bancario consistente en la suscripción de aportaciones financieras subordinadas. "La nulidad absoluta del contrato se produce como consecuencia del error esencial excusable al suscribir el producto por no tener cabal conocimiento del alcance de lo contratado, reintegrándose la cantidad suscrita o importe invertido, más los intereses legales desde la fecha de la contratación".

Se observa por tanto, como el legislador, en aquellos supuestos en los que la clausula sea esencial del contrato protege al perjudicado al haber contravenido la otra parte los límites a la autonomía de la voluntad legalmente tasados.

1.3. Cláusulas de irreversibilidad como límite a la libertad de la autonomía individual

Los límites a la libertad tienen diferentes versiones e interpretaciones. Así, la profesora Laura Miraut afirma que "la libertad puede proyectarse en decisiones que imposibiliten el

ejercicio futuro de la misma libertad. En esos casos el ejercicio actual de la libertad produce consecuencias en cierto modo antilibertarias. Es por eso que se discute su legitimidad. Los supuestos típicos son la enajenación de la capacidad futura de decisión y la disponibilidad de la vida por parte de su titular"[62].

Por lo que "en la medida en que el texto constitucional resulta de la participación de las voluntades de los ciudadanos del Estado que se van a ver a su vez vinculados por sus disposiciones hay que entender que las cláusulas pétreas de las Constituciones constituyen también, indirectamente, cláusulas de irreversibilidad de la autonomía individual"[63].

En este sentido, la profesora Laura Miraut afirma que "la autonomía individual se puede proyectar en la consolidación de situaciones que hagan imposible a su titular el ejercicio futuro de su capacidad de decisión. El problema adquiere matices diferentes en los supuestos de expresa asunción del compromiso intemporal de

---

[62] MIRAUT MARTÍN, L.; "El dilema de las cláusulas de irreversibilidad en el ejercicio de la autonomía individual", en *Derechos y libertades*, Dykinson, 2014, p. 104.

[63] Ibídem, p. 104.

renuncia a la libertad, de disponibilidad de la vida por parte de su titular, haciendo de hecho inviable cualquier actuación subsiguiente, y de aprobación del establecimiento de cláusulas inamovibles en los textos constitucionales. La solución a adoptar requerirá en todo caso la activación de los mecanismos necesarios para que la decisión adoptada pueda considerarse libre de cualquier inducción por parte de otro individuo o del conjunto de la sociedad"[64].

Así defiende que "los casos en que puede considerarse comprometida la libertad futura de los ciudadanos constituyen una aplicación directa de la misma capacidad que a éstos se les reconoce para obligarse a realizar prestaciones a otras personas o entidades, generalmente, aunque no siempre, a cambio de una contraprestación llevada a cabo de manera directa o indirecta por sus beneficiarios. Si el hombre es libre hay que entender que lo es también para establecer acuerdos con otros individuos igualmente libres"[65].

---

[64] Ibídem, p. 103.

[65] Ibídem, pp. 104-105.

Por ello resulta del todo acertado afirmar que"tales acuerdos si quieren ser eficaces habrán de resultar lógicamente obligatorios para las partes que los firman. La libertad no podría resultar dirigida en su sentido de manera que quedara excluido de su ámbito el compromiso de la actuación a favor de los intereses ajenos, a menosque su ejecución pudiera ocasionar un perjuicio a otros intereses de terceras personas, porque ello supondría negar su propia consistencia"[66].

A esta situación se refería John Stuart Mill cuando señalaba que "la libertad del individuo en aquellas cosas que tan sólo a él conciernen implica una libertad análoga en un número cualquiera de individuos para regular por mutuo acuerdo las cosas en las que ellos, y sólo ellos, estén conjuntamente interesados. Esta cuestión no ofrece dificultad en tanto la voluntad de todas estas personas no sufra alteración; pero como esta voluntad puede cambiar, con frecuencia es necesario, aun en cosas que tan sólo a ellos interesan, que estas personas adquieran compromisos entre sí, y

[66] Ibídem, p. 105.

entonces es conveniente, como regla general, que estos compromisos sean cumplidos"[67].

Por lo que Laura Miraut afirma que "hay que considerar que la limitación parcial de la libertad durante un determinado período de tiempo puede tener una plena justificación cuando la misma se produce precisamente en el ejercicio de su autonomía para decidir por sí mismo. Se limita la libertad, por lo demás, normalmente a cambio de una determinada prestación que se entiende que compensa de sobra la restricción que la referida obligación supone"[68].

Por lo que afirma en este sentido que "es claro que cualquier enajenación completa de la libertad del individuo, aun en los casos en los que la misma tiene un carácter estrictamente temporal, conlleva una situación preocupante desde la perspectiva de la

---

[67] MILL, J.S.; *Sobre la libertad*, (traducción de P. de Azcárate), Alianza, Madrid, 1997, p. 189. En este sentido, puede verse como plasma la idea indicando que "la única libertad que merece este nombre es la de buscar nuestro bien, por nuestro camino propio, en tanto no privemos a los demás del suyo o les impidamos esforzarse por conseguirlo".

[68] MIRAUT MARTÍN, L.; "El dilema de las cláusulas de irreversibilidad en el ejercicio de la autonomía individual", cit., p.105.

acción individual y del mismo progreso social. Parece, en efecto, esgrimible que en este tipo de casos la enajenación temporal de la libertad podría colisionar de manera directa con determinados valores a los que comúnmente se concede una especial relevancia. Así, por ejemplo, el ejercicio de determinados derechos que se entienden irrenunciables, o las más elementales aplicaciones del orden moral vigente"[69].

Por lo que conviene no obstante evitar la salida fácil que supone la instrumentalización de una moral presuntamente compartida como cauce para la prohibición de posturas que pudieran vulnerarla. La tesis de la autoprotección social que refiere"[70].

Pues en ese mismo sentido, Devlin defiende que "al considerar a la moralidad común como una "necesidad social" de

---

[69] Ibídem, p.106.

[70] DEVLIN, P.; *La imposición de la moral*, (traducción de M. A. Ramiro, A. Rodríguez Liboreiro y M. Sosa), Dykinson, Madrid, 2010, p. 72.

contenido por lo demás relativo al resultar "irrelevante el origen de la comunidad de ideas"[71].

Con ello encontró ya un fuerte contrapunto en los argumentos de Hart, en que insistía entre otras cosas en "la eventual conveniencia de la desaparición de sociedades que comparten determinadas pautas y creencias morales"[72].

Por lo que "el respeto a la voluntad individual que supone dar vía libre al compromisoque conllevan las cláusulas de irreversibilidad cede no tanto porquevalga más la preservación de la capacidad de decisión futura que el ejerciciopuntual de la libertad que conlleva su expresa renuncia, sino porque no haygarantías suficientes de que la decisión adoptada represente efectivamenteese puntual ejercicio de libertad, y no una decisión promovida, de maneradirecta o indirecta, por la otra parte. No existiendo garantías al respecto esmás prudente desde luego asegurar esa capacidad de decisión futura restringiendode hecho la

---

[71] Ibídem, pp. 72-73.

[72] HART, H.L.A.; *Derecho, Libertad y Moralidad*, (traducción de M. A. Ramiro), Dykinson, Madrid, 2006, p. 9.

capacidad de presión, que pueden llegar a ejercer quienesocupan las posiciones de fuerza en el grupo social"[73].

Por su parte, Dworkin afirma que "tratamos la vida de una personacomo subjetivamente valiosa cuando medimos su valor para la persona misma, es decir, entérminos de hasta qué punto quiere ella estar viva y hasta qué punto estar vivo es bueno paraella. Así pues, si decimos que la vida ha perdido su valor para alguien que está en la miseriao sufre mucho, estamos tratando esa vida en sentido subjetivo. Llamamos valor personal alvalor subjetivo que una vida tiene para la persona de cuya vida se trata. Es este valor el quetenemos en mente cuando decimos que normalmente la vida es lo más importante que tieneuna persona. Es este valor el que un gobierno intenta proteger, como de fundamental importancia,cuando reconoce y hace efectivo el derecho a la vida de las personas"[74].

---

[73] MIRAUT MARTÍN, L.; "El dilema de las cláusulas de irreversibilidad en el ejercicio de la autonomía individual", cit., p.111.

[74] DW●RKIN, R.; *El dominio de la vida*, (traducción de R. Caracciolo y V. Ferreres), Ariel, Barcelona, 1994, p. 99.

2. El contrato como fuente obligacional

El contrato se presenta como una fuente de origen obligacional que constituye un medio para alcanzar un fin. Los sujetos intervinientes asumen determinados compromisos con carácter contractual donde quedan obligados garantizados y tutelados por el sistema jurídico vigente en el momento.

Autores como Coelho, defienden que "la existencia y la extensión de una obligación dependen de las disposiciones de derecho positivo o de la voluntad de las personas directamente interesadas. Cuando son las normas jurídicas que definen, totalmente, la existencia y extensión del vínculo obligacional, estamos delante de una obligación legal"[75]. Es decir, se evidencia la defensa del derecho positivo como la fuente que regla las relaciones de los sujetos.

Se pronuncia, en este sentido, Pessoa que "el derecho de las obligaciones, como su expresión indica, constituye el conjunto de

---

[75] ULHOA COELHO, F.; *Manual de Derecho Comercial*, Saraiva, Madrid, 2004, p. 420

normas jurídicas que regulan las obligaciones; y la obligación consiste, fundamentalmente, en la posición en que se encuentra alguien de deber practicar un acto a favor de otro, a quien asiste el derecho de la práctica de esa acto"[76]. O lo que es lo mismo, nos encontramos ante un estadio de reciprocidad entre las partes intervinientes donde se materializa la contraprestación entre ambas.

Otros autores, en la misma línea, entienden que "en un sentido más restringido, y buscando el sometimiento a un régimen jurídico unitario, la doctrina más reciente aplica el concepto de contrato exclusivamente respecto de todos aquellos negocios jurídicos que inciden sobre relaciones jurídicas patrimoniales. Visto desde esta perspectiva, el contrato es el negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral cuyo efecto consiste en constituir, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial"[77].

---

[76] PESSOA, J.; "Lições de Direito das Obrigações", en *Edición de la Associação Acadêmica,* Sao Paulo, 1975, p.7.

[77] DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, 9ª edición, Tecnos, Madrid, 2012, p. 29.

Se desprende, por tanto, que la voluntad individual resulta la condición sine quanon, por la que se gesta la aparición de una obligación lícita. Por tanto, "la voluntad es verdaderamente la materia prima del derecho; y no hay otra, más noble, ni más misteriosa"[78].

No cabe duda que cuando hacemos referencia a la autonomía, hacemos referencia a la capacidad libre del consentimiento así, "la idea de autonomía de la voluntad está estrechamente ligada a la idea de una voluntad libre, dirigida por el propio individuo sin influencias externas imperativas. La libertad contractual significa, entonces, la libertad de contratar o de abstenerse de contratar, libertad de escoger su contraparte contractual, de fijar el contenido y los límites de las obligaciones que quiere asumir, libertad de poder expresar su voluntad en la forma deseada, contando siempre con la protección del derecho"[79]. Nos encontramos, por tanto, ante una herramienta real del individuo que

---

[78] CARNELUTTI, F.; *Metodologia do Direito*, (traducción de Frederico A. Paschoal) Bookseller, Campinas, 2002, p. 38.

[79] MARQUES, C.; "Contratos no código de Defesa do Consumidor", en *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1998, p. 45.

permite decidir atendiendo a sus necesidades e intereses sin más limitaciones que las legalmente establecidas para ello.

Señala Reale que "la libertad de contratar será ejercida en razón y en los límites de la función social del contrato. Así, los contratos deberán cumplir no sólo la función de instrumentar la circulación de riquezas, sino también la libertad contractual. En realidad, esta cláusula actuará como legítima cláusula multifuncional, permitiendo que los casos que escapen de la incidencia del artículo 51 del Código de Defensa del Consumidor sean examinados a partir de este dispositivo. Siendo así, las cláusulas contractuales que no atiendan la disposición prevista expresamente en el nuevo dispositivo del Código Civil podrán ser revisadas y anuladas"[80]. El contrato, por tanto, es el medio por el que las partes formalizan su voluntad, siendo éste vinculante para todos los sujetos intervinientes en el mismo sin más limitaciones que aquellas que se encuentran legalmente establecidas, fundamentalmente las que protegen al consumidor en el marco de una negociación.

---

[80] REALE, M.; *VisãoGeral do Projeto de Código civil*, Saraiva, Sao Paulo, 1986, p. 9.

El negocio jurídico como resultado de la autonomía privada, mediante la cual los particulares instauran relaciones jurídicas conformadas a la medida de su voluntad. Se ubica en el hecho procedente de la voluntad humana, del cual surgen "manifestaciones de un poder de autonomía",[81] consistente en la potestad de darse un ordenamiento jurídico. Es decir, de la voluntad libre el individuo extrae su fuerza creadora de obligaciones, es al mismo tiempo el "fundamento y la justificación de la fuerza obligatoria del contrato"[82]. Con el negocio jurídico asistimos a la causa o resultado pretendido que obligará a las partes como resultado o manifestación de su propia voluntad.

Así se pronuncia Díez-Picazo cuando defiende que "la obligatoriedad del contrato se funda, pues, de acuerdo con esta idea en una norma ética derivada de la buena fe, que exige no defraudar la confianza que en otro pueda haber creado nuestra promesa o nuestra conducta"[83].

---

[81] ROMANO, S.; *Fragmentos de un diccionario jurídico*, Egea, Buenos Aires, 1964, p. 27.

[82] Gran diccionario de sinónimos y antónimos, Espasa-Calpe, Madrid, 1991, p. 948.

Pues, según afirma, "en definitiva, se trata de lo que el autor citado denomina la norma ética de veracidad en nuestras comunicaciones con el prójimo, y que ordinariamente se expresa como deber de atenerse a la palabra dada. No cabe duda que una posición como la transcrita, al tratar de fundamentar todo el derecho de la contratación en imperativos de orden ético, entraña un importante avance en la moralización por la vía del orden jurídico de las relaciones sociales"[84].

Tal y como se desprende de lo anteriormente expuesto, el contrato, como resultado de la voluntad, adquiere una dimensión superior reglando la expectativa de cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes intervinientes en el mismo.

---

[83] DIEZ-PICAZO, L.; *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1970, p. 63.

[84] Ibídem, p. 63.

2.1. El consentimiento como elemento esencial en el contrato

Aunque simple, por ya sabido, entendemos que en primer lugar sería conveniente comenzar definiendo qué se entiende por contrato con el fin de centrar el por qué de la importancia de la autonomía de la voluntad. Y es que, al margen de las diferentes acepciones que del mismo se hayan generado, como consecuencia, fundamentalmente, de la evolución en su propia definición, los requisitos para encontrarnos ante un contrato aparecen expresamente regulados en el Código civil[85] cuando dice que éste "existe desde que una o varias personas *consienten* en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio".

Sin embargo, y con independencia de que existen muchísimas definiciones, podríamos completar aquella añadiendo que se trata de un acuerdo, negocio jurídico, por el que las partes consienten en comprometerse *entre sí* para la realización de una determinada conducta que beneficiará a ambas partes. A todas luces sabido, que

---

[85] La definición del contrato en el Código civil se encuentra, más concretamente, en el Libro Cuarto De las obligaciones y Contratos en su artículo 1254 con independencia de que sea desarrollado en artículos posteriores a propósito de sus requisitos, eficacia, interpretación, rescisión entre otros extremos.

no nos encontramos ante la existencia de un contrato cuando no existe *el consentimiento* expreso de los contratantes, siendo éste requisito esencial[86] para la validez del mismo.

Paradigmaclaro, a propósito del consentimiento expreso, lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo 640/2007 de 8 de junio por el que "se resuelve la sustitución que se pretende de uno de los sujetos del contrato con permanencia objetiva y trasmisión íntegra de la relación contractual. No se produce el consentimiento convergente del cedente, del cesionario y del contrato cedido impidiendo de esta manera que el fiador por el mero hecho de pagar las mensualidades del contrato se le autorice para sustituir al arrendatario contra su voluntad en su posición contractual".

---

[86] Queda patente la intención del legislador cuando reconoce en el artículo 1261 del Código civil cuales son los requisitos esenciales para la validez de los contratos entre los que se encuentra el consentimiento de los contratantes, desarrollado posteriormente en el siguiente artículo del citado Código. No hay contrato cuando concurren los requisitos siguientes: "Consentimiento de los contratantes, Objeto cierto que sea materia del contrato, Causa de la obligación que se establezca".

Sin el consentimiento expreso de las partes intervinientes no existe el contrato en sí mismo, hasta el punto que el perfeccionamiento se produce por el mero consentimiento de las partes. Así aparece expresamente regulado en el artículo 1258 del Código civil "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley".

A la vista de lo anterior, y de la propia definición subyace que es la propia decisión de los sujetos intervinientes en el contrato de donde se gestan las obligaciones, en el ejercicio de la autonomía privada, sea cual sea la clase de negocio ante el que nos encontremos.En este sentido, el Código civil no hace referencia a éste término, esto es, a la voluntad y todo ello teniendo en cuenta

En el citado Código civil, tan solo se hace referencia al consentimiento, siendo absolutamente necesario para consentir que la voluntad de querer hacerlo exista como impulso al mismo. Por tanto, podemos afirmar que el contrato se caracteriza porque media la voluntad de las partes intervinientes en querer obligarse, razón

por la cual los efectos que resultan del mismo son los que las partes esperanquedando obligados por estos y para la consecución de un beneficio recíproco.

El contrato, en sí mismo considerado, es algo más que la declaración de voluntad entre las partes intervinientes en el mismo. Se trata del título por el que se fundamenta la relación pactada con el fin de que el mismo sea ejecutado y surta efectos entre las partes, conforme a lo estipulado (*pacta suntservanda*).

Así, y a la vista de lo anteriormente expuesto, es claramente deducible que el contrato es algo más que un acuerdo o pacto, constituye el instrumento por el que las partes expresan su libertad[87] para obligarse, por lo que el cumplimiento de esta variable no puede quedar al arbitrio de una de las partes contratantes, tal es así que el consentimiento tiene que ser prestado por ambos intervinientes teniendo el mismo fuerza de ley respecto a su observancia.

---

[87] La libertad ya viene reconocida específicamente como valor superior del ordenamiento jurídico en su artículo 1.1. Constitución y mas concretamente como cauce al principio de libre desarrollo de la personalidad, artículo 10.1 Constitución española.

Claro ejemplo de lo anteriormente expuesto lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo 710/2013 de 13 de noviembre por la que expresamente "se estima por parte del recurrente las pretensiones alegadas en tanto que se ha producido el incumplimiento evidente por parte de la promotora a la entrega del inmueble en la fecha prevista

En el cuerpo del propio contrato se establecieron las diferentes causas de disolución del mismo, entre las que se encontraba la entrega fuera de plazo salvo justa causa. La promotora, tras no haber demostrado en ningún momento las razones reales del contrato requiere al comprador para que efectúe el tercer pago cuando el mismo había resuelto el contrato, haciendo alusión a la citada regla. En aplicación de este principio, el Alto Tribunal entiende que los pactos deben ser cumplidos en cumplimiento del principio de la autonomía de las partes y como principio general de la contratación".

Sin embargo, esta tipología de contratos en los que media la negociación al amparo de lo establecido en el Derecho civil se gestan fundamentado en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, consagrado en el artículo 1255 del Código civil. En

particular este principio, "pacta suntservanda" regulado en el citado Código en el artículo 1091 establece que "Las obligaciones que nacen de los contratos tiene fuerza de ley entre las partes contratantes, y debe cumplirse al tenor de los mismos".

A tenor del contenido normativo, se fundamenta sobre la base de que cualquier contrato ha sido celebrado por intervinientes en igualdad de condiciones, o lo que es lo mismo que ninguna de las partes intervinientes ignorasen el contenido total o parcial respecto de éste.Sólo cabría pensar en el contrato, como aquel celebrado por individuos que con libertad absoluta para obligarse y del que tenían conocimiento pleno acerca de las obligaciones que benefician a sus intereses. Es por esto por lo que el tenor literal del artículo 1091 Código civil establece categóricamente la fuerza de ley entre las partes respecto a lo pactado en el contrato no observándose más limitación que las recogidas expresamente como vicios del consentimiento.

Es más, el mero hecho o posibilidad existente y debidamente reglada que permita variar esa voluntad inicial[88] de las partes

intervinientes en el contrato desestabilizará la finalidad del principio de cumplir y hacer cumplir lo pactado. Pero, con independencia de que pueda ser posible, no es menos cierto que existen Sentencias del Tribunal Supremo en las que no se aplica éste principio, rebus sic stantibus, por cuanto no se entiende que se haya producido una alteración de las circunstancias tales como para que el contrato deje de conservar la validez que le otorgó la formalización del mismo previa negociación de las partes intervinientes.

Entre otras, la Sentencia, 64/2015 de 24 de febrero resuelve la inaplicación de la citada cláusula, rebus sic stantibus, "por el que se solicita la inaplicación de la compraventa de fincas rústicas para su posterior desarrollo urbanístico alegando la alteración por el rigor de la crisis económica y la caída del valor de los bienes inmuebles. Como consecuencia de la fluctuación del valor de mercando inmobiliario alega el Tribunal Supremo que constituyó un riesgo asumido por el comprador que se sitúa en el ámbito profesional de su actividad como empresa dedicada al sector

---

[88] Resulta importante destacar que esta cláusula sobreentendida en los contratos y por la que conservan su validez en los términos que fueron redactados con las obligaciones derivadas para las partes, sólo se producirá siempre que las circunstancias que hayan sido tenidas en cuenta en el momento del otorgamiento sigan siendo las mismas.

inmobiliario, por lo que el hecho que caracterizó la crisis, no comporta, por ella sola, que se derive una aplicación generalizada o automática de la citada cláusula rebus sic stantibus concluyendo que la crisis no comporta la injustificada excesiva onerosidad por parte de la compradora respecto a las fincas adquiridas".

Teniendo en cuenta el plano de igualdad entre los contratantes que regula el Código civil y sin perder de vista el momento histórico de su redacción, respecto de la voluntad de los contrayentes, el consentimiento de ambas partes y el reconocimiento que de esta se hacen, son constantes[89]. Para que se produzca, incluso, la validez de los contratos es necesario el consentimiento expreso de las partes. Hasta la propia interpretación de los contratos queda sometida a la intención de los contratantes en el momento de la formalización del mismo, otorgando para estos, incluso, fuerza de ley entre las partes contratantes.

Sin embargo, y como ya se verá posteriormente con más precisión, y como hemos podido apuntar anteriormente, ya en el

---

[89] Sobre la voluntad de los contrayentes en materia contractual vienen reconocidos por distintos códigos normativos. Resulta, en este sentido, importante destacar lo contemplado en el Código civil en los artículos 1254, 1255, 1258, 1259.

propio artículo 1.255 del Código Civil se establecen limitaciones expresas a los pactos, cláusulas y condiciones que establezcan los contratantes, o lo que es lo mismo, el consentimiento de la partes intervinientes no es suficiente toda vez que la voluntad de los contratantes no es absoluta y es que no pueden ser contrarios ni a las leyes, ni a la moral, ni al orden público.

2.2. La libertad para contratar de consumidores y usuarios. Reseña negocio bancario

Así, y a la vista de lo anteriormente expuesto es reseñable la distinción entreel Derecho común diferente al que se aplica a los consumidores y usuarios cuando pactan con un profesional. Se trata de un derecho "especial", y esto por cuanto no fija como aquel cuales son los extremos mínimos para controlar la libertad contractual de las partes intervinientes, al contrario, se pretende, con el carácter imperativo de la norma que lo regula proteger al consumidor frente al empresario-profesional consiguiendo de esta manera la citada protección que se de un plano de igualdad entre los contratantes en el momento de la celebración del contrato que

se caracteriza por adherirse a las condiciones prefijadas en el mismo.

La insuficiencia de regulación en el derecho común a propósito de los contratos en masa fundamenta y acredita la existencia de normativa que protege al consumidor otorgándole respuestas eficaces a la diversidad de extremos que desde la formalización hasta la ejecución del contrato deben ostentar ambas partes.

Cabría preguntarse, llegados a este punto, cómo podría verificarse cuándo estamos ante la insuficiencia en la información, esto es cuando una de las partes intervinientes no conoce o entiende en todo o en parte el contenido del contrato por el que se va a obligar, teniéndose en cuenta que a priori se obligaría sin género de dudas del objeto principal del contrato pero no así de las cláusulas y pactos que realmente integran el mismo. En cualquier caso la normativa que regula y protege la situación del consumidor en estos contratos en masa supondrá un doble[90]filtro en este tipo de contratos.

---

[90]Texto refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios. (TRLGDCU)

El hecho de que las normativa que regula los contratos sea de carácter dispositivo y quepueda existir una posible predisposición del contenido contractual por una de las partes, supone, sin duda, que estemos ante supuestos perjudiciales con resultados injustos para el adherente.

Es cierto que, en estos casos, nos cuestionamos si efectivamente existe tal libertad para contratar o la misma se encuentra sesgada por la protección al consumidor respecto a los contratos en masa. La autonomía de la voluntad de las partes en el momento de la contratación perdería su significado de fondo por cuanto cabría la posibilidad de no permitir el desarrollo normal de quien decide contratar en unos determinados supuestos de hecho y condiciones.

Sin embargo existen supuestos de hechos, obviamente no de contratos de adhesión, en los que el contrato y haciendo uso de la libertad de contratación de las partes intervinientes incluyen disposiciones legales que sin ser contrarias a la ley o nazcan de una redacción expresamente prohibida, pueda existir dudas, jurisprudencialmente hablando, a propósito de la admisibilidad o no de la misma.

En este sentido.existen sentencias que sobre un supuesto de hecho concreto declaran la nulidad de todo el contrato hay otras sentencias que declaran la nulidad respecto de la cláusula concreta y otras sin embargo admiten la validez del pacto entre las partes[91].

En el caso de los consumidores y usuarios, teniendo en cuenta la intervención estatal en la creación de normas de carácter imperativo para una mejor y mayor protección del consumidor frente al profesional, y de conformidad con el mandato conferido para ello por la propia Constitución Española[92], se realiza a través del Texto refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuariosdeuna protección jurídica expresa.

De esta manera, y más concretamente en el artículo 82 del citado Texto Refundido, se establece que "en aquellos contratos

[91] Con base en esta misma interpretación, las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1981 y de 4 de abril de 1994. En ambas se establece que la infracción administrativa no implica ni la nulidad del contrato ni la del pacto, poniéndose en marcha únicamente los mecanismos establecidos por la propia ley.

[92] El artículo 51 encomienda a los poderes públicos la defensa de los consumidores y usuarios mediante procedimientos eficaces, la seguridad la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

firmados entre consumidores y profesionales serán consideradas nulas, por abusivas aquellas estipulaciones que no hubieran sido negociadas individualmente, así como aquellas practicas que no fueran consentidas de forma expresa por las partes o fueran contrarias a las exigencias de la buena fe en perjuicio del consumidor y usuario provocándole un desequilibrio respecto a los derechos y obligaciones que se deriven del contrato".

La limitación que desprende el artículo anteriormente mencionado es evidentemente atribuible al profesional-predisponente, por cuanto no permite la inclusión de ninguna estipulación no negociada e incluso restringe la libertad de las partes en el negocio con independencia de la aceptación por parte del consumidor.

Con independencia de que exista abundante jurisprudencia respecto al control de transparencia, la cual será analizada al detalle en otros epígrafes de este trabajo, La Sentencia del Tribunal Supremo de 464/2014 de 16 de julio, declara abusiva la cláusula suelo de un contrato de préstamo hipotecario al no superar el control de transparencia como consecuencia de la falta de

acreditación de que la misma haya sido percibida de manera adecuada por parte del prestataria.

En idéntico sentido existen muchísimas sentencias tanto de Juzgados de Instancia, como de Juzgados Mercantiles y Audiencias Provinciales que resuelven en esta misma línea a propósito de la transparencia en la negociación de la cláusula suelo en el contrato de préstamo hipotecario. Así, la sentencia del Juzgado de Instancia Nº7 de Gijón, 592/2015 de 16 de julio, y por la que, además dedeclarar la cláusula suelo como abusiva por falta de transparencia tiene como efectos, "respecto a la irretroactividad de sus efectos, la restitución de lo recibido e por uno y otro contratante, con los intereses legales correspondientes, dejando sin eficacia jurídica todo aquello que se realizó desde la, fecha de la sentencia del Tribunal Supremo a este respecto el 09 de mayo de 2013".

A la vista de lo anteriormente expuesto habría que demostrar que efectivamente cualquier cláusula impuesta ha sido negociada con el consumidor obteniendo este último contrapartidas apreciables a la inserción de la cláusula beneficiosa para el predisponente con el único fin de que la misma no fuera declarada nula atendiendo al principio de la libertad contractual regulado por el

Código Civil previa aceptación por ambas partes de lo establecido en la estipulación inmersa.

Se determina por tanto, falta de reciprocidad en el contrato al imponer por parte del predisponente al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o imponerle indebidamente la carga de la prueba al resultar desproporcionadas respecto al perfeccionamiento del contrato. Es precisamente este extremo el que se pretende proteger con la legislación especial en materia de consumidores y usuarios.

No obstante lo anterior, la aplicación de la citada normativa como límite a la libertad contractual respecto al profesional, tiene limitado su ámbito subjetivo, por cuanto se distingue claramente entre la persona física[93] y la persona jurídica. Por tanto y con independencia de que el consumidor pueda ser persona física y persona jurídica establece un elemento diferenciador que actúe en el ámbito ajeno al de su actividad empresarial o profesional para

---

[93]Texto refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios delimita la noción de consumidor distinguiéndola expresamente del empresario, en su artículo 3 estableciendo la diferencia entre ambos, fundamentalmente, en el ejercicio de su actividad.

encontrarnos ante un consumidor. Esto delimita aun más la protección de la que a priori y siguiendo el tenor literal de la citada normativa ha pretendido introducir el Legislador. Es decir, nos encontramos ante un profesional, siendo la citada normativa de aplicación, única y exclusivamente, al que tenga un propósito ajeno a su actividad comercial o bien siendo una persona jurídica actúe en un ámbito ajeno al comercial y sin ánimo de lucro.

En esta línea, y respecto al negocio bancario se entiende por consumidor, y es de sobra destacado por cuanto se protege expresamente[94], aquella persona física que constituye un préstamo con garantía hipotecaria sobre una vivienda[95] por tanto, es evidente que se excluye de la citada protección a quienes pudiendo ser titulares de préstamos hipotecarios ejercen una actividad comercial, empresarial respecto del inmueble que se utiliza en garantía de la misma como podría ser un promotor o constructor.

---

[94]Por su parte, la Orden de 5 de mayo de 1994, de Transparencia en las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, así lo expresa y asume.

[95] En este sentido, se entiende que es para consumo propio del prestatario o bien para disfrute personal o familiar.

Sin embargo, y al margen de lo anteriormente expuesto cabría preguntarse si, efectivamente, el consumidor se encuentra siempre que negocia frente a una entidad financiera, ante un contrato de adhesión limitándose por ende la posible interactuación propia de la negociación en el ejercicio de la autonomía de la voluntad. Esto es así en tanto que, y contra todo pronóstico, los contratos bancarios también se negocian, o lo que es lo mismo, con independencia de que existan ciertas formalidades respecto a la redacción y desarrollo de algunos contratos, como puede ser el contrato de préstamo hipotecario, no es menos cierto que la entidad financiera negociará con el prestatario las condiciones financieras que le serán de aplicación al mismo.

Aunque la mayoría de la doctrina entiende, en estos casos, que nos encontramos ante un contrato de adhesión de libro, y que si bien,en ningún caso, podemos hablar de ese consentimiento verdadero tal y como se pretendió regular en el Código civil, se deberá analizar al amparo de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

En la misma línea, y como apoyo a la decisión del consumidores encuentra la oferta que se genera como

consecuencia de la citada negociación, y como se desarrollará más adelante, también vincula a la entidad financiera respecto del negocio efectuado, es el prestatario el único responsable de decidir en ejercicio de su libertad para contratar y a la vista de las condiciones negociadas.

CAPÍTULO TERCERO

EL DEBER DE INFORMACIÓN COMO DERECHO BASE DE LA RELACIÓN BANCARIA

1. Introducción

Cuando hacemos referencia al deber de información, es obvio que nos referimos al profesional que negocia con un consumidor o usuario y en el seno de un contrato de adhesión.

Por su parte, autores como Alfaro, defienden que "las condiciones generales nacen en el seno de las contrataciones empresariales"[96].

Es dable, por ende, afirmar que la obligación que ostenta el profesional beneficia al consumidor por cuanto conocerá expresamente el contenido del negocio de cuya formalización está interesado. Ahora bien, tiene realmente el consumidor un derecho de información real, es decir, ¿basta con la información que por ley se exige para encontrarnos ante el cumplimiento del citado deber de información?, ¿o será también responsabilidad del consumidor ejercer ese derecho a ser informado por parte del profesional?.

Qué duda cabe que el origen legal de los deberes de información, como consecuencia del cumplimiento de una norma imperativa, ahorra y mucho el hecho de que tenga que ser demostrada. Esto es así por cuanto siempre corresponderá al profesional/empresario, que es a quien vincula sin darle más opción para ello, demostrar que, efectivamente se han dado todos los presupuestos legalmente exigibles para cumplir con el deber de información pretendido[97].

---

[96] ALFARO AGUILA-REAL, J.; *Las condiciones generales,* Civitas, Madrid, 1991, p. 28

Es evidente que el contenido de la información que el profesional tendrá que facilitar al consumidor deberá estar debidamente explicado, esto es, deberá cumplir con el mínimo legalmente exigido para que se produzca el cumplimiento del citado deber de información. Ahora bien, en tanto que la carga probatoria que permitirá demostrar que efectivamente la información facilitada al consumidor es suficiente recae sobre el empresario/profesional cabría preguntarse qué se debe entender por suficiente.

Una vez más, el legislador deja inconcluso el término, desconociendo si lo hace entendiendo que, tal y como está, el mismo acotado acertadamente no generará dudas, o con el fin de poder ajustar el mismo a las necesidades que se vayan generando como consecuencia de la citada negociación. Tendremos, por tanto, que analizar en primer lugar qué y cuanta información es suficiente para dar cumplimiento a este deber de información y que vienen a solventar las lagunas existentes en el Derecho Común a este respecto y a propósito de la exigibilidad de los mismos.

---

[97] LLOBET I AGUADO, J.; *El deber de información de los contratos*, Plaza, Madrid 1996, p.33.

En este sentido, hay que precisar que existente contratos cuya complejidad requiere de un mayor conocimiento antes de la contratación. De forma que el deber de información a cumplimentar en caso de la compra de un inmueble por parte de una constructora, no supondrá su estudio pormenorizado del riesgo de la misma, al margen de la inversión para la realización, toda vez que se presupone que el nivel de complejidad del negocio no es excesivamente alto.

Como información precontractual en caso de compra, el vendedor deberá poner a disposición del consumidor los documentos relativos al inmueble, entre los que podría encontrarse; el precio, la ubicación del inmueble, la inscripción del mismo, los datos del arquitecto, descripción pormenorizada dela finca, la inscripción en el Registro de la Propiedad, los materiales utilizados para la misma, instrucciones para su uso y conservación, el precio, en definitiva, extremos que deberán estar a disposición del comprador teniendo a disposición de la futura clientela otra documentación e información disponible que a priori no presenta mayor complicación que la propia de la tenencia de la misma.

Nada que ver con los contratos bancarios en donde por la complejidad, como ya analizaremos, de ciertos productos o servicios, sí se analiza al detalle cualquier información precontractual que pretenda emitirse al consumidor en cumplimiento del deber de información.

Así se recoge expresamente en sentencias como la de la Audiencia Provincial de Asturias donde en su Sentencia número 354/2012 de 3 de octubre, se puede verificar respecto a un contrato bancario, como "se realiza un estudio del análisis y contenido de producto bancario por su complejidad. La entidad está obligada por el deber de información de aportarla en la fase precontractual al cliente con el fin de que el mismo conozca los riesgos del citado producto. En el mismo se declara el error sobre la esencia del contrato entendiéndose que el contenido del mismo tiene una entidad suficiente como para invalidar el consentimiento.

La citada permuta financiera había sido solicitada como consecuencia de la formalización de un préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda, con el fin de cubrir el riesgo del alza de los tipos de interés. Se prueba en este caso, que la entidad financiera omitió el deber de informar detalladamente al cliente

sobre el contenido del producto financiero, sus consecuencias y posibles riesgos".

1.1. La contratación en masa

Por todo lo anteriormente expuesto, el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, consagrada en el artículo 1255 Código civil, que es donde se fundamenta, la regulación general del derecho de contratos, presenta ciertas debilidades. Siendo éstala del fenómeno de la contratación en masa, o lo que es lo mismo, contratos estándares elaborados por las propias empresas con el fin de imponerlo masivamente a su clientela sin posibilidad alguna de negociación.

La mayor parte de estos contratos se desarrollan a través de una serie de condiciones que preestablecidas o predispuestas por una sola de las partes interviniente no permiten que medie la voluntad de la otra parte o lo que es lo mismo que se negocien los extremos y alcance de la mismas.

Estos suponenuna amenaza que respecto a los principios que hasta ahora habíamos analizados como presupuestos básicos, tales

como el principio "pacta suntservanda", el cual como ya hemos podido analizar, previamente, está consagrado en la libertad de los contratantes para obligarse con conocimiento y plena autonomía para decidir. Así aparece regulado en el artículo 1091 Código civil facultándose al amparo del citado principio que "lo que dice el contrato es lo justo".

En los contratos en masa, sin embargo, la voluntad de una de las partes intervinientes se encuentra mermada hasta el punto que constituye, a priori, un desequilibrio entre las partes, para lo cual nacen Leyes como la de protección al consumidor y usuario así como la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

1.2. Cumplimiento del deber de información por el profesional

Por tanto, en general, y de conformidad con lo anteriormente expuesto cabría preguntarse cómo saber si efectivamente se ha producido o no el cumplimiento a este deber de información.

Respecto a cuáles son los requisitos contemplados en la normativa aplicable a propósito de este deber de información, se afirma que, generalmente, y siempre que se hace referencia a requisitos a tener en cuenta tendemos a pensar que los mismos están debidamente tasados y que el cumplimiento exhaustivo de los mismos llevará al cumplimiento por parte del profesional en el momento en el que se está negociando un contrato. Pero este deber de información, no solo consiste en asegurar la decisión de quien contrata al amparo de la buena fe.

Como muchas, en este sentido, se destaca la claridad respecto a lo anteriormente expuesto, en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Burgos (sección 3) 201/2015, en la que se resuelve respecto al vicio del consentimiento por parte de una empresa de telefonía por incumplimiento en el deber de información al usuario sobre las tarifas de roaming y los riesgos de las garantías de los servicios itinerantes de datos. En este caso, la decisión del consumidor hubiera cambiado de haber sido bien informado, no haciendo uso de los datos, o en su caso, habiendo realizado un consumo proporcionado y moderado. Es por tanto, más que evidente que sin la información *suficiente* el consumidor perjudica

sus intereses en beneficio exclusivo del predisponente o profesional.

En el caso de la Ley de Consumidores y Usuarios se establece expresamente en su artículo 60 la información que deberá facilitarse previamente al consumidor, de esta manera, se gesta una decisión más acertada y desde un plano de cierta igualdad entre las partes. Así se desprende del contenido del propio artículo cuando defiende que "antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas".

Con independencia de que se dé cumplimento expreso al resto de los requisitos que aparecen enumerados en el apartado segundo del artículo 60, de los cuales no se recogerá el tenor literal para evitar reproducciones innecesarias; (características del bien, precio total incluido impuestos y tasas, formas de pago, duración del contrato, la existencia del derecho de desistimiento, etc.), y a la vista del contenido del apartado primero de este articulo,

observamos nuevamente como la buena fe debe hacerse cargo de dotar del máximo rigor posible el cumplimiento de términos tan ambiguos como el de la "comprensibilidad"[98]de la citada información.

Respecto a cuándo podemos hablar de información *suficiente,*sopesando, por tanto, el mínimo exigido para que el consumidor o usuario se encuentre bien informado, habrá que estar en su caso a la normativa concreta que regula el determinado contrato, con independencia de la indeterminación del concepto en sí mismo considerado.

En este sentido y tal y como se indicó en el apartado anterior se observa una carga excesiva en el empresario-profesional por cuanto la información que deba facilitar sea, además de *comprensible, suficiente* para cualquier consumidor. Todo ello, sin tener en cuenta, el conocimiento real que por razón de su formación, por ejemplo, pudiera ostentar el mismo exonerando

---

[98] La RAE define comprensible como aquello que se puede comprender, esto es, entender. En otras acepciones percibir y tener una idea clara de lo que se dice, se hace o sucede o descubrir el sentido profundo de algo.

absolutamente de responsabilidad al consumidor respecto a una posible auto información o asesoramiento.

Y es que, no es sencillo verificar que el contenido de esa información abarca la totalidad de los extremos negociados y que el consumidor conoce el impacto que sobre su patrimonio podría resultar en el supuesto del negocio bancario, el citado contrato pueda producir, teniendo en cuenta la libertar que el mismo tiene para obligarse. Hasta el punto que en ocasiones es el propio legislador el que desamparaal consumidor haciéndolo responsable de la obligación que adquiere y/o pretende en aquellos supuestos en los que el patrimonio del consumidor no se ve afectado o en su caso irrisoriamente.

En este sentido el Alto Tribunal, en su Sentencia 718/2014 de 18 de diciembre resuelve,respecto a un contrato bancario por el que se solicitaba; la nulidad por error en el consentimiento o, en su caso, la resolución por incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de información. Así, se declara la improcedencia toda vez que se trata de un inversor profesional con experiencia y asesoramiento financiero. Se había realizado una inversión de 12.000.000 de euros por parte del consumidor con

pleno conocimiento del producto contratado y de sus características. Se produce además el desconocimiento por el banco de las circunstancias conducentes a la declaración de insolvencia del emisor. Se demuestra que la entidad financiera ha facilitado información suficiente, correcta y adecuada al perfil del inversor.

Pero esto no siempre es así. No siempre puede demostrarse que el adherente tiene conocimiento suficientecomo para obligarse, amparándose en el deber de información del predisponente para alegar como fundamento del incumplimiento contractual la desinformación sobre elementos esenciales situando al consumidor en una evidente desventaja por la asimetría en la información sobre el contrato.

No obstante lo anterior, es evidente que para formarse una visión acertada sobre el negocio que se pretende formalizar es necesario, previamente, que la voluntad de las partes intervinientes no se encuentre desvirtuada, o lo que es lo mismo que se cuente con la información suficiente para que no se vicie la voluntad. Y es aquí donde encontramos que el problema de la desinformación o la

información insuficiente, puede poner en marcha el vicio de la voluntad en el momento de tomar una decisión.

El Código civil hace referencia al vicio del consentimiento en sus artículos 1265 y siguientes señalándose expresamente como tales el error, la violencia, la intimidación y el dolo. Sin embargo se regula este mecanismo, en beneficio del contratante, por el que se declara la invalidez del contrato (anulación) como consecuencia de la merma de la libertad de decisión al darse cualquiera de estos requisitos. Por tanto, la omisión de la información o distorsión de la misma para contratar perjudicaría al cliente.

No entraremos, sin embargo, a analizar estos supuestos concretos en tanto que la falta de información o la inexactitud de la misma no suponen, en absoluto, la omisión de información necesaria para celebrar el contrato. Es decir, que el empresario-profesional facilite la información suficiente podría encontrarse dentro de los límites de las presiones negociales lícitas cumpliendo con el mínimo legalmente requerido. Esto no supone en absoluto ir *contra legem* por cuanto la desigualdad en la posición material del contrato se encuentra reglada, recibiendo el consumidor protección a través de normas imperativas.

No obstante y de conformidad con lo previsto en el artículo 1288 del Código civil "La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad", por lo que el profesional tratará de todas las maneras posible facilitar la información suficiente al consumidor de forma que pueda defenderse en caso de que sea declarada nula y por ende por no puesta cualquiera de las cláusulas a las que se hace referencia en su contrato.

La misma regla "*interpretatio contra proferente*" también aparece expresamente detallada en el artículo 6.2 de la Ley de condiciones generales de la contratación[99] donde expresamente se recoge "Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente. En los contratos con consumidores esta norma de interpretación sólo será aplicable cuando se ejerciten acciones individuales".

---

[99] Este artículo fue modificado, por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que en la actualidad ha sido modificada por la Ley 10/2014 de 26 de junio de Ordenación Supervisión y Solvencia de las entidades de Crédito, BOE 27/6/2014.

Lo que se pretende claramente es que con los niveles de información obtenidos por el consumidor pueda hacerse un juicio razonable respecto del contrato que pretende formalizar de manera que frente a otros oferentes sepa distinguir y decidir en su propio beneficio. Ahora bien, y como ya se ha apuntado anteriormente el legislador continua dejando imprecisos algunos términos que impiden al profesional-empresario defenderse frente a una posible nulidad total o parcial del contrato celebrado.

1.3. Ventajas del profesional respecto a las condiciones generales de la contratación

Las condiciones generales de la contratación hacen referencia al conjunto de disposiciones que resultan exigibles por una de las partes contratantes, con la diferencia de no poder ser negociadas. Por tanto, se puede entender la existencia de elementos que caracterizan a este modelo de condiciones, que no son otros que la unilateralidad, la predisposición y la imposición.

Precisamente por ello, no resulta extraño que quede discutida su validez jurídica, ya que choca directamente con el principio de

seguridad jurídica que deben asistir a todos los sujetos que intervienen en una relación jurídica.Con independencia de que sean considerados contratos realizados con autonomía y libertad personal de una de las partes contratantes, no cabe duda que esa pretendida validez y eficacia queden cuestionadas.

Para García Amigo, "las condiciones generales del contrato no pueden entrar a formar parte reguladora de la relación contractual en virtud de la ley ni de la costumbre ni de los principios generales del derecho, en conclusión, no pueden regular el contrato en virtud de ninguna de las fuerzas objetivas, proceden de las fuerzas subjetivas que intervienen en la determinación de la norma jurídica aplicable al contrato concreto, y los ordenamientos reconocen como única vía normativa de las relaciones contractuales el principio de la autonomía de la voluntad, defiende la tesis contractualistas en toda su pureza y con todas sus consecuencias en cuanto que las condiciones generales son cláusulas estipuladas privadamente en virtud del ejercicio de ese principio"[100].

---

[100] GARCÍA AMIGO, M.M.; "Sobre la Naturaleza Jurídica de las condiciones generales de los contratos", en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1965, pp. 722-723.

Son diferentes concepciones que se han formulado con referencia a las cláusulas generales de contratación. En la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación española, reconoce en su artículo 1 que "son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de la mismas, en su apariencia externa, de su extensión y de cualquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos".

En este sentido, existe una serie de requisitos que lo hacen atractivo para el profesional, lo que supone que el mismo se encuentre en auge en la negociación empresarial. Así, nos encontramos reducción de costes, en tanto que en la realización de los contratos en masa se produce una considerable reducción de costes, ya que resulta funcional sin entrar en disquisiciones jurídicas. Se trata por tanto de uniformidad en la redacción para una pluralidad de relaciones.

Por otra parte, el hecho de que una pluralidad de negocios pueda realizarse con celeridad es otra de las virtudes de este tipo

de contratos. Se trata de contratos cuya formalización es prácticamente puesto que las cláusulas se encuentran debidamente plasmadas y predispuestas sin que en ningún caso se deba discutir respecto a los términos de las mismas o por el contrario a la pertinencia o no de estas.

Además, el profesional,queconoce el contenido del contrato, y tiene conocimiento del mismo habiéndolo analizado previamente, sabe además, que no ha lugar a los típicos problemas que devienen de la negociación como consecuencia de la predisposición de las citadas cláusulas. De tal forma, que ya es conocedordel éxito que la inclusión de las mismas conllevaría asegurándose incluso la posibilidad de evitar pleitos

Podríamos decir, por tanto, que se trata de una serie de condiciones impuestas por el profesional a partir de la cual se gestarán los derechos y obligaciones que regulan una determinada prestación para una infinidad de relaciones jurídicas. Pensemos, por ejemplo, en el contrato de cuenta a la vista de una entidad bancaria. El mismo es firmado, en ocasiones, de manera automática, sin que nadie repare en el contenido del mismo.

En estos supuestos, sin embargo, no podemos afirmar que todo el contrato contenga condiciones predispuestas o preestablecidas toda vez que existen condiciones particulares que se encuentran debidamente negociadas, así, según el ejemplo anteriormente expuesto, podemos verlo en las comisiones por mantenimiento de la cuenta, las cuales suelen ser negociadas.

La doctrina con respecto a la contratación en masa ha sido muy sensata en relación a la forma de contratar, entendiendo que una de las consecuencias principales que acarrea esta forma de contratación tiene como consecuencia la limitación de la autonomía de la voluntad. Por ello, no debe resulta extraño la creación de un conjunto de medidas de prevención y control que puede realizarse con anterioridad o posterioridad a la realización del contrato. Todo ello, qué duda cabe que tiene como objetivo claro garantizar la libre voluntad del sujeto[101].

---

[101] O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.; "Control y requisitos de las condiciones generales de los contratos, en protección de los consumidores", en AAVV, NIETO CAROL, U. (coord.); *Seguridad jurídica y contratación mercantil*, Madrid, 1994, p. 210.

Así se pronuncia Achirica cuando defiende que "las cláusulas generales constituyen una institución autónoma dentro del Derecho de obligaciones con su propia dinámica y régimen jurídico. El campo propio de las mismas puede referirse tanto a las relaciones entre empresarios y consumidores como a las que se establezcan solamente entre empresarios o profesionales"[102].

Autores como Cabello entiende que, el sistema de control reconocido en nuestra legislación permite distinguir, tres tipos de relaciones y "a) Relaciones entre consumidores, sujetas a las normas generales del Código civil. b) Relaciones entre profesionales, sujetas a las normas generales del Código de comercio y Código civil, y a la Ley de condiciones generales de la contratación cuando en estas relaciones se utilicen condiciones generales14. c) Relaciones entre profesionales y consumidores, donde a su vez puede subdistinguirse: a) con cláusulas negociadas individualmente: se aplicarán las normas generales de la

[102] LETE ACHIRICA, J.; "Condiciones generales, cláusulas abusivas y otras nociones que conviene distinguir", en *Actualidad civil*, número 17, Madrid, 2000, p. 638.

contratación. b) con cláusulas predispuestas e impuestas, pero circunscritas a un solo contrato"[103]

2. Condición General de la Contratación versus Cláusula Abusiva

No obstante lo anterior, y tal y como se regula en el apartado segundo del artículo 1 de la Ley de condiciones general de la contratación, el hecho de que en este tipo de contratos podamos demostrar que condiciones particulares, como la de la comisión de mantenimiento en el contrato de cuenta a la vista, ha sido debidamente negociada, o lo que es lo mismo no predispuesta, no supondrá que el resto del clausulado quede al amparo del mismo si en términos generales se deduce que efectivamente se trata de un contrato de adhesión.

---

[103] LACRUZ BERDEJO, J.L., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J. y RIVERO HERNANDEZ, F.; "Elementos de Derecho Civil", en *Derecho de obligaciones, Teoría general del contrato*, volumen segundo, Bosch, Barcelona, 1987, pp. 17-18.

O lo que es lo mismo, podemos encontrarnos ante un contrato donde aun existiendo extremos que se negocien se deduce de la generalidad de su generalidad que los mismos soncontratos de adhesión.

La Ley de condiciones generales de la contratación también distingue cuando estamos ante una cláusula abusiva diferenciándola de las condiciones generales de la contratación por cuanto en las primeras no media la buena fe. Últimamente parece entenderse que el hecho de que en un contrato existan condiciones generales de la contratación ya por esto debe ser abusivo, y en absoluto.

Para ello, iremos en primer lugar al propio preámbulo de la Ley de condiciones generales de la contratación, en donde se regula que nos encontramos ante una condición general "cuando la misma es predispuesta es incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva".

Por otra parte se refiere a la cláusula abusiva "cuando estamos frente a aquella que, en contra de las exigencias de la

buena fe, causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no carácter de condición general en tanto que la misma puede darse en contratos particulares".

Por tanto, el factor definitorio y que distingue la condición general de la contratación de un contrato de adhesión es la pluralidad de relaciones para las que ha sido creado el clausulado del contrato por parte del profesional.

Si las condiciones generales de contratación son el resultado de la imposición por parte del profesional y el contenido de las mismas no son conocidas por el adherente que no ha podido, por tanto, tomar una decisión pudiendo elegir entre diferentes ofertas de mercado, se está conculcando el principio fundamental de la Teoría General de Contratos y en este caso no se puede mantener que el contrato es justo porque así lo han querido ambas partes (pacta suntservanda).

2.1. Protección al Consumidor frente a las Condiciones Generales de Contratación

La necesidad de establecer mecanismos judiciales de control del contenido de los contratos en los que la libertad de los contratantes se veía menoscabada con la inclusión de contenidos abusivos para alguna de las partes, fue abriéndose camino en diversos países europeos en los años setenta[104].

Esta es la razón por la que se protege al consumidor en contratos celebrados ante el profesional. Pero la citada protección viene dada desde la propia Constitución española por cuanto se establece expresamente el mandato a los poderes públicos para que se garantice la defensa de los consumidores y usuarios, "protegiendo mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses delos mismos". Es entonces cuando nacen las diferentes normas que protegen al consumidor frente al empresario en este tipo de contratos.

---

[104] ALFARO AGUILA-REAL, J.; "Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales", en *Anuario Jurídico*, número 4, La Rioja, 1998, p. 53.

En este sentido, Castro y Bravo señala al respeto de los diferentes controles de las posibles cláusulas abusivas "Me parece que nuestra legislación contiene medios adecuados para obligar al contratante que no cumple, aunque se ampare en la firma de una cláusula de exoneración"[105].

La imposición y predisposición de las cláusulas son factores propios de los contratos de masa. Hablar por tanto, de la imposición de una cláusula opera de manera contundente respecto al consentimiento por parte del adherente, ya que en ningún caso, el mismo tendría la opción de elegir entre las diferentes ofertas que pudiera ofrecerle el mercado antes de la formalización del contrato. Sin embargo, que las condiciones se encuentren impuestas no tiene por qué suponer la ausencia del consentimiento como tal por parte del consumidor/adherente.

Por otra parte, y que la condición general de la contratación sea predispuesta es requisito inherente a la misma por cuanto el consumidor no conoce de la existencia de ésta hasta el momento

---

[105] CASTRO BRAVO, F.; "Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes", en *Anuario Derecho Civil*, Madrid, 1961, p. 321.

en el que se produce la formalización del contrato, *ergo* en ningún caso pudo ser negociada.

Así, y con independencia de quien haya sido el que redactó la cláusula, sea predisponente o un tercero, la misma tiene que estar dotada de transparencia suficiente para obtener el consentimiento expreso, libre y cabal por parte del consumidor/adherente. No obstante lo anterior, y con independencia de que este extremo será analizado de manera más detalla en la segunda parte de este estudio, el artículo 82.2.delTexto refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios establece de forma expresa que la carga de la prueba respecto a la transparencia dela citada condición corresponde al profesional.

Esta prueba, por parte del profesional respecto al cumplimiento de la transparencia en el deber de información al adherente, constituye una presunción *"iuris tantum"*, siendo necesario el análisis de los requisitos necesarios para que se produzca el cumplimiento de este deber de información.

En otro orden de ideas, resulta destacable los supuestos en los que se celebran contratos de préstamo hipotecarios con

consumidores, es el profesional, en este caso, la entidad financiera, la que tendrá el deber de información al consumidor sobre los extremos del negocio que se está celebrando y además responsable de demostrar que el mismo se ha producido mediante un acuerdo previo por el que el prestatario/consumidor conocía la forma, los términos, y el alcance de las condiciones negociadas.

Por último y con carácter previo a abordar siguientes aspectos del estudio y concluyendo lo relativo al espectro normativo, la transparencia y protección de la clientela, como materia de gran relevancia en la economía en general y la banca en particular no sólo a nivel nacional sino a nivel comunitario, hay que señalar que es una materia en clara expansión regulatoria de forma y manera que en un futuro el panorama legislativo puede verse implementado por las siguientes directivas que se encuentran en fase de transposición y que sin duda significarán, de nuevo, una "vuelta de tuerca" en el reforzamiento y exigencia de transparencia en el deber de información al consumidor y un paso más en la unificación normativa

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, cuyo objetivo es la creación de un mercado único de créditos hipotecarios con un alto nivel de protección del consumidor. Es de aplicación a créditos y préstamos hipotecarios y su plazo de transposición finaliza el 21 de marzo de 2016."La misma establece requisitos de información a clientes, principios básicos y estándares para el desarrollo de los servicios (por ejemplo: normas de conducta, requisitos de capacidad y competencia aplicables al personal), una obligación de evaluar la solvencia del consumidor, el reembolso anticipado, los préstamos en moneda extranjera, principios generales (por ejemplo: sobre educación financiera, tasación de bienes inmuebles, demoras y ejecuciones) y el pasaporte comunitario de los intermediarios de crédito".

3. Desarrollo del deber de información

La información que debe facilitarse al consumidor, viene generalmente reglada por parte del Legislador, y es que el riesgo de que sea declarada la nulidad total o parcial como consecuencia del incumplimiento de un norma imperativa como la que regula el contenido de este deber de información por parte del empresario-

profesional, hace extremar las cautelas en la negociación y posterior formalización del contrato.

Por otra parte y en este sentido, la Circular del Banco de España 8/1990 establece, respecto la información a facilitar por las entidades financieras que las mismas deberán ofrecer a la clientela "las características de la oferta financiera, debiendo contener una descripción suficiente del producto ofertado, que muestre los aspectos más significativos del mismo, y en particular su coste o rendimiento efectivo (TAE) mediante u ejemplo representativo".

El legislador, sin embargo, no hace mención expresa del contenido de estos deberes de información, o lo que es lo mismo, no detalla exhaustivamente cuales son los extremos a tener en cuenta, extremos que pudieran permitir conocer por parte del profesional que se está produciendo el cumplimiento de su obligación sin que se generen los perjuicios propios (jurídicos, y económicos) que le son inherente al incumplimiento del deber de información al cliente.

Así las cosas, y poniendo como ejemplo la escritura de préstamo hipotecario, la forma que se utiliza como el vehículo para

demostrar el efectivo cumplimiento de la citada carga que pesa sobre el profesional es mediante la aportación de documento acreditativo. De esta manera, se cumplen las dos claras "misiones" de este deber de información, por una parte, el cliente ostenta en su poder el documento que acredita la negociación precontractual y donde se detallan los elementos que a juicio del profesional se entienden suficientes para conocer los principales extremos del contrato, la pretensión esencial, y por otra parte el profesional adquiere el documento que le permite valerse en caso de demostrar que ha cumplido diligentemente con el deber de información al prestatario.

A la vista de lo anterior, se ha firma el regreso del retorno del formalismo dotando de rigurosidad el acto precontractual previo a la de la formalización del préstamo hipotecario.

Teniendo en cuenta, por tanto, de que se trata de una carga propia de la intervención en el tráfico mercantil por parte del profesional-empresario, se deduce, que con el fin de no provocar las consecuencias propias del incumplimiento pudiendo, incluso, devenir nulo el contrato firmado incentivará, además, el cumplimiento del mismo.

En realidad, y a la vista de lo anteriormente expuesto, parece que al Legislador, y pese a la protección que existe respecto al consumidor en este tipo de contratos, le basta únicamente con la existencia del documento que acredite que se ha cumplido con el citado formalismo para satisfacer *ex profeso* con el deber de información y exonerar así su responsabilidad. Sin embargo, esto no es del todo cierto, por cuanto la jurisprudencia se ha encargado, y mucho, de comprobar que efectivamente se ha cumplido el fondo real del deber de información, cual es el conocimiento total por parte del consumidor de los extremos del contrato con el fin de pueda prestar su consentimiento de forma cabal.

3.1. Omisión del deber de información

Si bien el artículo 1256 del Código civil, establece la imposibilidad, de dejar en manos de una de las partes contratantes la validez y el cumplimiento del contrato, no es menos cierto que la ley prevé, contra todo pronóstico, y dentro del marco de protección establecido en favor del consumidor, la posibilidad por parte del

mismo de desistir, unilateralmente y en los casos legalmente previstos, del contrato formalizado.

Y es que, con independencia de los diferentes mecanismos existentes para incentivar y obligaral profesional a cumplir con el deber de información y que opera como herramientade defensa para el consumidor se encuentra el del desistimiento del contrato. Este mecanismo aparece regulado en el Texto refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios, donde se desarrolla expresamente la posibilidad, por parte de los consumidores, de desistir del contrato firmado.

Así, los artículos 68 a 79 del citado Texto refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios el procedimiento que constata que el consumidor disfruta de esta posición privilegiada en el marco dela relación jurídica con el profesional por cuanto podrá valorar, incluso una vez formalizado el contrato, si quiere continuar con el mismo o no ,con *el plus* garantista que le confiere.

Se trata, por tanto, de una nueva oportunidad para el consumidor que puede decidir sin tener que justificar su decisión, en

caso de desinformación, sobrecarga económica, presión en la negociación o cualquier otro efecto que haya podido incidir negativamente en su capacidad para consentir libremente, desistir del contrato.

Es el hecho de no tener que justificar su decisión para desistir del contrato celebrado lo que la diferencia de la resolución por incumplimiento donde este último deberá alegarse y justificarse expresamente.

La propia norma obliga al profesional a informar al consumidor de este derecho estableciéndose pormenorizadamente en la norma la forma de su atribución y el ejercicio por parte del consumidor, así como el plazo para el ejercicio del mismo. No obstante lo anterior, y la norma también prevé la posibilidad de que el consumidor ejercite este derecho aunque el profesional no hubiera informado expresamente al mismo. Así, y en el artículo 105 del Texto refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuariosreconoce este derecho en favor del consumidor, en caso de omisión de información por parte del profesional, del derecho de desistimiento, así establece, expresamente; " Si el empresario no ha facilitado al consumidor y usuario la información sobre el derecho

de desistimiento, tal como se establece en el artículo 97.1.i), el período de desistimiento finalizará doce meses después de la fecha de expiración del período de desistimiento inicial, determinada de conformidad con el artículo 104".

Es así, que podemos afirmar, como el Legislador refuerza la garantía otorgada a favor del consumidor, cuyo ejercicio es absolutamente potestativo por parte del mismo, siempre y cuando se notifique expresamente y con la antelación o el plazo legalmente establecido para ello, sin que el plazo al que se someta impida su ejercicio antes de que comiencen sus cómputos toda vez que desde que se produce la formalización del contrato se ostenta la titularidad del mismo.

Por otra parte, el ejercicio de este derecho conferido al consumidor no le supondrá el tener que indemnizar al empresario profesional por el deterioro o depreciación comercial del bien en cuestión. Obviamente, dentro de los límites normales que suponga la no alteración de las condiciones del producto.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 5ª) número 159/2014 de 29 de septiembre se observa

cómo se produce, por parte de los clientes el vicio en su consentimiento, como consecuencia de las técnicas agresivas y torticeras utilizadas por el empresario para comercializar el producto. Los mismo se vieron obligados a firmar una letra de cambio en blanco por el que se financiaría el precio de la afiliación a servicios vacacionales sin ninguna contraprestación a cambio de tal suscripción y mucho menos de la financiación "aparejada", no existiendo ninguna cláusula que permitiera el desistimiento unilateral por parte del consumidor.

En este sentido, la citada Audiencia Provincial, decide declarar la nulidad de sendos contratos, esto es el de la afiliación a servicios vacacionales, así como el de financiación por parte de la entidad financiera, condenándose incluso a los demandados "a la reintegración de todos los gastos producidos por mor de la formalización de mencionados contratos hasta el momento de Sentencia (o su ejecución), los cuales se concretan en la formalización del contrato de préstamo y de los contratos de seguro (de vida y de consumo suscritos con Caja Madrid), así como las cuotas abonadas por tales conceptos".

En este sentido, y siguiendo el ejemplo jurisprudencial

utilizado anteriormente, observamos como el Artículo 77 del Texto refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarioestablece respecto al desistimiento de un contrato vinculado a financiación al consumidor y usuario, que "cuando se ejercite el derecho de desistimiento en los contratos celebrados entre un empresario y un consumidor y usuario, incluidos los contratos a distancia y los celebrados fuera del establecimiento mercantil del empresario, y el precio a abonar por el consumidor y usuario haya sido total o parcialmente financiado mediante un crédito concedido por el empresario contratante o por parte de un tercero, previo acuerdo de éste con el empresario contratante, el ejercicio del derecho de desistimiento implicará al tiempo la resolución del crédito sin penalización alguna para el consumidor y usuario".

Por otra parte, y si analizamos esta figura, la del desistimiento, respecto a los créditos al consumo, podemos observar cómo, de igual manera, se regula el derecho al desistimiento a favor del prestatario. Así el artículo 10 de la Ley 16/2011 de 24 de junio De contratos de crédito al consumo establece que en el ejercicio del deber de información por parte de la entidad prestataria deberá expedir dentro de la información documento en el que se acrediten una serie de extremos que se reconocen en el mismo, entre el que

se encuentran, obviamente las condiciones esenciales y principales del préstamo, así como de la existencia o ausencia del derecho al desistimiento.

Dentro de la regulación, en el mismo cuerpo legal, del contenido del contrato aparece nuevamente recogido este derecho, del que en caso de haberse negociado la incorporación del mismo ya deberá establecerse otros extremos que informen de manera efectiva sobre el mismo dentro de los que se encuentra el plazo en el que podrá ejercerlo.

Así las cosas, el artículo 28 y siguientes regula el procedimiento para el ejercicio del citado desistimiento por parte del prestatario sin que deba precisar motivo alguno y sin que suponga ningún tipo de penalización, estableciendo el plazo para el ejercicio del mismo de 14 días naturales desde la fecha en la que recibió la información precontractual o bien desde la fecha en la que se formalizó el contrato. Todo ello, obviamente debiendo devolver la cantidad inicialmente prestada así como los intereses que hasta el momento se hubieran generado, y en un plazo máximo de 30 días desde que se notifica al prestamista el ejercicio del citado derecho.

Así las cosas, el consumidor podrá resolver unilateralmente, y en los plazos establecidos al efecto, el contrato por el que hubiera dado su consentimiento sin tener que justificar el por qué, y siempre que el citado requerimiento lo haga por escrito y con la antelación o con los plazos legalmente establecidos al efecto.

Vemos, por tanto, como el legislador ha puesto mecanismos más que suficientes para proteger la situación en la que se encuentra el consumidor frente al profesional en los contratos en los que se presume una desigualdad de información en detrimento de la toma de decisión y por ende del consentimiento a prestar por parte del consumidor en la formalización de un contrato, como por ejemplo, el contrato de préstamo hipotecario.

3.2. La imprecisión de una información suficiente y transparente

Para que no se produzcan los tan indeseados efectos del incumplimiento del deber de información del que hablábamos anteriormente, nulidad total o parcial del contrato o incluso que se produzca un desistimiento por parte del consumidor con lo que ello

pudiera conllevar, pensemos en el supuesto de la firma de un préstamo hipotecario para compra de un inmueble, bastará con atender los requisitos de obligado cumplimiento, legalmente establecidos, para que se satisfaga esta obligación por parte del profesional o en el caso del negocio bancario por la entidad financiera.

No obstante lo anterior, esto no es tan sencillo. Es decir, no existe un elenco expreso para cada contrato de todas las condiciones (suficientes) o requisitos a cumplir y en el que se haga referencia a los extremos a tener en cuenta para que se dé el cumplimiento de la obligación o la satisfacción total del conocimiento (transparencia) que necesita el cliente, de forma que desaparezca esa desigualdad que trata de paliar la normativa que protege al consumidor frente al profesional.

Pero, tal y como nos cuestionamos en epígrafes anteriores, qué debemos entender por suficiente, teniendo en cuenta que el propio legislador no tasa de manera efectiva los extremos a tener en consideración para que el cliente vea satisfecho su desconocimiento sobre un producto concreto. Si con la citada información se trata de equiparar la ya citada asimetría en el

conocimiento sobre el contrato por ambas partes, y del que ya hicimos mención previamente, ¿cuándo se satisface realmente esta obligación?.

En esta misma línea, pensemos en el producto bancario, cualquiera, ¿es realmente responsable el profesional del conocimiento real que tenga o diga tener el consumidor?, ¿basta con que sea demostrable el cumplimiento del deber de información aportando los documentos, que como el caso de los préstamos hipotecarios respecto a la oferta vinculante, se hayan extendido como duplicados a los consumidores?, ¿Tiene el consumidor, con toda la documentación debidamente explicada y detalladaconocimiento real como para asumir una decisión sin que se produzca un error que vicie su consentimiento?.

Entre muchas sentencias, se encuentra la del Tribunal Supremo con número 401/2010 de 1 de julio en la que se analiza el control abstracto de las condiciones generales de contratación una póliza de seguros, analizándose las cláusulas abusivas relativas al objeto principal del contrato provocado por la insuficienciade información y la falta de transparencia que son determinantes para estar frente a un desequilibrio perjudicial para el consumidor. En el

mismo se declara la nulidad absoluta por abusiva con la consiguiente expulsión del sistema de las cláusulas declaradas nulas y de las demás de redacción idéntica aquellas que no eliminen con otras los aspectos abusivos.

Se trata de la existencia de cláusulas incluidas en pólizas de ahorro *con* insuficiencia de la información facilitada al consumidor y falta de identificación del acceso a la información complementaria y gratuita, necesaria para la toma de sus decisiones.

Las cláusulas de la póliza de seguro voluntario de automóviles referidas al pago de primas y modificación de la tarifa por siniestralidad también adolecían de insuficiencia de la información facilitada para que el adherente conociera las condiciones del contrato; cláusula relativa a la cobertura de la defensa jurídica, imposición al asegurado de renuncias que en gran parte vacían de contenido la prestación de la aseguradora; cláusula del seguro de protección jurídica relativa a la modificación de la prima "en base al sistema bonus-malus".

En definitiva, se analiza como la insuficiencia de información respecto a muchas de las cláusulas establecidas en la póliza, así

como la falta de transparencia de otras dieron lugar a la nulidad de las mismas.

Si bien en algunos contratos se puede entender que es necesario, por la complejidad del mismo, dotar de información al consumidor, y el mero hecho de que no exista es prueba irrefutable de la *falta* de información, es decir, de la *omisión* de la misma, no es menos cierto que verificar que ésta es *suficiente* hasta cubrir el conocimiento y alcance real por parte del consumidor es más complicado.

Tal y como veremos a continuación, muchísimo mas pormenorizadamente, la respuesta a estas preguntas son muchísimo más complejas. Esto es así en tanto que, como ocurre con la transparencia bancaria, no es posible aseverar que el profesional haya sido lo suficientemente diligente como para demostrar que nos encontramos ante una desigualdad entre las partes como tal.

El hecho de que el profesional deba ser transparente en su negociación con un consumidor, es una exigencia legal, que como

fuente imperativa merece especial mención y será desarrollada a partir del siguiente epígrafe.

3.3. Información indeterminada

No obstante lo anterior, en ambos casos, es decir, en el caso de otorgar al consumidor una información suficiente y además transparente encontrándose satisfecha cualquier duda que respecto al contrato que pretende formalizar ostente, determina por parte del legislador, y a la vista de su indeterminación, la imposibilidad de acometer, en ningún caso, las expectativas o pretensiones de la otra parte que, ya por normativa, se sitúa en un plano de desigualdad frente al profesional y por ende goza de una especial protección.

Con los dos términos, nos encontramos ante la indeterminación conceptual que con independencia de que en la actualidad parezca estar resuelto y, aclarado el estudio de los conceptos indeterminados en los textos jurídicos, y al margen (qué duda cabe) de la creación de nuevas teorías tendentes a arrojar luz sobre la imprecisión, como en este caso, de ciertos conceptos y la

solución, a priori estéril, para la obtención unívoca de soluciones o de reconsideraciones a las ya preestablecidas, continuamos viendo el uso necesario de los mismos para conseguir de su interpretación la posición más favorable para cualquiera de las partes que pretenda hacer uso de éstas.

Precisamente, y apoyándose en este concepto se permite a las partes, ya no sólo, apoyarse en uno de los extremos más recurrentes y convenientes en la interpretación jurídica, sino que, además, deja la puerta abierta a la resolución en instancias superiores respecto a la aclaración del concepto en cuestión. Se permite, por tanto, de esta manera, que se reconduzca la redefinición del concepto objeto de ser utilizado pertinentemente, determinándolo y acotándolo a la definición más conveniente con el fin de alterar las pretensiones que *ab initio* vendrían aparejadas sin alterar el significado del mismo

Bien podríamos pensar, y en nada nos equivocaríamos, que a la vista de la imprecisión del término cualquier a de las partes podría tratar de hacer valer esta indeterminación o vaguedad

jurídica[106] con el fin de obtener la interpretación que pretende de un argumento ganador. De esta manera, hará uso, a partir de los mismos, de otros problemas con el fin de generar la imprecisión pretendida y conseguir así el logro de satisfacer sus pretensiones.

Desde el mismo momento en el que se insta al profesional a informar al consumidor *suficientemente*, sin que se aclare o acote el término, o el hecho de que esta información se haga de una manera *transparente,* extremo este último que se analizará de manera más detallada, coloca en una situación de indecisión a ambas partes en tanto que el profesional tratara, de conformidad con lo establecido legalmente en aportar la documentación requerida de forma que la misma sea suficiente para prestar su consentimiento, y de una manera clara y concisa, que permita entender al consumidor el producto que está adquiriendo y al consumidor. Pero de igual modo, podría entenderse que el profesional no ha aportado la información necesaria para que quede acreditado el deber de información y/o

---

[106] PRIETO SANCHÍS, L.; *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 94. Por su parte afirma que "hay que reconocer, no obstante, que entre los juristas el origen de esta distinción no obedece tanto al deseo de separar unos conceptos de otros en función de su determinabilidad, cuanto al propósito de excluir o cercenar interpretaciones discrecionales".

que la misma no sea del todo transparente generando el error que induce al consumidor a obligarse entendiéndose viciado su consentimiento.

En una perseverancia, casi injustificada, el legislador (incluyéndose, en un sentido amplio la jurisprudencia[107]) continua realizando enunciados que permiten al receptor de la norma como destinatario final de la misma plantearse cuál es la voluntad real de aquel y hasta qué punto la interpretación que realiza no podría ser posible a la vista de la indeterminación, por supuesto, y qué duda cabe, en defensa de sus únicos intereses.

La situación del receptor del derecho, por tanto, en ocasiones atribuida con cierta vehemencia para salvaguardar sus pretensiones, subsiste al amparo de estas imprecisiones con independencia del número de veces que haya sido interpretado, conocido o enunciado un concepto o factor dentro de un enunciado jurídico.

---

[107]Código civil, en su artículo 1.6 establece que la jurisprudencia completará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho

En estos casos, y como ya se había apuntado en la propia introducción de este trabajo, a la vista de las particularidades de la actividad jurídica y lo esquivo de sus soluciones[108] (al igual que la interpretación de los estados financieros tiene las suyas) será un tercero diferente del Legislador el que decida finalmente si se han acometido, o no, la voluntad real del Legislador.

La Ciencia jurídica o Jurisprudencia[109] está henchida por manías de grandeza. Ninguna otra se vanagloria de resolver todos los casos que se le ponga en suerte. Sin embargo, y más en un asunto como este, cualquiera sabe que el derecho no es ciencia exacta pues sigue teniendo mucho de *ars*[110] y su práctica no es

---

[108] Nuevamente el Código civil de forma expresa hace recaer en Jueces y Tribunales el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecidos

[109] AUSTIN, J.; *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, Ccc, Madrid, 1981. No entraremos en este punto en el proceso de la creación de normas o Teoría de la Legislación, que consideramos un presupuesto dado. En este sentido, también ATIENZA, M.; *Contribución a una teoría de la legislación*, Tecnos, Madrid, 1997.

[110] ULPIANO; *Digesto*, 1, 1 principium, citando a CELSO; " Iusestarsboni et aequi". Así como las obras externas que se realizan por el arte, preexiste en la mente del artista

ecluidiana, estando minada de decisiones arriesgadas y el peligro de errar en cada una de estas decisiones tras cada cuestión jurídica opinable.

Y teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que es en la variedad de las opiniones y de las interpretaciones jurídicas donde reside la incertidumbre en la toma de decisiones cuyo único soporte no sólo se encuentra en la norma sino en el conocimiento racional que sobre el asunto objeto de resolución se debe ostentar en el ejercicio de la citada actividad jurídica.

Sin embargo, esta situación no parece novedosa por cuanto constituye el día a día de la práctica jurídica, y en el que se produce el eterno debate a propósito de situarse o no en un equilibrio mínimo frente a un caso difícil atendiendo a lo anteriormente expuesto.

---

cierta idea de la regla del arte, así también la razón determina lo justo de un acto conforme a una idea preexistente en el entendimiento como cierta regla de prudencia. Por su parte, también puede verse esta misma idea en SANTO TOMÁS; Summa Teologiae, quest., 1, ad 2. Por una convención de origen francés, en los sistemas romanos-germánicos se distingue entre Derecho (con mayúsculas) en su acepción objetiva (norma agendi); y derecho (con minúscula) en su acepción subjetiva (facultas agendi). Esta distinción no es precisa en la lengua inglesa (law, right).

A la firma de un contrato de préstamo hipotecario, observamos que es el profesional el que, tras la negociación, plasma en documento vinculante para ambas partes los extremos que entiende, de conformidad con la ORDEN EHA 2899/2011, que son suficientes para que pueda el consumidor tomar una decisión en el libre ejercicio de la autonomía de su voluntad. Por otra parte, la información facilitada deberá ser transparente, término del todo impreciso y cuya evolución y redefinición jurisprudencial ha dado un vuelco a la contratación bancaria.

De esta manera se tendrá que acudir al criterio de razón práctica o a una concepción interpretativa del Derecho, debida a la insuficiencia de la lógica estricta o deductiva, pues decidir no es simplemente deducir. Decidir es resolver. Según la Real Academia de la Lengua, decidir es cortar la dificultad, formar juicio definitivo sobre algo dudoso o contestable. Sin embargo la deducción no es más que el método por el que se procede lógicamente de lo universal a lo particular.

4. La protección del cliente como sujeto vulnerable de la relación bancaria. Regulación del deber de Información

4.1. Planteamiento

Resulta del todo destacable como la Orden Ministerial tiene, como objetivo claro, avalar un apropiado nivel de protección de los clientes de entidades de crédito. Para ello, se instauran medidas de transparencia en la contratación de los servicios financieros bancarios. Ahora bien, resulta del todo interesante como la normativa sigue haciendo referencia a la persona como cliente bancario y no como un consumidor, por lo tanto, no es un despropósito como existen autores que entienden que el consumidor sigue manteniendo una postura vulnerable.

En materia de comisiones percibidas por servicios prestados por las entidades de crédito la Orden fija el régimen que a continuación se detalla:

"Rige el sistema de libertad de pacto entre dichas entidades y los clientes. No se prevé la obligación de los bancos de registrar previamente sus comisiones en el Banco de España, como sí

preveía la Norma quinta de la Orden de 12 de diciembre de 1989. Sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos.

Las entidades de crédito deberán poner a disposición de los clientes, debidamente actualizadas, las comisiones habitualmente percibidas por los servicios que prestan con mayor frecuencia, así como los gastos repercutidos en dichos servicios, todo ello en un formato unificado, conforme a los términos específicos que determinará el Banco de España.

Esta información incluirá, en todo caso, de manera sencilla y que facilite la comparación entre entidades, los conceptos que devengan comisión, la periodicidad con que se aplican y el importe de las mismas de manera desagregada por periodo en que se apliquen.

Esta información estará disponible en todos los establecimientos comerciales de las entidades de crédito, en sus páginas electrónicas y en la página electrónica del Banco de

España, y deberá estar a disposición de los clientes, en cualquier momento y gratuitamente. Inmediatamente antes de que un servicio bancario vaya a ser prestado a un cliente a través de un medio de comunicación a distancia o de un cajero automático o de un dispositivo similar, se deberá indicar, mediante un mensaje claro, perfectamente perceptible y gratuito, la comisión aplicable por cualquier concepto y los gastos a repercutir. Una vez proporcionada dicha información, se ofrecerá al cliente, de forma igualmente gratuita, la posibilidad de desistir de la operación solicitada.

Cuando el servicio bancario se preste a través de un cajero automático o de un dispositivo similar y la entidad emisora del medio de pago sea diferente de la titular de aquel, se podrá sustituir la información señalada por el valor máximo de la comisión y demás gastos adicionales a que pueda quedar sujeta la operación solicitada.

En este supuesto, deberá informarse de que el importe finalmente cargado podrá ser inferior, dependiendo, en su caso, de las condiciones estipuladas en el contrato celebrado entre el cliente y la entidad emisora del medio de pago. En servicios bancarios prestados a través de un medio de comunicación a distancia o de

un cajero automático o de un dispositivo similar, en lugar visible, figurará un número de teléfono para incidencias, al que se podrá acudir en el caso de que se produzcan problemas en la prestación de los servicios. Elimina el control posterior que, en teoría, el Banco de España podía ejercer sobre las comisiones.

Cualquier referencia que pretendamos hacer a la normativa que es de aplicación en materia de transparencia en las operaciones bancarias, destacará por lo prolija y diseminada. Sin embargo, ha sido en los últimos años y coincidiendo con la crisis, cuando se han llevado a cabo todo tipo de reformas estructurales con la única finalidad de dotar al sistema financiero como dinamizador de la actividad económica, para enfrentar un desarrollo económico sostenible y que, en lo posible y cuanto menos, ponga los medios y recursos necesarios para evitar una vuelta al pasado.

Se trata de reformas estructurales que, como analizaremos más en profundidad en la presente fase del estudio, están impregnadas de exigencias de transparencia en la información tanto en la vía precontractual, contractual y post contractual de forma y manera que, en la actualidad. Es evidente que en la contratación bancaria el deber de información tiene un lugar preferente para

perfeccionar la contratación con la clientela, siendo incluso recurrente en todas las normas el estudio de la transparencia como premisa para el cumplimiento del deber de información.

Hablar de protección a la clientela es sinónimo de exigencia de transparencia en la información. En este sentido, la transparencia viene entendida como la respuesta de la información, es decir, como núcleo vertebrador de las protección de la cliente siendo lo cierto que sin ella no hay contratación válida posible.

Por tanto, la información deja de ser una cuestión formal o documental para entrar en el ámbito de la comprensión y alcance (suficiencia[111]) de los efectos económicos y también jurídicos sobre la esfera personal y patrimonial de los contratantes.

El círculo de la transparencia y protección a la clientela que se cierra con la exigencia a las entidades de crédito de los principios básicos que deben imperar en materia de concesión de riesgos a su clientela: el crédito responsable o moral (también reflejado en la Ley

---

[111] Ya durante el estudio, se cuestiona la suficiencia de la información a los efectos de dar debido cumplimiento al deber de información exigible al profesional frente al consumidor en cualquier tipo de negocio que celebre.

de Crédito al Consumo[112]) y ello en beneficio del propio cliente y en evitación de situaciones de sobreendeudamiento.

4.2. Formalización del derecho a la información

Parece obvio que cualquier información que vaya a recibir el consumidor deberá facilitarse antes de que sea formalizado el contrato. Esto es así en tanto que el legislador, hace especial mención a la información precontractual necesaria para prestar su consentimiento libre y cabal, dotándolo así de todas las garantías.

Y así se hace constar, expresamente, en el artículo 60 de la Ley de Consumidores y Usuarios, donde se regula la Información previa al contrato; "Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas".

---

[112] Ley de Contratos de Crédito al Consumo 16/2011, de 24 de Junio.

No obstante, el contenido de este deber de información, en ocasiones, no se produce antes de la firma del contrato sino en el momento de la formalización del mismo, dependiendo, fundamentalmente de la finalidad del citado contrato y de la complejidad en el contenido del mismo.

Esta información que debe facilitarse al consumidor deberá tener en cuenta las reglas de *suficiencia* que se conjugan con el conocimiento de las características esenciales del contrato, o lo que es lo mismo, qué debe conocerse realmente, que le permitan adoptar una decisión en el seno dela contratación y no la necesidad de interpretar párrafos farragosos que le conduzcan al consentimiento impulsivo por parte del consumidor.

En este sentido, y respecto a los contratos bancarios, mas expresamente respecto al contrato de préstamo hipotecario, observamos como el deber de información al cliente se cumple en su totalidad desde el momento en el que tras la negociación de las condiciones esenciales del contrato, en este caso concreto, de las condiciones financieras del mismo, se le facilita documento de oferta vinculante en el que se recoge en esencia la prestación esencial del citado contrato, estos es; la modalidad del contrato, el

importe del préstamo, tipo de interés a aplicar, sobre los tipos mínimos y máximos al citado tipo de interés, la duración del contrato, la TAE que es de aplicación, entre otras.

La Orden EHA 2899/2011, que regula la Transparencia y protección al cliente de servicios bancarios, de 28 de octubre, se regula la Oferta Vinculante en su artículo 23, donde se establece, que;

"1. Una vez el cliente y la entidad hayan mostrado su voluntad de contratar un determinado servicio bancario de préstamo hipotecario, se disponga de la tasación correspondiente del inmueble y se hayan efectuado las oportunas comprobaciones sobre su situación registral y sobre la capacidad financiera del cliente conforme a lo dispuesto en el artículo 18, este podrá solicitar a la entidad la entrega de una oferta vinculante.

2. La oferta vinculante se facilitará mediante una Ficha de Información Personalizada como la que figura en el Anexo II en la que, adicionalmente, se especificará lo siguiente: que se trata de una oferta vinculante yel plazo de vigencia de dicha oferta."

4.3. Información precontractual general

Además de los requisitos que con carácter particular o especifico pudieran ostentar, respecto a la información precontractual, cualquier producto o servicio bancario, con carácter general y para mayor abundamiento,la Circular sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión del préstamo 5/2012 establecela necesidad de facilitar de manera gratuita el coste por comisiones que se le adeudarán y los gastos a repercutir y periodicidad, en su caso.

Por otra parte y respecto a la obligación de que se destaquen los elementos esenciales del contrato que se deben contener en esta información precontractual, los mismos quedarán destacados expresamente y de manera uniforme. Con ello, lo que se pretende es llamar la atención a los clientes sobre los que constituyen los elementos esenciales del negocio que les ofrecen. A tal fin y hasta estos extremos llega el legislador por dar "forma" a la transparencia, que establece un tamaño mínimo de letra que se ha de utilizar en cualquier documento de información precontractual o contractual, con el objetivo de garantizar que toda ella resulte fácilmente legible para cualquier cliente bancario.

Así, en la citada circular se establece cuales son las informaciones que se deben resaltar, siendo la misma, por una parte, información sobre los productos y servicios bancarios a que se refiere la propia circular se deberán resaltar todos los conceptos y datos que se detallan en el, cuerpo de la misma, sin que puedan resaltarse otros conceptos o datos distintos de ellos.

No obstante lo anterior, las entidades podrán decidir según las características físicas o virtuales de cada información, la mejor forma de resaltar los datos señalados anteriormente para asegurar que llamen la atención del cliente respecto al resto de los incluidos en cada documento, ofrecer la posibilidad de gratuitamente desistir de la operación, y por último indicar si la oferta tiene la consideración de vinculante de forma expresa y clara indicándose el plazo de validez de la misma.

En todo caso, se ajustarán a los siguientes criterios: la información fundamental, esto es, los elementos esenciales del contratodeberán destacarse como precontractual y de manera expresa, debiendo destacarse la citada información con medios como la negrita y mayúscula, de forma que sea absolutamente claro legible e identificable, no siendo posible utilizar estas herramientas

en el resto del documento. Lo que se pretende con esto es facilitarle al cliente la localización de la citada información.

Por otra parte, los documentos de información precontractual deberán advertir al cliente que las informaciones resaltadas son especialmente relevantes. Ya por último también se regula expresamente que la letra que debe utilizarse en los documentos de información que se regulan concretamente en la ya mencionada Circular tendrá un tamaño apropiado para facilitar su lectura; en todo caso, la letra minúscula que se emplee no podrá tener una altura inferior a un milímetro y medio.

Es decir, en la Circular se establecen de forma genérica los requisitos generales que deben atenderse respecto al deber de información. Todo ello al margen de lo que la normativa especifica al producto que se pretende contratar

Por otra parte, y dentro del deber de información en el negocio bancario se recogen otras especificidades en la citada circular, tales como; igual obligación de transparencia e información se establece para el resto de productos bancarios tales como los depósitos aplazo, créditos excluidos del ámbito de la Ley de Crédito al

Consumo y distintos de los hipotecarios sobre viviendas, negociación de cheques, avales, fianzas y garantías prestadas por no tener una regulación específica.

Así, y para el supuesto de los préstamos hipotecarios la información previa requiere una especial protección y las comisiones se recogerán en la FIPER y de forma más concreta en la FIPRE, recogido expresamente en la Orden[113].

Respecto al supuesto de préstamos al consumo conforme al artículo 10 de la Ley 16/2011 de contratos de créditos al consumo se deberá aportar el modelo estandarizado que contienen en la propia norma.

Así, observamos que en ocasiones, son las propias normas y leyes las que establecen los modelos que contienen la información que se considera suficiente y transparente para que el consumidor pueda acceder a productos y servicios bancarios debiendo ser, de

---

[113] Se refiere a la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de Transparencia y protección a la clientela. Publicada en el BOE 29.10.2011

conformidad con lo establecido en la misma suficiente para cumplir con el deber de información.

4.4. Información contractual general

Respecto a la información que debe aparecer reflejada en el contratola propia circular establece que es extensible a todos los servicios bancarios; la obligación de las entidades de crédito de entregar al cliente, con independencia de que éste lo solicite o no, el correspondiente ejemplar del documento contractual en que se formalicen dichos servicios, y, en cuanto al contenido de los documentos contractuales, se vienen a desarrollar y sistematizar algunos de los contenidos financieros.

Al respecto, la circular recoge, entre los que denomina "casos especiales", los relativos a la prestación de servicios de crédito al consumo, la prestación de servicios de pago y la prestación de servicios bancarios de crédito y préstamo hipotecario.

Por otra parte, también se recogen, fuera de los supuestos indicados (por ejemplo, depósitos a plazo con garantía de principal,

operaciones de financiación distintas de las anteriores, la obligación de entrega de documento contractual y el contenido de los contratos, en los que deberá constar de forma clara y explícita, al menos, todo lo indicado en relación con la información precontractual, además de la que en la propia norma amplía y precisa, y, por tanto, las comisiones. En todos y cada uno de esos supuestos, se recoge la obligación de incluir en el contrato las comisiones de aplicación en cada caso taly como ya hemos expuesto.

La circular establece unos requisitos mínimos de contenido contractualestandarizados en la circular y sus anejos, sin dejar de incidir en la obligatoriedad de establecer el derecho de desistimiento.

En el ámbito del crédito al consumo en el artículo 16 de la Ley que lo regula (Ley de contratos de crédito al consumo) determina el contenido que han de tener los contratos.

En lo concerniente a los préstamos y créditos hipotecarios, se establece que los documentos contractuales y las escrituras púbicas en las que se formalicen los mismos contendrán,

debidamente separadas de las restantes, cláusulas financieras cuyo contenido mínimo se ajustará a la información personalizada prevista en la FIPER (parte de cuyo contenido se refiere, como se ha indicado, a las comisiones).

Además, por tanto de la documentación precontractual, el contrato deberá recoger toda la información relativa a las características del mismo.

4.5. Información postcontractual general

En esta cuestión la regulación también resulta novedosa pues hace extensible la obligación de informar con transparencia más allá de la contratación, esto es, durante la vida del contrato.

Por un lado se establece la obligación a través de un documento unificado a partir de enero de 2014. Las entidades tienen la obligación de remitir a sus clientes anualmente, durante el mes de enero de cada año, una comunicación en la que, de manera completa y detallada, se recoja la información sobre los intereses cobrados y pagados, y las comisiones y gastos devengados por

cada servicio bancario prestado al cliente durante el año anterior, debiendo ajustarse dicha comunicación al modelo establecido en la circular.

Para el supuesto de cuentas u operaciones atribuibles a más de un cliente (cuentas con varios titulares), dicho documento se comunicará de forma individualizada a cada uno de ellos, en lo que respecta a las operaciones que le afecten, aunque sin dividir los importes aplicados o cargados a cada cuenta u operación. No obstante, en cada producto en el que haya más de un titular se indicará el número total de cotitulares.

Por otro lado la posibilidad de modificar las condiciones pactadas en el caso de los contratos con un plazo de vencimiento determinado y también, por tanto, las comisiones debe estar expresamente recogida en el propio contrato. Cuando se trata de contratos de duración indefinida, es posible que se puedan introducir modificaciones sin estar específicamente recogidas en el contrato, siempre que se haga verificando el procedimiento establecido en la normativa.

En la circular se establecen de forma precisa la forma y el plazo en que las modificaciones (también las de las comisiones) referidas deben ser comunicadas, superándose así la indeterminación del concepto jurídico de «antelación *suficiente* o razonable» que las entidades debían precisar contractualmente y vigente en la normativa anterior, y no siendo admisible una forma de comunicación que no sea personalizada. Los plazos mínimos de antelación serán diferentes según el tipo de producto o servicio bancario.

Conforme a la Ley de servicios de pago, se podrán aplicar de forma inmediata todas aquellas modificaciones que, inequívocamente, resulten más favorables para el cliente, debiendo, en cualquier caso, informar sobre ellas en la primera comunicación que se le dirija.

En el resto de casos, las modificaciones contractuales deberán seguir el procedimiento establecido en la ley o, si consta, en el contrato, el cual deberá contemplar necesariamente, por imperativo legal, en todo caso, la necesidad de efectuar la comunicación en papel u otro soporte duradero con una antelación

no inferior a dos meses respecto de la fecha en que entre en vigor la modificación propuesta.

Para el resto de operaciones y servicios bancarios, la orden establece en su artículo 8.2 un plazo de comunicación de las modificaciones contractuales, en este caso de las comisiones, no inferior a un mes, el cual será aplicable al resto de contratos que no sean servicios de pago, debiendo indicarse también los derechos de que, en su caso, goce el cliente en relación con aquellas. En todo caso, las modificaciones que fuesen más favorables para el cliente podrán aplicarse inmediatamente.

Del mismo modo, por tanto, en aquellos casos en los que, al margen de lo establecido en el contrato, y dentro de su libre política comercial, la entidad ha decidido retroceder las comisiones a su cliente durante un determinado número de períodos, para que la entidad pueda variar dicho régimen, se ha de verificar el procedimiento establecido para las modificaciones contractuales, mediante una comunicación previa (de uno o dos meses, mínimo, según el tipo de contrato) e individualizada a los clientes afectados en la que se explicarán convenientemente las nuevas condiciones aplicables, y muy particularmente el cese de la gratuidad de que

hasta entonces venía disfrutando, en orden a permitirles aceptarlas o rechazarlas y rescindir, en su caso, el contrato suscrito con la entidad.

Así las cosas, cualquier información que deba conocer el cliente tras la formalización del mismo, deberá comunicarse expresamente, siendo la norma rigurosa al establecerlos expresamente.

De todo lo anterior, se deduce, que el consumidor es conocedor, en cualquier caso, y durante toda la fase del negocio de las condiciones del mismo, lo que determina el cumplimiento de la exigencia del deber de información.

CAPÍTULO CUARTO

LA TRANSPARENCIA EN EL NEGOCIO BANCARIO

1. Aspectos normativos

1.1. Los aspectos normativos reguladores de la transparencia

La Directiva[114] 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

[114] Directiva 2014/92/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014. Diario de 28/8/2014 L257/2014.

de pago y el acceso a cuentas de pago básicas. Su plazo de transposición, con algunas excepciones, es el 18 de septiembre de 2016.

En este sentido, se podría englobar en tres áreas:

Comparabilidad de las comisiones aplicables a las cuentas de pago: facilitando a los consumidores la comparación de las comisiones cargadas en las cuentas de pago por proveedores de servicios de pago en la Unión Europea. Los proveedores de servicios de pago deberán facilitar a los consumidores, en todo momento, un documento informativo de las comisiones. Además, con el fin de poder comparar las comisiones de varios proveedores de servicios de pago, los consumidores deberán tener un acceso gratuito, al menos, a un sitio web que permita comparar las comisiones que se aplican a una serie de servicios que se determinarán.

Servicio de traslado de cuentas de pago, estableciendo un procedimiento rápido y sencillo para los consumidores que deseen trasladar su cuenta de pago de un proveedor de servicios a otro dentro de un mismo Estado miembro y asistiendo a los

consumidores titulares de una cuenta de pago en un banco que deseen abrir otra cuenta en un país diferente.

Acceso a cuentas de pago básicas: atribuyendo a todos los consumidores de la Unión Europeo, sin necesidad de ser residentes en el país donde esté localizada la entidad de crédito y con independencia de su situación financiera, el derecho de abrir una cuenta de pago que les permita desarrollar operaciones básicas, tales como percibir su salario, su pensión, la domiciliación y el pago de recibos, etc. Las entidades de crédito deberán ofrecer los servicios vinculados a una cuenta de pago básica sin cargo alguno o aplicando una comisión razonable"[115].

Especial referencia al elenco normativo constituido por Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, la ORDEN EHA 2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre

---

[115] *Memoria de reclamaciones del Banco de España*, Madrid, 2014, pp. 64-65.

transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos. Un punto de inflexión por razón de una reforma estructural.

Con independencia del análisis separado aunque relacionado que el presente estudio lleva a cabo sobre este conjunto de normas de diferente rango legal y que en realidad suponen una unidad normativa, es inevitable hacer menciones entrelazadas entre ellas, sobre todo, cuando abordemos el tema relativo a las actuaciones de información previas a la contratación, actuaciones en la propia contratación, actuaciones posteriores a la contratación y lo que podríamos denominar medidas reforzadas y que serán objeto de un tratamiento específico, y que lo son por referirse a los contratos más representativos en la relación usuario/entidad de crédito y con mayor incidencia en el devenir económico de los usuarios con sus correspondientes e inherentes, en su caso, consecuencias jurídicas, respecto del crédito al consumo y préstamos hipotecarios sobre vivienda.

1.2. El ideal de economía sostenible

Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible se presenta como una ley de una gran proyección. Resulta evidente la intención del legislador cuando en el primer artículo, deja reflejado las condiciones que favorezcan un desarrollo económico sostenible. En este sentido, el contenido normativo viene reconocido como un modelo de crecimiento que concilie el desarrollo económico, social y ambiental en una economía productiva y competitiva.

Se trata, en este sentido, de favorecer el empleo de calidad, en condiciones de igualdad de oportunidades que permitan y posibiliten la cohesión social garantizando, en todo caso, el respeto a los derechos medioambientales.

Las reformas sustanciales y estructurales introducidas y desplegadas por razón de esta Ley, sus aportaciones y novedades de gran calado se articulan en una triple vertiente:

Por una parte se ha introducido en nuestro ordenamiento un nuevo enfoque de intervención regulatoria que hasta ahora resultaba ajeno a nuestro Derecho. Se trata del fomento y exigencia de la responsabilidad en el préstamo, estableciendo además no solo la obligación de llevar a cabo una adecuada evaluación de la solvencia de los clientes.

Por otro lado, la necesidad de fomentar activamente todo un elenco de buenas prácticas, dirigidas a garantizar la concesión responsable de los préstamos y ello tanto en garantía tanto de la propia entidad de crédito como del propio usuario de los servicios bancarios, evitando situaciones de sobreendeudamiento.

En definitiva, intenta garantizar una economía de mercado reforzando y priorizando la protección de los consumidores mediante la creación de normas imperativas que garanticen la transparencia en la información que ha de ser necesariamente entendida, comprendida y asumida en los efectos económicos y jurídicos por el consumidor tanto en la fase de previa a la contratación, como en la de contratación y en la posterior,

exigencias éstas que encuentran desarrollo pormenorizado tanto en la orden como en la circular.

Dentro del Capítulo III dedicado a los Mercados Financieros, sección 1ª *"Transparencia y gobierno corporativo"*, dispone en su artículo 29 bajo la rúbrica la responsabilidad en el crédito y protección de los usuarios de servicios financieros, lo que debe entenderse por préstamo responsable.

A tal efecto señala que, "las entidades de crédito, antes de que se celebre el contrato de crédito o préstamo, deberán *evaluar la solvencia del potencial prestatario*, sobre la base de una información suficiente. Dicha información podrá incluir la facilitada por el solicitante, así como la resultante de la consulta de ficheros automatizados de datos, de acuerdo con la legislación vigente".

Para la evaluación de la solvencia del potencial prestatario se habrá de tomar en consideración las normas específicas sobre gestión de riesgos y control interno que, les sean aplicables a las

entidades de crédito según su legislación específica y sus propios protocolos internos de actuación en materia de concesión de créditos que, en la práctica, se elevan a la categoría de normas de obligada observancia.

Adicionalmente, de acuerdo con las normas dictadas en desarrollo de la letra a) del apartado segundo del citado precepto, "las entidades de crédito habrán de llevar a cabo prácticas para la concesión responsable de préstamos y créditos a los consumidores. Dichas prácticas se recogerán en documento escrito del que se dará cuenta en una nota de la memoria anual de actividades de la entidad".

Es necesario incidir en que las obligaciones establecidas en el párrafo anterior mencionado se entienden sin perjuicio de las fijadas en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y su normativa de desarrollo.

Igualmente, y de acuerdo con lo previsto en la legislación vigente, las entidades deberán facilitar a los consumidores, de manera accesible y, en especial, a través de la oportuna información precontractual, y como una garantía más de transparencia, las explicaciones adecuadas para que puedan evaluar si todos los productos bancarios que les ofrecen, en particular los depósitos a plazo y los créditos o préstamos hipotecarios o personales, se ajustan a sus reales intereses, necesidades y a su situación financiera, haciendo especial referencia a las características esenciales de dichos productos y los efectos específicos, económicos y jurídicos que puedan tener sobre el consumidor, en especial las consecuencias en caso de impago o fluctuaciones del tipo de interés.

Esta norma, tal y como hemos expuesto con anterioridad faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, apruebe las normas necesarias para *"garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito"*, incluyéndose, en todo caso, las medidas relacionadas con la transparencia de las condiciones financieras de

los préstamos y créditos hipotecarios y del crédito al consumo que, como hemos anticipado ha tenido fiel desarrollo en una normativa posterior.

En cualquier caso, no debemos obviar, para comprender su importancia normativa en el sector bancario y por ende de la transparencia y protección de los usuarios, que tendrán la consideración de normas de ordenación y disciplina de conformidad con lo dispuesto en la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito y que supuso la derogación de la Ley 26/1988, de 29 de julio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

Esta consideración de normas de ordenación y supervisión tienen su razón de ser en el artículo 5 de la Ley 10/2014 y que habilitó al Ministro de Economía y competitividad para dictar, con la finalidad de proteger los legítimos intereses de los clientes de servicios o productos bancarios.

Pues bien, estas normas que han sido efectivamente desarrolladas en un corto espacio temporal, habrían de tener, por mandato legal el contenido y alcance siguiente:

A) Normas dirigidas a promover las prácticas de concesión responsable de préstamos o créditos, incluyendo prácticas que favorezcan: Una adecuada atención a los ingresos de los consumidores en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo. La adecuada e independiente valoración de las garantías inmobiliarias que aseguren los préstamos de forma que se contemplen mecanismos que eviten las influencias indebidas de la propia entidad o de sus filiales.

La consideración de diferentes escenarios de evolución de los tipos en los préstamos a interés variable, las posibilidades de cobertura frente a tales variaciones y todo ello teniendo además en cuenta el uso o no de índices oficiales de referencia. La obtención y documentación apropiada de datos relevantes del solicitante. La información precontractual y asistencia apropiadas para el consumidor. El respeto de las normas de protección de datos.

Normas sobre la prestación a los consumidores de los restantes servicios bancarios distintos de los de inversión, en especial respecto a la contratación de depósitos y a las comunicaciones que permitan el seguimiento de las operaciones realizadas por dichos clientes.

B) La información precontractual que debe facilitarse a los consumidores antes de que formalicen sus relaciones contractuales con las entidades, incluyendo las que deben figurar en las páginas electrónicas de la entidad cuando se ofrezcan servicios por esa vía o por otras de comercialización a distancia, todo ello para asegurar que aquélla refleje de forma explícita y con la necesaria claridad los elementos más relevantes de los productos contratados.

Una cuestión relevante en este sentido, es advertir que todo lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, debe presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela. Libertad de pacto que sólo es entendible y asumible desde la transparencia

en la información como forma de actuación garantista con el fin de obtener la máxima eficacia en la protección del consumidor.

A la vista de lo anteriormente expuesto hasta ahora podemos refrendar una vez más que la LES no sólo ha supuesto un significativo y sustancial avance en materia de transparencia bancaria, sino que, además ha aportado un enfoque novedoso al plasmar en el Ordenamiento Jurídico y en los términos reseñados, el concepto de responsabilidad en la concesión de préstamos a los consumidores por las entidades de crédito, obligando a éstas a llevar a cabo una adecuada evaluación de la solvencia de los clientes, de acuerdo con un conjunto de criterios y prácticas que también se enumeran en el citado artículo 29[116], por otro, como hemos puesto de manifiesto en líneas precedentes, facultó al

---

[116]En este sentido, resulta destacable lo contenido por el artículo 29 cuando reconoce que la responsabilidad en el crédito y protección de los usuarios de servicios financieros entiende que "Las entidades de crédito, antes de que se celebre el contrato de crédito o préstamo, deberán evaluar la solvencia del potencial prestatario, sobre la base de una información suficiente. A tal efecto, dicha información podrá incluir la facilitada por el solicitante, así como la resultante de la consulta de ficheros automatizados de datos, de acuerdo con la legislación vigente, especialmente en materia de protección de datos de carácter personal".

Ministerio de Economía y Hacienda para que "*apruebe las normas necesarias para garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito*".

Para la evaluación de la solvencia del potencial prestatario se tendrán en cuenta las normas específicas sobre gestión de riesgos y control interno que les son aplicables a las entidades de crédito según su legislación específica.

Adicionalmente, de acuerdo con las normas dictadas en desarrollo de la letra a) del apartado siguiente, las entidades de crédito llevarán a cabo prácticas para la concesión responsable de préstamos y créditos a los consumidores. Dichas prácticas se recogerán en documento escrito del que se dará cuenta en una nota de la memoria anual de actividades de la entidad.

1.3. Aspectos más relevantes de la ORDEN EHA 2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios

En uso de la anterior habilitación se promulgó la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de los servicios bancarios, que pretende concentrar y sistematizar en un solo texto toda la normativa básica de transparencia para mejorar su claridad y accesibilidad al usuario y consumidor, en definitiva y este es el objeto de la orden: garantizar el adecuado nivel de protección implantando medios y medidas de transparencia en la prestación de servicios financieros.

Es una Orden de gran calado por sus pretensiones al mejorar y aumentar las obligaciones de transparencia dando impulso y desarrollo a los principios inspiradores de la Ley de que trae causa (LES) pero ya no solamente en beneficio del usuario y/o cliente sino de la propia estabilidad del mercado en base a la exigencia de un principio que siempre debe imperar, y cuyo olvido influyó

decisivamente en la génesis de la crisis económica, cual es la prudencia en la concesión del riesgo crediticio.

La fuente normativa actual de aplicación, ya viene de la mano del Banco de España. Sobre ella, resultan destacables numerosas disposiciones como que a lo largo de los últimos años han analizado la transparencia, y se detallan a continuación:

1- Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores (BOE 29.07.1988).

2- Ley 2/1994, de 30 de Marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (BOE 04.04.1994).

3- Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos en entidades de crédito (BOE 21.12.1996).

4- Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. (BOE 23.11.2002).

5- Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica (BOE 12.11.2003).

6- Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los Comisionados para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros (BOE 03.03.2004).

7- Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los Departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras (BOE 24.03.2004).

8- Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos (BOE 16.12.2005)

9- Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (BOE 12.07.2007).

10- 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 consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (BOE 30.11.2007).

11- Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo. Regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria (BOE 08.12.2007).

12- Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre (BOE 16.02.2008).

13- Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago (BOE 14.11.2009).

14- Circular 1/2010, de 27 de enero, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre estadísticas de los tipos de interés que se aplican a los depósitos y a los créditos frente a los hogares y las sociedades no financieras (BOE 05.02.2010).

15- Real Decreto 628/2010, de 14 de mayo, por el que se modifican el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos en entidades de crédito y el Real Decreto 948/2001, de 3 de agosto, sobre sistemas de indemnización de los inversores (BOE 03.06.2010).

16- Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago (BOE 18.06.2010).

17- Orden EHA/1665/2010, de 11 de junio, por la que se desarrollan los artículos 71 y 76 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, en materia de tarifas y contratos-tipo (BOE 23.06.2010).

18- Orden EHA/1717/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de servicios y productos de inversión (BOE 29.06.2010).

19- Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios (BOE 29.06.2010).

20- Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios (BOE 11.10.2010).

21- Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE 05.03.2011).

22- Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (BOE 25.06.2012).

23- Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE 29.10.2011).

24- Circular 7/2011, de 12 de diciembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre folleto informativo de tarifas y contenido de los contratos-tipo (BOE 24.10.2011).

25- Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (BOE 10.03.2012).

26- Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos (BOE 06.07.2012).

27- Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (BOE 22/11/2012).

28- Real Decreto-ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero (BOE 23/03/2013).

29- Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (BOE 15/05/2013).

30- Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (BOE 27/06/2014).

En consecuencia, nos enfrentamos a una más que prolija y dispersa legislación en materia de transparencia y protección de la clientela dificultándose, evidentemente, el acceso al conocimiento y reconocimiento de sus derechos, y obligaciones establecidos circunstancia ésta que ha tratado de paliar la Ley 2/2011 de 4 de marzo, de Economía Sostenible, así como la Orden y la Circular que la desarrollan por mandato legal de la primera, y en tiempo record, para lo que es habitual en la práctica legislativa. Estamos hablando de un período de 15 meses lo que da idea de la vital importancia que el legislador da a la materia ante el nuevo escenario existente alimentado por la crisis económica.

1.4. La evolución normativa a favor del principio de transparencia

Tomando en consideración la relación anteriormente expuesta de las normas de aplicación a la materia en estudio, es incuestionable que de las 30 existentes sólo 8 son del año 2005 o anteriores datando la primera del año 1994. Es decir, el resto, en concreto 22 normas, son coetáneas o posteriores al año 2007, año del estallido o cuanto menos del momento en el que se empiezan a denotar los efectos de la "crisis económica sistémica", concentrándose 17 de ellas en el quinquenio 2010-2015, espacio temporal de máxima incidencia de la crisis.

Este escenario, o cuanto menos el análisis del mismo, nos llevan a la conclusión que las grandes reformas estructurales que en materia de transparencia y protección de la clientela llegan de la mano de la crisis económica. Se percibe pues, que la medida, tanto reactiva a modo de aumentar y garantizar plenamente los requisitos de protección y transparencia que son elevados a la categoría de elemento esencial e inherente en la contratación bancaria, como paliativa frente a los efectos perniciosos de la crisis sobre los consumidores y usuarios y de ahí surge, por ejemplo.

En este sentido, tanto el Real Decreto Ley 6/2012 de 9 de marzo de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (BOE 10.03.2012) y la posterior la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (BOE 15/05/2013).

No obstante, no podemos dejar de advertir que al margen de la crisis económica sistémica la nueva regulación trae causa y viene dirigida también porque la normativa general de transparencia había quedado obsoleta en palabras del propio Banco de España tanto por los avances habidos en la regulación sectorial (en áreas como el crédito al consumo, los servicios de pago o la publicidad) como por la gran transformación experimentada en la comercialización de los servicios bancarios.

1.5. La transparencia como garantía de protección en la figura del consumidor

1.5.1. Referentes históricos sobre la normativa de transparencia

La normativa de transparencia se ha venido desplegando en España a través del desarrollo del artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito hoy derogada por la nueva Ley 10/2014 de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las entidades de crédito.

Este precepto, que nace con la vocación de proteger los legítimos intereses de la clientela de las entidades de crédito, y sin perjuicio de la libertad de contratación, dotó al Gobierno (Ministerio de Economía y Hacienda) de la obligación/facultad de dictar las normas necesarias para tutelar las citadas relaciones entre las entidades de crédito y su clientela y dotarlas formal y realmente de máxima transparencia, dado el plano de "desigualdad" entre las partes.

Desde sus inicios la regulación de la transparencia ha ido evolucionando de la mano de las nuevas exigencias de las relaciones entre las partes contratantes y por ende en íntima conexión con el avance de todo lo concerniente a la defensa y regulación de los derechos de los consumidores y usuarios como ya anticipamos. Lo cierto es que se trata de una regulación, como alcanzaremos a ver, que ha evolucionado hasta hoy redefiniéndose de manera convulsa y confusa.

El primer desarrollo reglamentario que vino a dar contenido a la mencionada regulación tuvo lugar hace ya más de dos décadas. La Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito es, desde entonces, el marco general de la regulación de las cuestiones esenciales sobre el tráfico financiero minorista como son, por ejemplo, las comisiones, los tipos de interés o las comunicaciones con el cliente. Poco después, se hizo uso de la misma potestad reglamentaria para abordar la regulación del préstamo hipotecario, servicio bancario minorista por excelencia y de máxima incidencia en las vidas de los usuarios bancarios.

En este sentido, con el objetivo de facilitar al cliente la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario, a mediados de los noventa entró en vigor la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

Desde entonces la legislación financiera de transparencia ha seguido avanzando en determinadas áreas sectoriales. Es el caso de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, dedicada a este servicio bancario específico; 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, que extiende el régimen de transparencia a otros intermediarios financieros diferentes de las entidades de crédito; y en el rango reglamentario, la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, y la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios.

En este punto, se observa claramente como la normativa común o general de transparencia española tras el estallido y efectos de la crisis (Órdenes ministeriales de 1989 y 1994 y Circular 8/1990 del Banco de España que las desarrolla) quedó obsoleta.

De un lado, debido a los referidos avances de la regulación sectorial acometidos en áreas como el crédito al consumo, los servicios de pago o la publicidad.

Por otro, a causa de la enorme transformación que la comercialización de servicios bancarios ha experimentado desde los primeros años noventa hasta la actualidad y sin olvidar nunca que el gran impulso viene dado por las Directivas Comunitarias en materia de transparencia y protección de la clientela con una finalidad armonizadora entre los Estados Miembros, fijando los objetivos a alcanzar y que requieren de la correspondiente transposición a nuestro Ordenamiento Jurídico.

Esta transformación está también estrechamente vinculada a circunstancias como la enorme expansión del crédito, especialmente hipotecario, al aumento y completa generalización del acceso minorista a los servicios bancarios (época de bonanza económica y el boom inmobiliario), la aparición de nuevos instrumentos financieros de creciente y máxima complejidad, la difusión del empleo de las nuevas tecnologías en las relaciones con los clientes y, no cabe duda, debido también a la profunda crisis del sector financiero durante los últimos cinco años y que, en algunos aspectos aún está por definirse.

Dentro de los antecedentes, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, trató y logró llevar a cabo un avance sustancial en materia de transparencia bancaria introduciendo reformas estructurales en aras a favorecer un desarrollo económico sostenible.

Esta Ley, en adelante Ley de Economía Sostenible despliega por mandato de la misma otras dos Normas, una Orden y una Circular, tal y como anticipamos en el apartado anterior.

En este sentido, resulta destacable la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE 29.10.2011) y la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos (BOE 06.07.2012).

Es este elenco normativo el que va a suponer un cambio sustancial y relevante en la materia de transparencia y protección de la clientela introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico cambios estructurales imprescindibles para crear el caldo de cultivo que sea capaz de favorecer una economía sostenible y como tales serán a continuación objeto de un análisis más pormenorizado.

Antes de comenzar con el desarrollo del mismo indicado, cabe destacar en el año 2013, el Real Decreto-ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero (BOE 23/03/2013) amplía la protección y por tanto las exigencias de

transparencia a la contratación de otros productos de inversión no por menos habituales necesitados de protección y amparo legal.

El desarrollo de normas que vienen entendidas como "paliativas" con el fin de garantizar los derechos más básicos y elementales de las consumidores y usuarios más afectados por los nocivos efectos de la crisis económica ya vienen reconocidos por el Real Decreto Ley 6/2012 de 9 de marzo de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (BOE 10.03.2012) y la posterior la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (BOE 15/05/2013).

2. Protección a la parte débil del contrato. El consumidor

Son muchas las razones que justifican la exigencia normativa sobre el principio de transparencia. En este sentido, el frecuente

empleo del contrato de crediticio es la respuesta que tienen muchos consumidores para poder costear los bienes personales. Es, en ese momento, cuando el consumidor se posiciona en una situación de posible vulnerabilidad frente a las partes contratantes, que evidencian una posición económicamente más fuerte.

No cabe duda que, en la actualidad, tanto el consumo masivo, como el alcance también intensivo del crédito, aumenta la vulnerabilidad del consumidor. Ello se debe, no solamente porque concurren las mismas causas que la determinan, sino porque cada vez es más habitual que una parte ajena, financiador profesional, se ocupe de financiar las adquisiciones de bienes y servicios.

Ante este escenario, se ha podido constatar que si el primer contrato no se cumple, o se cumple incorrectamente, el consumidor no tendría derecho alguno a reclamar al financiador la vulneración del objeto del contrato, con la salvedad que exista alguna razón para admitir la excepción al principio de los efectos relativos de los contratos.

Con independencia de este reconocimiento normativo en materia de defensa del consumidor en relación a la vinculación contractual, la doctrina española se ha pronunciado a tal respecto, entendiendo que las garantías de protección que asisten a los consumidores no resultan, en todo caso, suficientes. Ello se debe, a ciertas formas de financiación al consumo que se asumen y no cumplen la condición de ese acuerdo previo en exclusiva.

Si bien es cierto que para los servicios de tracto sucesivo y prestación continuada, la Ley ha suprimido la obligatoriedad de la exclusividad del acuerdo, no cabe duda que no entra a cuestionar la contratación de bienes y servicios financiados. Precisamente por ello, se debe cumplir con el requisito del acuerdo previo, concertado en exclusiva, entre proveedor y financiador. Así viene reconocido cuando en el artículo 15.1 del crédito al consumo reconoce que sea el consumidor quien concierte un contrato de concesión de crédito con un empresario distinto del proveedor.

Son muchas las razones que se podrían defender en la posible vulnerabilidad que presentan los consumidores, sin

embargo, con carácter general, Uría González señala entre ellas, "la asimétrica posición que conceptualmente ocupan consumidores y empresarios porque a la hora de llevar a cabo la común conducta de tomar decisiones, sobre la aplicación óptima de recursos escasos, los últimos lo hacen sirviéndose de un instrumento (la empresa) al que, como es sabido, los consumidores son ajenos por definición; en segundo lugar, suscitadas por la anterior, podemos situar otras causas: el recurso a la contratación por adhesión a condiciones generales"[117].

Autores como Font Galán, destacan, en este sentido, la "avalancha de bienes y servicios ofrecidos al mercado"[118], como otro indicador que se proyecta en la figura del consumidor. O como expresan otros autores cuando entiende que "las nuevas formas de

---

[117] URÍA GONZALEZ, R.; "Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie", en Revista de Derecho Mercantil, nº 62, Madrid, 1956, p. 223.

[118] FONT GALÁN, J. I.; "La protección de los consumidores en el Derecho privado: del viejo Derecho de los comerciantes, al nuevo Derecho de los consumidores", en AAVV., *Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor*, FONT GALÁN, J. I. y LÓPEZ MENUDO, F. (coord.); Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1990, p. 17.

comunicación empresarial persuasiva"[119], resultan tentadoras en los sujetos que pueden acceder a las mismas.

Hacemos referencia por ejemplo, a la financiación de las campañas de pisos, de viajes etc., aumentan, sin duda alguna, el riesgo del endeudamiento excesivo que resume el habitual empleo del crédito, del que no es tan sencillo mantenerse incólume[120]. Como bien se defiende en el presente trabajo, son muchas las razones que aumentan la vulnerabilidad del consumidor, y es por ello que la intervención legislativa en las relaciones jurídicas particulares se haga del todo necesaria.

Ahora bien, ante la diversidad de bienes y servicios que se le presentan al consumidor, la situación en la que se encuentra el mismo, presenta matices diferentes, y por tanto, según la esfera

---

[119] GALBRAITH, J. K.; *La sociedad opulenta*, (traducción de C. Grau Petit), Ariel, Barcelona, 1960, p. 20.

[120] NEPVEU-NIVELLE, F.; *La promoción de ventas*, (traducción de VicensCarrio), Francisco Casanovas, Barcelona, 1960, p. 131.

concreta en la que se realice la contratación de aquéllos[121]. Ahora bien, esta disparidad de situaciones no debe resultar un impedimento para plantear un perfil de consumidor al que se le puedan salvaguardar sus propios derechos. En el mismo sentido, señalan autores como Bercovitz, la necesidad de responder ante las garantías que se le deben asistir a los consumidores[122].

Si bien es cierto que, los pasivos financieros que se proyectan directamente sobre el consumidor no es menos cierto que, suponen un activo financiero para la entidad concedente del crédito. Y es que no cabe duda que, los activos financieros son derechos monetarios de una parte sobre otra. Así lo entienden algunos autores cuando expresan que "el financiador (prestamista o entidad concedente del crédito) tiene derecho a que se le devuelva no sólo el capital

---

[121] RIVERO ALEMÁN, S.; *Crédito, Consumo y Comercio Electrónico. Aspectos Jurídicos Bancarios*, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 47.

[122] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.; "Comentario al artículo 1 LGDCU", en AAVV., BERCOVITZ, R. y SALAS, J. (Director); *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992, p. 25.

prestado, sino también los intereses. Estos últimos constituyen el precio que debe pagarse por el dinero tomado en préstamo"[123].

Ahora bien, no se pueden olvidar las circunstancias que pueden contribuir a la situación de vulnerabilidad en la que puede encontrarse el consumidor por ejemplo en un contexto de una "relación de tracto sucesivo, la necesidad simultánea de dos bienes, objeto financiado y objeto financiero, lo que hace más acusada la inclinación a aceptar cualquier condición contractual impuesta, la utilización de títulos cambiarios, especialmente grave pues la abstracción cambiaria refuerza la independencia entre la relación de consumo y la relación de financiación, y, por último, la situación de endeudamiento excesivo"[124].

---

[123] SAMUELSON, P. A. y NORDHAUS, W. D.; *Economía*, (traducción de E. Rabasco y L. Toharía), Mc Graw Hill, Madrid, 2002, pp. 236 y ss.

[124] PENDÓN MELÉNDEZ, M. A.; *Derecho público y Derecho privado en la ordenación del Crédito. Normativa sectorial y Crédito al Consumo*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 16.

La sociedad de consumo que representa la sociedad actual, la figura del crédito constituye una función significativa, incluso llegando a considerarse como una necesidad de bienestar, y por tanto "facilitar y acelerar la colocación en el mercado de productos elaborados en serie"[125].

El consumo y el crédito son como la cara y la cruz de la misma moneda, en el marco de la contratación de la sociedad actual. Precisamente por ello, no son pocos los autores los que entienden que "vivimos a base de crédito"[126].

---

[125] MERLANI, C.; *Il Credito mercantile*, Giuffrè, Milano, 1956, p. 97. En este mismo sentido, BEAUCHARD, J.; *Droit de la distribution et de la consommation*, Presses Universitaires de France, France, 1996, p. 386.

[126] GARRIGUES, J.; "El Crédito en el Derecho", en *Temas de Derecho vivo*, Tecnos, Madrid, 1978, p. 279. Con esa misma interpretación, AMORÓS DORDA, F. J.; "La Directiva 87/102 CEE. Protección al consumidor y crédito al consumo", CDC, n° 2, 1987, p. 130.

3. El principio de transparencia en materia de comisiones

Los principios normativos en materia de transparencia responden, sin perjuicio de la libertad que tiene el consumidor en la realización de una contratación, por la constatación de la existencia de ciertas irregularidades explicativas entre las partes. En este sentido, se intenta en todo caso, salvaguardar los derechos que asisten al consumidor que normalmente, son los que ostentan una situación desventajosa con respecto a la financiera.

Resulta del todo destacable en el principio de transparencia el valor que rige el sistema de libertad de pacto entre dichas entidades y los clientes. De hecho, no se establece como en la anterior norma quinta de la Orden de 12 de diciembre de 1989 la obligación de las entidades de crédito de registrar previamente sus comisiones en el Banco de España.

Así, puede comprobarse que sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos.

En este sentido, las entidades de crédito deberán poner a disposición de los clientes, debidamente actualizadas, las comisiones habitualmente percibidas por los servicios que prestan con mayor frecuencia, así como los gastos repercutidos en dichos servicios, todo ello en un formato unificado, conforme a los términos específicos que determine el Banco de España y lo cual normalizó mediante la circular 5/2012 (norma tercera y anejo 1) de forma y manera que se incluye de manera sencilla y que facilita la comparación entre entidades, los conceptos que devengan comisión, la periodicidad con que se aplican y el importe de las mismas de manera desagregada por periodo en que se apliquen y estando disponible en todos los establecimientos comerciales de las entidades de crédito, en sus páginas electrónicas y en la página electrónica del Banco de España, y deberá estar a disposición de los clientes, en cualquier momento y gratuitamente (artículo3.2. de la orden).

Se establece que inmediatamente antes de la información pre-contractual que un servicio bancario vaya a ser prestado a un cliente a través de un medio de comunicación a distancia o de un cajero automático o de un dispositivo similar, se deberá indicar, mediante un mensaje claro, perfectamente perceptible y gratuito, la comisión aplicable por cualquier concepto y los gastos a repercutir. Una vez proporcionada dicha información, se ofrecerá al cliente, de forma igualmente gratuita, la posibilidad de desistir de la operación solicitada.

Es, en este punto, destacable que la Orden elimina el control posterior que, en teoría, el Banco de España podía ejercer sobre las comisiones por virtud de la anterior Orden Ministerial 12 diciembre de 1989, hoy derogada.

Por lo tanto, desaparece la obligación de remitir para su registro un folleto comprensible, como condición de aplicabilidad entendiendo ésta como comprobación previa de los requisitos generales, pasando a instituirse una serie de requisitos de gran

amplitud y cuyo cumplimiento por las entidades debe ser verificado por el Banco de España como una verificación a posteriori, control este de índole general que se ejecutará, evidentemente, sin menoscabo del examen que pueda ejercer el Banco de España sobre las reclamaciones de los clientes a través de su Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones (DCMR), que si bien sus resoluciones no son vinculantes para las entidades, no es menos cierto que, vienen sentado una clase del jurisprudencia a través de sus criterios reiterados de qué son buenas prácticas y que con posterioridad tal y como viene aconteciendo, se van incorporando paulatinamente por el legislador vía reformas y/o modificaciones normativas llegando a alcanzar, algunas de ellas, el rango de Ley cuando aparecen configuradas como normas de ordenación y disciplina.

3.1. El principio de transparencia en materia de intereses

El nuevo marco normativo que establece la norma, es muy clarificador ya que prácticamente a imagen y semejanza del de las

comisiones se establece que la libertad para el establecimiento de tipos de interés por las Entidades de crédito queda fijada. En este punto, los tipos de interés aplicables a los servicios bancarios, en operaciones tanto de depósitos (pasivos) como de crédito o préstamo (activos), serán los que se fijen libremente entre las entidades de crédito que los prestan y los clientes, cualquiera que sea la modalidad y plazo de la operación.

En otro orden de cuestiones, la obligación de anuncio de los tipos de interés de las entidades de crédito, deberán poner a disposición de los clientes, debidamente actualizados, los tipos de interés habitualmente aplicados a los servicios que prestan con mayor frecuencia, en un formato unificado, conforme a los términos específicos. Todo ello, ya viene determinado por el Banco de España en la circular 5/2012.

Así mismo, esta información incluirá en todo caso, de manera sencilla y que facilite la comparación entre entidades de nuevo la obligatoriedad de facilitar la comparación con otras entidades como forma y medio de transparencia la tasa anual equivalente (TAE) u

otra expresión equivalente de la operación. En cualquier caso, la fórmula utilizada para obtener la citada información deberá hacerse explícita, ya sea directamente o por referencia al Boletín Oficial del Estado en que se hubiera publicado la normativa en que se contenga.

Esta información unificada a la que hacemos referencia, estará disponible en todos los establecimientos comerciales de las entidades de crédito, en sus páginas electrónicas y en la página electrónica del Banco de España, y deberá estar a disposición de los clientes en cualquier momento y gratuitamente. Esto es, l máxima cobertura informativa posible abarcando la práctica totalidad de los "canales" de información.

Así, las entidades que permitan descubiertos tácitos en las cuentas de depósito o excedidos tácitos en las de crédito deberán publicar, en la forma y con las indicaciones establecidas en la circular, no sólo las comisiones sino también los tipos de interés o recargos aplicables a estos supuestos. En particular, las entidades harán constar separadamente los tipos aplicables a los descubiertos

tácitos a los que se refiere el artículo 20 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

3.2. El principio de transparencia en materia de publicidad

La orden hace una remisión en su artículo 5[127] en su relación con la Orden EHA/1718/2010 de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios y a la Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios, resulta en el caso que nos ocupa un punto destacable.

---

[127] Artículo 5. "Publicidad, toda la publicidad de las entidades de crédito referida a los servicios bancarios deberá ser clara, objetiva y no engañosa, conforme a lo previsto en la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios y en la Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios".

En este sentido, se hace una referencia al contenido de las mismas, si quiera brevemente pero muy significativamente, sobre cuáles son sus exigencias en materia de transparencia y protección.

En primer lugar, habría que definir qué debemos entender por actividad publicitaria, siendo entendido como "toda forma por la que se ofrezca productos o servicios bancarios, o se divulgue información sobre ellos, cualquiera que sea el medio de difusión: prensa, radio, televisión, correo electrónico, internet u otros medios electrónicos, carteles interiores o exteriores, vallas, octavillas, circulares y cartas que formen parte de una campaña de difusión, llamadas telefónicas, visitas a domicilio o cualquier otro sistema de divulgación".

En la misma línea argumental, quedan excluidos del ámbito de regulación de la norma:Campañas publicitarias corporativas, contenidos informativos necesarios para la contratación, características específicas de las contrataciones (internet)

En cuanto a los Principios generales que invocan la normativa, resulta importante destacar el claro matiz de máxima exigencia de transparencia para protección de receptor de la información, sobre todo en lo relativo a la claridad de la información, la fijación del TAE calculada sobre ejemplos representativos y el plazo de vigencia de la oferta.

Para alcanzar este objetivo, la ley exige que la transparencia responda a una información que resulte suficiente, objetiva y veraz. Para ello, la Publicidad comparativa resulta del todo necesaria, así como, el control sobre uso de superlativos.

En los supuestos de tipos de interés variable, se debe en todo caso, mencionar siempre el índice de referencia, periodicidad de la revisión y posibles limitaciones. Para ello se establece como exigencia básica el carácter publicitario de la comunicación y la denominación comercial que no induzca a error.

Además de estas exigencias, se precisa la necesidad de ser accesible y legible, es decir, comprensible. Precisamente por ello, se regula la letra, el tamaño y la presentación, así como, la velocidad del mensaje publicitario que debe ser legible, cómodo y de fácil lectura.

La reciprocidad que debe existir entre la buena fe y el justo equilibrio resulta del todo necesaria, para ello, el deber de informar sobre la existencia o inexistencia de derecho de cancelación anticipada, constituye una obligación.

En respuesta a esta reflexión, y sobre las exigencias que se derivan del principio de transparencia, se articula la publicidad y su control en los siguientes pilares:

Modelo Preventivo: Imponiendo criterios específicos de transparencia en la información (claridad y honestidad) y procedimientos y controles internos y política de comunicación.

Modelo de Autorregulación: Estas serán llevadas a cabo por las entidades con base normativa.

Todos estos modelos, tienen un control a posteriori por el Banco de España, al tener conferidas potestades administrativas de cese y rectificación de campañas publicitarias.

En definitiva, este modelo de control se basa en una serie de obligaciones que deben imperar en la información trasladada al posible contratante que van encaminadas en una única dirección: informar debidamente y con transparencia al usuario en evitación de posibles vicios en el consentimiento; no sólo que se sepa qué se contrata sino las consecuencias jurídicas y económicas que tal contratación puede tener sobre el patrimonio del usuario contratante con la entidad de crédito.

Sobre la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos. Aspectos más relevantes.

Tal y como indica en la exposición de motivos de la circular, se "persigue, ante todo, sustituyendo a la circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, desarrollar de una manera ordenada y consistente con las mejores prácticas del mercado, el conjunto de mandatos que contiene la orden", configurando, además, junto con la orden "un nuevo marco de conducta, que, dotado de una estructura sistemática, con vocación de permanencia y estabilidad, y claramente orientado a la protección de los clientes de los servicios bancarios, deberá regir, en lo sucesivo las relaciones entre estos y las entidades de crédito"

La circular reproduce el ámbito de aplicación de la orden centrándolo en el ámbito de protección preferente: el de las personas físicas, pero entendiendo, además, que se entenderán incluidas dentro de la clientela las comunidades de bienes, como es el caso de las comunidades de propietarios, comunidades de herederos, herencias yacentes y similares, siempre que estén mayoritariamente constituidas por personas físicas. Norma segunda. Ámbito de aplicación.

El ámbito de aplicación de las disposiciones de la presente circular se circunscribe a los servicios bancarios dirigidos o prestados en España por las entidades de crédito españolas y las sucursales en España de entidades de crédito extranjeras (en adelante, las "entidades") a los clientes, o clientes potenciales, personas físicas (en adelante, los "clientes" o la "clientela") a los que se refiere el artículo 2 de la Orden; todo ello sin perjuicio de las particularidades que, para los servicios bancarios de crédito al consumo y para los servicios de pago, se determinan, respectivamente, en sus artículos 33 y 34, y sin perjuicio de lo dispuesto en la norma primera respecto de los proveedores de servicios de pago que ofrezcan los servicios de cambio de divisa. Se entenderán incluidas dentro de la clientela las comunidades de bienes, como es el caso de las comunidades de propietarios, comunidades de herederos, herencias yacentes y similares, siempre que estén mayoritariamente constituidas por personas físicas. No obstante, cuando las personas físicas que integren la comunidad de bienes actúen en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, se aplicará lo previsto en el párrafo siguiente.

Cuando el cliente actúe en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, las partes podrán acordar que no se aplique total o parcialmente lo previsto en esta circular, con la excepción de lo establecido en sus normas decimotercera a decimoquinta[128].

La orden establece, por desarrollo de la norma, unos requisitos generales de información precontractual, otros de información contractual y otros post contractuales y que a continuación enunciamos y que dan fe del esfuerzo del legislador por implementar el ordenamiento jurídico en materia de transparencia y protección de la clientela.

---

[128] *Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre.*

4. Estudio Jurisprudencial sobre la transparencia bancaria

4.1. Punto de inflexión y de reflexión en el concepto y su aplicabilidad

A propósito de la transparencia en el deber de información, y más concretamente en el negocio bancario, abordaremos una de las cuestiones que han dado lugar a una multitud de resoluciones judiciales, en las más diversas instancias, relativas a la validez de las denominadas cláusulas suelo pactadas en la inmensa mayoría de los préstamos hipotecarios a particulares para adquisición de viviendas desde el inicio del boom inmobiliario (principios del año 2000) y que ha derivado en una cuestión tremendamente controvertida, sobre todo por la carga jurídica que han supuesto para los consumidores en un escenario económico de bajísimos tipos de interés, y del cual no han podido tener provecho por razón de la existencia de las referidas cláusulas limitativas a la variabilidad del tipo de interés.

Nuestro Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) en su Sentencia nº 241/2013 de fecha 9 de mayo de 2013 aborda dicha cuestión pero también otras que veremos más adelante, para concluir con un fallo que en nuestra opinión supone un punto de inflexión entre otras cuestiones en cuanto al concepto jurídico de transparencia, previo ir definiendo materias tales como; si son o no lícitas estas cláusulas, si estas cláusulas tienen o no la consideración de condiciones generales de la contratación, si forman o no parte esencial del contrato, cuándo se considera que las cláusulas superan el control de inclusión y contenido, si es posible sobre las mismas y cuándo un control de contenido pese a la consideración de condición general de la contratación.

Con carácter previo a analizar, en lo que a este estudio respecta, la novedosa Sentencia que además en muchos de sus aspectos ya abordó la Sentencia del Tribunal Supremo 406/2012 de 18 de junio (RC 46/2020), vamos a exponer brevemente el iter procesal de la cuestión para una mejor fijación de los pronunciamientos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo (en adelante la Sentencia), advirtiendo que se trató del

ejercicio de una acción colectiva de cesación en el marco de la LGCU.

4.2. Íter procesal del debate jurídico previo a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013

1.1- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla de fecha 30 de septiembre de 2010. (Sentencia nº 246/2010)

En esencia y para no extendernos al respeto, dicho Juzgado viene a declarar la nulidad de las cláusulas suelo por producir un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes y llega a esta conclusión sobre la base de que las cláusulas suelo son elementos accesorios y no el objeto principal del contrato y ello tras el oportuno control de contenido.

El razonamiento del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla se fundamenta en entender que las cláusulas suelo no recaen

propiamente sobre un elemento esencial del contrato, no son en sí mismas cláusulas de intereses, no son su esencia, son pactos "añadidos y accesorios" que suponen una limitación a la variabilidad del tipo de interés.

Estima que son cláusulas que simplemente sirven de limitación o control de la fluctuación de unos intereses que se han concebido como variables. Sobre esta base las configura como una cláusula accesoria y limitadora de otra cláusula que tiene por objeto la determinación del tipo de interés aplicable al préstamo, que sí es un elemento esencial.

Es decir, el Juzgado de lo Mercantil entiende en su sentencia; que las cláusulas suelo en sí mismas consideradas son lícitas, que son elementos y cláusulas accesorias no principales, que procede, en consecuencia, el control de contenido, tras lo cual y visto el desequilibrio entre las partes contratantes declara su nulidad.

2.- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5ª, de 7 de octubre de 2011.

Frente a los pronunciamientos de primera instancia la Audiencia Provincial se aparta frontalmente en sus fundamentos y fallo de la anterior sobre la base de que las referidas cláusulas sí que son parte esencial y principal del contrato y por tanto no es posible, así lo sostiene, un control de contenido.

La argumentación de su condición de elemento esencial del contrato deriva del entendimiento de que los intereses en los contratos de préstamo son el precio del contrato al margen de la consideración de que se trate de un interés fijo o variable. Este último por su propia naturaleza está sujeto a posibles variaciones al alza y a la baja por lo que supone y entraña, siempre, un riesgo para ambas partes contratantes.

Ante este escenario de riego es el que trata de "acotar" o "minimizar" la entidad de crédito vía limitación a las fluctuaciones

del tipo de interés. Estos pactos, entiende la Audiencia Provincial, forman parte del precio porque son uno de los elementos a tener en consideración para determinar en cada momento cuáles son los intereses a pagar en un préstamo con tipo de interés variable.

Pues bien, la Audiencia entiende que si se trata de un elemento esencial del contrato es inevitable pensar y estimar que es conocida y entendida por el prestatario, razonamiento que a su vez lleva a la conclusión de que no pueden considerarse como cláusulas predispuestas e impuestas de forma que carecen de la consideración de abusivas pues no deja entrever que la información dada al prestatario se refute como deficiente o insuficiente.

Dicho de otro modo, niega que la cláusula sea una condición general de la contratación por tratarse de un elemento esencial del contrato y por consecuencia el consumidor la conoce "necesariamente" asumiéndolas y aceptando con cabal conocimiento.

Como corolario, para la Audiencia Provincial de Sevilla; las cláusulas suelo en sí mismas consideradas son lícitas, y además, son y tienen la consideración de objeto principal del contrato, no tienen la consideración de condición general de la contratación.Esta es la razón por la que por la que no es posible un control de contenido. Por otra parte, las cláusulas enjuiciadas cumplen las formalidades legales establecidas en la OM de 5 de mayo de 1994. En consecuencia declaró la licitud de las mismas.

-Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº 241/2013 de 9 de mayo de 2013

No podemos discutir que el interés de la Sentencia va más allá de la estricta problemática generada en los últimos años con las referidas cláusulas suelo licitud o ilicitud por abusiva pues aborda cuestiones con carácter previo sobre las que al final se irá fundamentando de manera sucesiva e interrelacionada el fallo de la sentencia que aborda, en una muy extensa sentencia, diferentes cuestiones. Así, se aborda la licitud de las cláusulas suelo, se analiza la cláusula suelo como elemento esencial del contrato, se

estudia sobre la cláusula suelo como condición general de la contratación, analizándose sobre el doble control de transparencia.

-Control o filtro de inclusión.

-Control o filtro de transparencia.

Además sobre el alcance del control de validez de condición general en relación al objeto principal del contrato, lo que es el "control de contenido".

Pasamos pues, a desarrollar cada uno de estos aspectos dejando por bien entendido que en ocasiones habremos de interrelacionar y/o anticipar diferentes aspectos de los mismos para una mejor exposición de los fundamentos y argumentos de la Sentencia, vehiculizando así las conclusiones finales.

4.2.1. Sobre la licitud de las cláusulas suelo

Es sin duda el aspecto más pacífico por unánime dentro del iter procesal de la cuestión debatida coincidiendo el parecer de las tres instancias: las cláusulas suelo en sí misma consideradas con lícitas y en consecuencia su utilización no deriva automáticamente en su nulidad.

Dicha licitud viene amparada en una triple vertiente, por una parte por la propia autonomía de la voluntad de las partes.

Por otra parte por el reconocimiento que la norma sectorial hace a la propia existencia y utilización de la cláusula. En concreto se reconocen expresamente en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. (Esta Orden estuvo vigente hasta el 29 de abril de 2012 en la que fue derogada por la Orden EHA 2899/2011 de 28 de Octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y objeto de análisis exhaustivo en el presente

estudio), en la Ley 2/2009 de contratación de préstamos hipotecarios con particulares, la Ley 1/2013 de 14 de mayo de Medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. En este punto y aunque posteriores a la Sentencia la existencia y validez, a priori, de dichas cláusulas suelo se recogen y regulan con mayor precisión en la LES, en la Orden EHA 2899/2011 de 28 de Octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancario y por Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

Y por último, por el informe que elaborado por el Banco de España[129] consta aportado a la causa y donde el mismo se muestra de forma genérica favorable a su utilización, argumentando su parecer sobre la base de que su incorporación a los contratos supone mantener un "rendimiento mínimo de los préstamos

---

[129] Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, serie I, numero 457, de 7 de mayo de 2010. Al mismo se hace referencia entre otros en el pronunciamiento 262 de la Sentencia delTribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

hipotecarios que permita a las entidades resarcirse de los costes de producciónyy mantenimiento de estas financiaciones, lo cual no se conseguiría con tipos de interés por debajo del suelo pactado". A partir de ello, concluyeque "las cláusulas suelo resultan beneficiosas en términos generales porque permiten proporcionar estabilidad a los resultados de la entidad, y la estabilidad financiera resulta un elemento de interés público" favoreciendo tanto el coste medio para los clientes bancarios durante el tiempo en que se extiende el préstamo hipotecario como la accesibilidad a largo plazo de la población al mercado de la vivienda, para concluir que en caso de no admitirse estas cláusulas, "o bien disminuiría el volumen de crédito hipotecario disponible o se aumentaría el coste del crédito y se reduciría el plazo de las operaciones". En definitiva dichas cláusulas a criterio del Banco de España parecen articularse como imprescindibles para que pueda fluir el crédito y el mismo sea accesible a la inmensa mayoría de la población (socialización del crédito), no volviendo a tiempos pretéritos años 70 y 80 donde el acceso al crédito era, prácticamente, un artículo de lujo.

4.2.2. Sobre la cláusula suelo como elemento esencial del contrato

En este apartado, como anticipamos, hubo disonancia entre la sentencia de instancia y la de apelación, pues en primera instancia no se estimaba tal condición y en segunda instancia se manifestaba que, efectivamente, la cláusula suelo forma parte esencial del contratos.

En Tribunal Supremo zanja la cuestión considerando que las cláusulas suelo forman "parte inescindible del precio" por lo que "definen el objeto principal del contrato", tema que adquiere gran relevancia en la fundamentación de la Sentencia pues se concatena con el control y tratamiento jurídico sobre el objeto principal del contrato en relación con la regulación de las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas.

Este fallo del Tribunal Supremo reafirma en este punto, la Sentencia de apelación y se alinea igualmente con las

consideraciones del Banco de España emitidas en su informe pues considera éste que "la obligación esencial del prestatario en los contratos de préstamo hipotecario celebrados con entidades de crédito es la restitución del capital prestado y los intereses. Por tanto, el tipo de interés de liquidación del préstamo se integra en la estipulación contractual más importante para el prestatario, es decir, su prestación principal.Los intereses son, en definitiva, el precio del dinero que se presta y en consecuencia, integran el contenido esencial del contrato".

En el razonamiento de la Sentencia se exponen las diferentes corrientes doctrinales al respecto de la consideración o no de la cláusula suelo como condición principal del contrato y si bien tal vez no lo refleje con contundencia, de un análisis somero sólo cabe concluirse que, efectivamente, se trata de una cláusula que siendo limitativa a las fluctuaciones del tipo de interés, forma parte inescindible del precio por cuanto todo lo que se refiera al precio de un contrato oneroso, tal cual es el préstamo, integra su objeto principal y ello, al margen de cualquier contingencia que afecte a su aplicabilidad o no.

Llegado a este punto, esto es, fijada y asumida por la Sentencia la condición de las cláusulas suelo como elemento principal y esencial del contrato, nos adentraremos para determinar en un primer momento, la consideración de la cláusula como condición general de la contratación, En otro orden de cosas,la sentencia da solución reflexionando al respecto ¿Qué control con su correspondiente alcance, puede ejercer el órgano judicial sobre la validez de una cláusula que forma parte del contenido esencial del contrato?.

4.2.3. Sobre la cláusula suelo como condición general de la contratación

Considera el Tribunal Supremo que, en contra de lo manifestado por el Tribunal de Apelación, que las cláusulas suelo y ello al margen de su condición, también, de elemento esencial del contrato son condición general de la contratación.

Fundamenta tal conclusión el Alto Tribunal en que "en nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal y, de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de éste", añadiendo que "no podemos compartir la equiparación que hace la sentencia recurrida entre desconocimiento de una cláusula e imposición de la misma. El empresario, al configurar la oferta, puede imponer al consumidor una cláusula indeseada por este que, pese a conocerla, debe aceptar para contratar. Tal conocimiento no excluye su naturaleza de condición general y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentidas e incorporadas al contrato".

Continúa su razonamiento apreciando determinadas cuestiones tales como que al tratarse de cláusulas redactadas previamente deben refutarse como impuestas siempre u cuando no hayan sido negociadas individualmente. En este punto entiende el tribunal una cosa es que el consumidor puede decidir libremente si contrata o no, y otra que incluso haciéndolo carezca de capacidad para intervenir e incidir en la configuración del contrato.

Por otra parte, tampoco se puede entender que el hecho notorio de que se pueda elegir por el consumidor entre diferentes contratos que se ofertan en un sector con tanta competitividad como es el bancario, suponga la existencia de negocian y ello por el argumento, una vez más, de que el consumidor no puede incidir en los términos del contrato que le es impuesto.

Por último, y a mayor abundamiento, esboza la Sentencia que es precisamente el sector bancario y financiero los que más estandarizados tienen sus contratos, lo cual es prueba más que indiciaria de que sus cláusulas vienen impuestas por las entidades de crédito, lo cual de por sí no conlleva la ilicitud del contrato.

Continuando con el argumento anterior incide la sentencia en que este es el "modo propio de la contratación en masa", ante la imposibilidad material, por tiempo y costes de una negociación individualizada con cada cliente.

Precisado pues, que las cláusulas suelo son condiciones generales de la contratación y que recaen además sobre el objeto principal del contrato, se plantea la cuestión anticipada y relativa a determinar el alcance que debe tener el control judicial de las mismas y si, una vez ejecutado el mismo, han de reputarse válidas o no dichas cláusulas suelo.

4.2.4. Sobre el doble filtro de transparencia: control o filtro de inclusión control o filtro de transparencia

Antes de desarrollar los aspectos, muy novedosos, de la sentencia en lo relativo a la transparencia bancaria y sus requisitos de suficiencia, hemos de poner de manifiesto para un adecuado desarrollo de la cuestión, y de manera anticipada, que para el Tribunal Supremo cabe el control de abusividad o de contenido de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación, cuál es la cláusula enjuiciada, y por tanto configurada como elemento esencial del contrato, si no es transparente.

Igualmente entiende en la línea con la predecesora Sentencia del Tribunal Supremo 406/2012 de 18 de junio (RC/46/2010) que el control de contenido, en caso de proceder, no se extiende al equilibrio de las contraprestaciones económicas del contratoque deben quedar fuera del control judicial, bastando que se suministre la información suficiente para garantizar una decisión libre y cabal. Lo contrario significaría una vulneración frontal del principio de libertad de empresa consagrado en el artículo 38 de la Constitución Española.

Lo que afirma el Tribunal Supremo es que en cualquier caso esto no significa, ni mucho menos, que este tipo de cláusulas escapen de toda posible fiscalización por parte del órgano judicial, pues tal y como afirma "el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo."

5. El doble control de transparencia se configura en una doble vertiente

5.1. El control o filtro de inclusión

Este control es el que menos dudas representa para el Tribunal, pues se fundamenta en la concurrencia en el contrato de las exigencias previstas en los artículos 5 y 7 LCGC, de manera que las cláusulas generales se ajusten a los criteriosde transparencia, de claridad, concreción y sencillez, así como que el adherente haya tenido la oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contratoy que no sean ilegibles, ambiguas, oscuras ni incomprensibles. En el caso de los préstamos hipotecarios.

En este sentido, estima el Tribunal que la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios es suficiente pues "garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC".

5.2. El control o filtro de transparencia

En esta cuestión el Tribunal Supremo realiza un análisis exhaustivo teniendo como antecedente *obiter dicta* la Sentencia del Tribunal Supremo406/2012 de 18 de junio y tiene su justificación, en el artículo 4.2. de la Directiva 93/13[130] de la Comunidad Europea y según el cual "la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

---

[130] Artículo 4

1. Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.

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

Dicho artículo interpretado *a sensu contrario* viene a determinar que las cláusulas serán abusivas las cláusulas si no están redactadas de forma clara y comprensible, razonamiento éste que encuentra acomodo según la Sentencia en el artículo. 80.1 Texto refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarioscuando dispone que "en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa b) accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido".

Además de la regulación señalada por el Tribunal Supremo, el control de transparencia encuentra también acomodo en el artículo 60 Texto refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios cuyo apartado 1 dispone que "antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus

condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo".

Continúa el Alto Tribunal indicando que el control de transparencia opera como "parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta" y por tanto fuera del ámbito general de interpretación del Código civil error o vicio del consentimientossiendo la finalidad de este control de transparencia que "el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económicaque realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".

A la vista de ello el Tribunal configura la transparencia como un dato objetivo, de forma y manera que el consumidor debe ser capaz a la vista de la información facilitada de comprender que se

trata de una "cláusula definitoria del objeto principal del contrato", no siendo posible tal percepción si la información facilitada no es suficiente (clara y comprensible) para ello, para conocer realmente que incidencia puede tener la misma en su economía, en su carga económica (sacrificio patrimonial).

Así el Tribunal por primera vez determina, con carácter genérico, que estamos en presencia de cláusulas que no superan el control o filtro de transparencia si están "enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro".

Por tanto, partiendo de la base que incluso en los contratos de adhesión con consumidores rige la autonomía de la voluntad de los contratantes respecto al precio y la contraprestación y siendo necesario un conocimiento cabal y completo del precio (carga económica) un defecto de transparencia en una cláusula relativa al objeto principalcuál es la enjuiciadaimpide que pueda ser conocida y valorada y faltaría por tanto base para la exclusión del control de

contenido (existencia de consentimiento) del que hablaremos posteriormente.

Aplicando lo expuesto al caso enjuiciado el Tribunal Supremo analiza en la sentencia si la información suministrada en las cláusulas suelo supera los parámetros o filtros requeridos para el control de transparencia.

Estima el Tribunal Supremoque poco favorecedor para la transparencia vicio de transparenciaes que en el caso de los préstamos hipotecarios con cláusulas suelo enjuiciados, la oferta se realizaba como interés variable, que recordemos es un elemento esencial, el tratamiento "impropiamente secundario, de modo que no llegaba a ser percibida por el consumidor como parte del objeto principal. Ello revela su carácter engañoso y su aptitud para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas".

Incide el Tribunal Supremo en la misma línea al hablar de "señuelo" pues la oferta conjunta de la cláusula suelo y techo produce un "desvío" de la atención del consumidor lo incide en la imposibilidad de apreciar las consecuencias de su fijación como parte del precio.

Además, cuestión ya apuntada, las limitaciones a la baja pactados eran presumiblemente aplicables por su límite y los techos muy improbablemente cuestión que ha acontecido y es entre otras y en ésta circunstancias que el Tribunal Supremo aprecia falta de claridad en la cláusula, por lo que no se supera el control de transparencia.

Pero es que además, y he aquí una cuestión novedosa que merecerá comentario por nuestra parte a continuación, , siguiendo las indicaciones del Banco de España,el Tribunal Supremo apunta además la conveniencia de ampliar los contenidos que deban ser objeto de información previa a la clientela, incorporando simulaciones de escenarios diversos sobre el comportamiento del tipo de interés e información previa sobre el coste comparativo de

poner limitaciones a la variabilidad del tipo de interés mediante cláusulas suelo y techo teniendo en cuenta la evolución posible del índice de referencia, y el coste de no realizar aseguramiento al respecto.

En definitiva, los criterios que enumera el Tribunal Supremo para valorar la falta de transparencia, y que en ningún caso constituyen una lista cerrada según el auto de aclaración, son los siguientes:

a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad (caso de existir) o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

e) En el caso de algunas de las utilizadas, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

Igual claridad hemos de tener en lo que respecta a lo que entiende el Tribunal Supremo por

(i) Control de inclusión que no es otra cosa que la observancia de las normas establecidas en la materia de

protección y transparencia (prolija aunque ahora más concentrada).

(ii) Control de transparencia entendiendo por ello que la cláusula sea clara y comprensible.

Como corolario de este apartado concluir indicando que Tribunal Supremo considera que las cláusulas suelo forman parte inescindible del objeto principal del contrato y por tanto, no cabe un control de contenido de las mismas a la vista de lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 de la Comunidad Económica Europea[131] siempre que estas cláusulas sean trasparentes, es decir, se redacten de forma clara y comprensible y que dado que en los supuestos sometidos a enjuiciamiento se aprecia falta de claridad y comprensibilidad, es decir, no se supera el control de transparencia, procede entonces, y sólo entonces, realizar el control de contenido de las mismas y por ello, el Tribunal Supremo examina si se

[131] Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre consumidores. Diario Oficial nº L095 de 21-04-1993. Pag.0029-0034.

produce un desequilibrio de derechos y obligaciones contrario a la buena fe.

Sobre el alcance del control de validez de condición general en relación al objeto principal del contrato, lo que es el "control de contenido", entendido como el análisis del posible desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes contrario a la buena fe.

El control de transparencia, tal y como hemos indicado, supone para el Tribunal Supremo ,determinar exclusivamente si la cláusula es clara y comprensible, de forma y manera de que caso de ser así no cabe, en absoluto, realizar el control de contenido, es decir, no puede examinarse si la cláusula es abusiva. O dicho de otra manera si la cláusula es transparente no cabe control de contenido y por tanto no cabe considerarse abusiva.

Ahora bien, en el supuesto de que no se supere el control o filtro de transparencia, habrá que pasar a analizar el control de contenido.

El Tribunal Supremo conceptúa el control de contenido como el proceso de valoración de "si en contra de las exigencias de la buena fe, la cláusula causa en el consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes", concepto se sustenta en el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/Comunidad Económica Europea[132] y del artículo 82.1 Texto refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios[133].

---

[132] Artículo 3

1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

[133] Artículo 82. Concepto de cláusulas abusivas

1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

El Tribunal Supremo, indica así que el equilibrio de derechos y obligaciones exige analizar al margen de que el empresario pueda o no haber cumplido la totalidad de las prestaciones, el conjunto de derechos y obligaciones.

Ahora bien, el problema que se plantea al analizar si existe el desequilibrio exigido por la Directiva y el Texto refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios radica en que ninguna de estas normas ofrece criterios concretos para precisar nueva indeterminación de los términos cuándo existe un desequilibrio importante contrario a la buena fe y que pueda suponer la declaración de abusividad de la cláusula.

El Tribunal Supremo partiendo de la base de que en el caso enjuiciado se trata de un control abstracto sobre condiciones generales tal y como hemos comentado con anterioridad, considera que debe plantearse el análisis sobre la base del "comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido. Máxime tratándose de

préstamos hipotecarios en los que es notorio que el consumidor confía en la apariencia de neutralidad de las concretas personas de las que se vale el empresario (personal de la sucursal) para ofertar el producto".

En estos casos de cláusulas suelo, donde no sólo se incardinan cuestiones jurídicas sino también económicas, la determinación del equilibrio jurídico y del equilibrio económico es una cuestión compleja y delicada pues ésta última es rayana, en supuesto de fijación de precios, con la libertad de empresa consagrada en el artículo 38 de la Constitución Española.

En este sentido, y en su línea jurisprudencial, el Tribunal Supremo rechaza que deba existir un equilibrio económico, excluyendo de forma clara y tajante, el control judicial sobre las cuestiones económicas del contrato. Considera el Alto Tribunal que corresponde al empresario fijar en un marco de economía de mercado, establecer con plena libertad su oferta comercial pero ello con los requisitos de claridad y comprensión, es decir, "sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de

datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención".

En consecuencia, si las cláusulas carecen de la suficiente claridad, para valorar si existe desequilibrio "debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto". Esto es, para entendernos, al control de contenido.

El Tribunal Supremo estima que ciertamente por razón de los pactos establecidos en relación a las limitaciones al alza y a la baja se frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito por la bajada del tipo de interés pactado como "variable", no las del empresario. La cláusula suelo, previsible para el empresario, "convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza".

Siguiendo con la propia argumentación del Tribunal Supremo considera nulas por abusivas las cláusulas suelo de los contratos sometidos a su enjuiciamiento porque, al beneficiar exclusivamente a la entidad de crédito, provocan un desequilibrio entre los derechos

y obligaciones de las partes que resulta contrario a la buena fe porque no se informa de manera clara y comprensible sobre este extremo y el consumidor suscribe el contrato creyendo que la carga económica del mismo es otra, más beneficiosa para él que la que realmente está contratando.

Por último, apreciada en el caso concreto la nulidad de las cláusulas suelo por falta de transparencia en su contratación, el Tribunal declara la nulidad parcial del contrato y a continuación, establece la irretroactividad de la sentencia, cuestión esta última que no ha quedado exenta de crítica por parte de la doctrina. El Tribunal Supremo consideró que debía procederse de este modo porque atribuir carácter retroactivo a la sentencia "generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico", cuestión ésta que matizó posteriormente el propio Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 25 de marzo de 2013 al considerar que "que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la Sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014 y la de 24 de marzo de 2015, se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al

prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la Sentencia de 9 de mayo de 2013".

Esta cuestión de los efectos restitutorios, que no es objeto del presente estudio, ha dejado una "puerta abierta" de aún imprevisibles consecuencias para la economía tanto de los particulares como de las entidades de crédito siendo lo cierto que cualquiera que sea la resolución final al respecto la cuestión está en el perímetro del Tribunal Superior de Justicia Europeo deja patente una vez más como en ocasiones la pretensión de resolver asuntos de gran envergadura pueden general, a la recíproca, cuestiones a resolver también de igual o mayor trascendencia jurídica y económica.

6. Sobre el fallo particular en la Sentencia del Tribunal Supremo 464/2014 de 8 de septiembre de 2014 del Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Esta Sentencia merece ser comentada siquiera brevemente pues supone e impone una reflexión sobre lo relativo al control de transparencia pues tomando como fundamento la Tribunal Superior de Justicia Europeo de 30 de abril de 2014(C-26/13), entiende que en un supuesto igual al enjuiciado por el Tribunal Supremo en su sentencia 9/5/2013 y en una reclamación individual y después de compartir lo que el Tribunal Supremo entiende en dicha sentencia como control de transparencia y control de contenido entiende en un análisis pormenorizado del control de transparencia en el caso enjuiciado que atendiendo a la dicción de la cláusula, su inclusión en el lugar que normativamente le corresponde, y el contexto en que se pactó novedad en la fundamentación considera que es fácilmente comprensible el pacto de limitación a la variabilidad del tipo de interés, no debiendo considerarse esos pactos como sorpresivos en el marco de un contrato de interés variable. Así,

"6. Por otra parte, que en el marco de un contrato con interés variable se pacte, además de un diferencial aplicable al índice de referencia, un tipo de interés mínimo no es, en sí mismo, algo extraño o sorpresivo, y desde luego la forma en que opera es fácilmente comprensible. De hecho, basta la simple lectura para que un consumidor pueda comprender "las consecuencias económicas derivadas a su cargo" (expresión empleada por la reseñada Sentencia del Tribunal de Justica Europeo de 30 de abril de 2014) .

Continúa desarrollando el control de transparencia de dicha cláusula en un plano general para tratar de entender si un consumidor podía llegar a entender o no la limitación a la variabilidad y que en ningún caso podía ser inferior a la cantidad pactada y reflejada en la escritura, para llegar a la conclusión que si bien en el sector bancario hay cláusulas de difícil comprensión o "no fácil" para un consumidor, no entraña dificultad el entender que a un tipo de interés variable se le establezca una limitación a la fluctuación, máxime en un contexto de práctica comercial que durante muchos años se implantó en el sector de forma y manera generalizada y en el que de forma masiva participaron los

consumidores provocando un conocimiento natural del coste de las hipotecas. Así lo refleja el voto particular,

"El plano más general o abstracto en el que se mueve este enjuiciamiento del control de transparencia, distinto como hemos advertido del enjuiciamiento concreto del error vicio en el consentimiento, nos permite realizar valoraciones generales sobre lo que podía o no llegar a ser comprensible para un consumidor y en qué medida podía conocer que el interés del préstamo era variable, cuál era el índice de referencia y el diferencial aplicable, y, lo que ahora interesa, que en ningún caso el interés nominal así calculado sería inferior a un determinado tipo de interés mínimo".

En la contratación bancaria, hay muchas cuestiones que guardan relación con el precio, cuyoentendimiento puede llegar a ser difícil o, cuando menos, "no fácil" para un consumidor. Pero que, a pesar de pactarse un interés variable, se establezca un tipo de interés mínimo, eso no encierra dificultad de entendimiento ni tiene por qué resultar sorpresivo después de unos años de práctica comercial, máxime cuando es un hecho notorio que la fiebre del mercado inmobiliario de los años en que se pactaron estas

cláusulas, en el que participaron de forma masiva los consumidores, provocaron un conocimiento poco menos que natural del coste de las hipotecas".

Para concluir como argumentación de su voto particular diciendo que; "Me resulta difícil de admitir que en el caso de los contratos de 2007, concertado con Ernesto , y de 2008, concertado con Mercedes,después de más de cuatro y cinco años respectivamente, de la aparición de forma generalizada de cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario con interés variable, el consumidor no pudiera llegar a conocer de su existencia y de las consecuencias económicas que le podía deparar, máxime cuando en ambos casos la oferta vinculante es extremadamente clara. En la primera página, de forma esquemática, se muestran los elementos esenciales del contrato (el capital y la forma de entrega, la amortización y los intereses), sin ninguna literatura que pudiera contribuir a que algún detalle pasara inadvertido o resultara confuso".

Esta Sentencia recoge y hace suyos los argumentos que vienen esgrimiendo la inmensa mayoría de entidades de crédito ante las demandas que por doquier se vienen interponiendo.

La sentencia merece cuanto menos consideración por el riguroso planteamiento de la misma que toma como base, no lo discute, lo aplica, en el control de transparencia del Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 9 de mayo de 2013, pero con un punto, decisivo, de realismo al contexto y la realidad en que surgieron y la naturalidad de su aceptación por comprensiva por la inmensa mayoría de los consumidores.

En consecuencia, y atendiendo a lo anteriormente expuesto;

Las cláusulas suelo forman parte inescindible del objeto principal del contrato y por tanto, no cabe un control de contenido de las mismas a la vista de lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/Comunidad Europea siempre que estas cláusulas sean trasparentes y se redacten de forma clara y comprensible, y supuesto de no superar este control de transparencia por apreciarse falta de claridad y comprensibilidad, procede entonces, y sólo

entonces, realizar el control de contenido de las mismas y es aquí cuando se procede a analizar el posible desequilibrio de derechos y obligaciones contrario a la buena fe.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, y cuando no se supera el control de transparencia y entra en juego el denominado control de contenido, se advierte que el consumidor ignora la existencia de la cláusula y en consecuencia, presta su consentimiento sin advertir el alcance real de las condiciones económicas (parte esencial del contrato por tratarse del precio) asumiendo unas condiciones de peor condición y de mayor sacrificio patrimonial de las que creía y es aquí donde se quiebra el equilibrio exigible y especialmente protegido por el legislador en las relaciones consumidor/empresario, y por consecuencia se produce un desequilibrio de derechos y obligaciones contrario a la buena fe, abocando a la cláusula a ser declarada abusiva y por tanto, nula.

Como corolario, el carácter abusivo de las cláusulas suelo trae causa de la existencia de un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, pero como hemos indicado no es de analizar esta cuestión desde la perspectiva de un control

económico, es decir, no se trata de que una cláusula suelo sea abusiva o no en función de dónde se sitúe el límite a la variación de los tipos de interés, toda vez que dicho análisis económico, como hemos reiterado, está proscrito para los Jueces y Tribunales, de forma y manera que una cláusula de estas características puede ser válida y tener cabida dentro del ámbito de la libertad de pactos; el consumidor libremente puede aceptar esta limitación a la variabilidad de los intereses, pero conociendo siempre el alcance de la misma y reconociendo que es un elemento esencial del contrato e inescindible del precio, correspondiendo la prueba de ello al empresario dado el alto nivel de protección del que es merecedor el consumidor por las asimetrías de plano de igualdad en la contratación con el empresario/entidad de crédito.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

Primera: El derecho a ser informado representa una exigencia de cualquier acuerdo que pudiera adoptarse entre particulares o entre particulares y entidades, tanto públicas como privadas. Esta exigencia, se hace tanto mas imperativa cuando las condiciones de formalización de los contratos pueden incitar una cierta difuminación del riesgo asumido por los sujetos particulares, y cuando la condición despersonalizada de los agentes de la entidad que lleva a cabo la formalización de un contrato alienta una cierta desinhibición de su actuación al respecto, lo que sucede de manera

paradigmática en el caso de las entidades bancarias. Resulta, en este sentido, imperativo, extremar los cauces de información que permitan asegurar, efectivamente que la otra parte ha recibido e interiorizado debidamente la información emitida.

Segunda: Los poderes públicos como representantes de la ciudadanía, potencialmente afectada por el riesgo asumido han de velar porque se lleve a cabo efectivamente el deber de información referido. Ese deber cobra un sentido especial, al entrar en juego la posición económica de los individuos que pudiera, en su caso, derivar en una vulneración de las exigencias que impone la presencia de los derechos de naturaleza subsistencial. Ese deber representa la proyección inmediata del principio de universalidad de los derechos en su vertiente pasiva, esto es, en la vertiente que implica a todos los ciudadanos (en su caso a los representantes de la ciudadanía) en la realización de los diferentes derechos. Deber que acrecienta su sentido al encontrarse potencialmente en juego la realización de las condiciones subsistenciales en las que por lo demás resulta inimaginable el ejercicio de ningún derecho.

Tercera: El principio de autonomía de la voluntad se presenta como elemento esencial del negocio jurídico y por tanto, creador de obligaciones. La libertad de convenir o pactar a través de un acuerdo no es más que la libre opción del sujeto para comprometerse o no a través de un contrato, generando obligaciones exigibles por el derecho positivo. En este sentido, el legislador ha sido muy claro en torno a la consideración que asume sobre la noción de libertad en los contratantes para decidir, en el seno de la relación jurídica, los términos del contrato, siempre y cuando se de una situación de igualdad entre los sujetos intervinientes en la relación.

Cuarta : La autonomía supone la posibilidad que tiene el individuo para hacer con su propia vida lo que desee, tomar las decisiones que estime más conveniente en todo aquello que no interfiera con el ámbito personal de los demás. El individuo sería de esta manera el protagonista absoluto de su vida y de las que sólo a él le afectan. Dirigiría su existencia en el sentido que considerara más oportuno, liberándose al respecto de cualquier intervención ajena que pretendiera limitar en cualquier aspecto el ejercicio de su libertad.

Cuando hablamos de autonomía de la voluntad, tenemos que partir de la consideración de que ésta no es total ni absoluta, puesto que existen una serie de limitaciones a la misma.Si bien es cierto que,las limitaciones a la libertad suponen una merma evidente, no es menos cierto que, resulta una garantía genérica para la formalización de cualquier negocio.

En el caso que nos ocupa, estas limitaciones se desprenden del propio contenido normativo que reconoce comolimitación a la autonomía de la voluntad todos aquellos actos que puedan resultar contrarios a las leyes, a la moral, o al orden público. Estas limitaciones se proyectan,en los denominados contratos de adhesión con respecto a las cláusulas abusivas, que serán consideradas nulas en todo caso cuando se incluyan como una condición general de la contratación.

Quinta: El contrato se constituye como el instrumento por el que las partes expresan su libertad para obligarse, por lo que el cumplimiento de esta variable no puede quedar al arbitrio de una de las partes contratantes, tal es así, que el consentimiento tiene que

ser prestado por ambos intervinientes teniendo el mismo fuerza de ley respecto a su observancia.

Sin embargo, cabría preguntarnos si la misma, es igualmente entendida en los contratos de adhesión en los que la libertad para contratar se encuentra limitada por la predisposición que la otra parte, generalmente la parte más fuerte, es decir, empresarios profesionales (entidades financieras), hace de las cláusulas que formarán parte del contrato.

De forma que, la voluntad real del cliente para obligarse, quedará encorsetada, provocando una desigualdad entre las partes ab initio. De hecho, no en pocas ocasiones, el adherente no es conocedor del contenido del contrato en el momento de su formalización y para mayor abundamiento, no cabe la posibilidad de negociar el contrato.

Sexta: En la actualidad, no resulta extrañoque la mayor parte de estos contratos que firmamos, se desarrollen a través de una serie de condiciones preestablecidas o predispuestas por una sola de las partes interviniente en el contrato.

Es decir, no media la voluntad de la otra parte, o lo que es lo mismo,la imposibilidad de que negocien los extremos y alcance de las mismas. Esta situación se proyecta en lo que en la actualidad se conoce como el contrato de masa o contrato de adhesión. Precisamente por ello, la protección al consumidor respecto a estos contratos en masa, se produce como consecuencia de la asimetría en la información del contenido del contrato, que se suma a la imposibilidad de negociar su clausulado cuya complejidad, en ocasiones, requiere de un mayor conocimiento antes de la contratación por parte del consumidor. Nace así, en defensa del consumidor, el deber de información por parte del predisponente.

Séptima: En aras de salvaguardar los derechos que deben asistir a los consumidores y usuarios, el constituyente español deja patenta la obligación que tienen los poderes públicos en establecer las herramientas necesarias para la defensa de los mismos. Como resultado de esta exigencia,nos encontramos numerosos textos normativos que contemplan la protección de los consumidores y usuarios.

En este sentido, la Ley de consumidores y usuarios, obliga al predisponente-empresario a informar de forma expresa al consumidor antes de la celebración del contrato.

Octava: El deber de información se presenta como una garantía que emana directamente del derecho a la libertad. Por tanto,el deber de información constituye una pieza clave en la formalización de cualquier relación jurídica en general, y muy en particular, en el contrato de adhesión que garantiza al consumidor encontrarse en una situación de igualdad con respecto al predisponente.

Para dar cumplimiento al deber de información, la ley no es clara cuando hace referencia a la información que debe proporcionarse al consumidor. Puesto que el propio texto normativo alude a emplea como elementos conceptuales como (comprensibles, relevantes, veraces y suficientes), resultando impreciso qué se debe entender por información suficiente o clara.

Esto es así en tanto que si bien hay normas que regulan expresamente la información que debe reportarse, no es menos

cierto que, no existe precisión o exhaustividad para acotar el contenido de la misma, y que no es posible medir cuanta información es suficiente, o hasta qué punto la información que se facilita es clara o transparente.

Novena: Las condiciones generales de la contratación en el contrato de adhesión o contrato de masa, es el fruto de la imposición por parte del profesional del contenido de las mismas en un contrato, no siendo habitualmente conocido por el adherente que no ha podido, por tanto, tomar una decisión, pudiendo influir en la negociación de las mismas o elegir entre diferentes ofertas de mercado.

Por tanto, ante este panorama se defiende que el principio fundamental de la Teoría General de Contratos se vulnera desde su inicio, y proyecta directamente sobre el consumidor que no podrá consentir de manera eficaz.

Ahora bien, cumpliéndose con el requisito que lleva implícito el deber de información en la formalización del contrato,las condiciones preestablecidas no resultarán lesivas para el consumidor, quien previamente, conocerá con antelación el

contenido delclausulado, pudiendo en su caso, decidir respecto al mismo.

En este sentido, hay que resaltar que la falta de información, no puede confundirse con la cláusula abusiva. Las cláusulas abusivas vienen entendidas como lascláusulas que se reconocen en las condiciones generales de la contratación vienen impuestas en un contrato pero media mala fe, por cuanto no cumple los requisitos de transparencia que exige la propia ley.

Décima: El incumplimiento por parte del predisponente del deber de información al consumidor puede dar lugar a la nulidad total o parcial del contrato. La Ley de condiciones generales de la contratación es clara en este sentido, cuando el propio texto normativo reconoce que resultarán nulas, las condiciones generales abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor. Por otro lado, también resulta destacable cuando deja patente en el texto normativo la consideración de entender como nulacualquier cláusula abusiva. A modo de ejemplo, es el que resulta de la cláusula suelo de los contratos de préstamo hipotecario, por cuento se declara nula por falta de transparencia.

Undécima: La insuficiencia o inexactitud en la información facilitada al consumidor no es equiparable a la omisión del deber de información como tal. La indeterminación del concepto suficiencia no permite, salvo en los supuestos en los que la norma establezca exactamente qué información debe facilitarse al cliente como suficiente, conocer si se cumple con el requisito exigible con respecto al deber de información por parte del profesional o predisponente.

Duodécima: Respecto a la prolija normativa que regula la transparencia bancaria, se observa el esfuerzo del legislador por regular y normalizar la materia relativa a la transparencia y protección del consumidor.

Tras la crisis económica, la regulación normativa se ha reforzado y es más proteccionista que nunca, y ya no sólo desde la normativa nacional sino también por impulso y exigencias de la regulación de la Unión Europea.La pretensión del legislador es, al menos desde un punto de vista teórico, en tanto que las entidades y sus clientes no actúan desde una posición de estricta igualdad, que las entidades cumplan con una serie de requisitos que les resulta

inherentes y consustanciales a la propia contratación bancaria, que tiendan a restablecer dicho equilibrio.

Este impulso normativo al que hacemos referencia comienza en el año 2007 a nivel regulatorio nacional. Coincide con el estallido o cuanto menos los efectos de la *"crisis económica sistémica",* pues 22 de las normas en la materia a nivel nacional son posteriores a dicho año, siendo 30 las existentes en la actualidad. Estas se concentran en dos grandes grupos normativos. Por un lado el reactivo, ya que tratan de aumentar y garantizar plenamente los requisitos de protección y transparencia que son elevados a la categoría de elemento esencial e inherente en la contratación bancaria y,por otro lado, paliativo frente a los efectos de la crisis sobre los consumidores y usuarios.

Todo ello, da lugar a las normas que pretenden la protección de los más afectados por la crisis económica y financiera dictándose normas en materia de protección de deudores hipotecarios y de reestructuración de deuda, lo que no supone la solución real del problema existente sino la fórmula para resolver la situación actual.

Decimotercera: Como consecuencia de la falta de transparencia en algunas cláusulas de contratos de préstamo hipotecario, el Tribunal Supremo, con fecha 9 de mayo de 2013 resuelve a este respecto, dando lugar a un punto de inflexión en la negociación bancaria.

Se pronuncia a tal respecto el Tribunal Supremo sólo, única y exclusivamente cabe el control de abusividad de la cláusula suelo (esencial y principal del contrato por formar parte del precio y que a su vez es condición general de la contratación) si la misma no es transparente atendiendo a todos y cada uno de los criterios fijados por el tribunal.

Hay que recordartal y como resuelve el Tribunal Supremo que no son *numerus clausus*, por lo queda abierta la veda para futuras incorporaciones de requisitos al concepto de transparencia e información suficiente.

En este sentido, el legislador y también el regulador, vista las facultades que tienen conferidas, debería acotar estas cuestiones lo antes posible y así disipar dudas y escenarios futuros de inseguridad jurídica por la indeterminación de los términos empleados y exigidos en los fallos particulares en algunas

sentencias de relevancia y con acomodo en la Jurisprudencia comunitaria advierten de ello vía disentimiento con otras.

Decimocuarta: El Control de Transparencia en la información implica la aplicación decriterios exigibles para los denominados controles de transparencia, en su doble vertiente nos encontramos con el control de inclusión y con el control de contenido que operan como filtro de transparencia.

Un análisis sobre la aproximación inicial que realiza el Tribunal Supremo responde en un primer momento a comprobar como las cláusulas que limitan la fluctuación del tipo de interés, comúnmente conocidas como suelo-techo hipotecario, resultan parte fundamental del objeto principal del contrato y por tanto, no cabe un control de contenido de las mismas.

Ahora bien, de no superar este control de transparencia por apreciarse falta de claridad y comprensibilidad, se procede a realizar el control de contenido de las mismas y es entonces, cuando habría que analizar el posible desequilibrio de derechos y obligaciones contrario a la buena fe.

Decimoquinta: La Sentencia del Tribunal Supremo, por tanto, marca un antes y un después en el concepto y control de transparencia en la negociación bancario, así y dentro de las modificaciones y análisis realizados se observan repercusiones respecto del control del contenido y sobre la redefinición de la transparencia.

Respecto al control del contenido, el mismo lleva a considerar al Tribunal que el consumidor ignora la existencia de la cláusula y en consecuencia presta su consentimiento sin advertir el alcance real de las condiciones económicas (parte esencial del contrato por tratarse del precio). Ante la quiebra del equilibrio exigible protegido por el legislador, se declarada la falta de transparencia por abusiva y por tanto, nula, con el fin de restablecer el plano de igualdad por las asimetrías existentes en la relación consumidor-empresario.

Sobre la redefinición de la Transparencia, esta Sentencia supone, por "reforzamiento", una ampliación del concepto y los requisitos jurídicos de la transparencia, implementados por parte del Tribunal respecto a las normas de aplicación hasta el momento de la Sentencia. Los nuevos requisitos, añadidos a los anteriores y

existentes en un elenco normativo ya expuesto, no dejan de suscitar dudas en algunas cuestiones.

Por último, se hace referencia en la definición de transparencia, las simulaciones de escenarios. Se trata de un nuevo requisito exigido tras la Sentencia para corroborar que se cumple la transparencia en la información facilitada al cliente. Los mismos están relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

Por lo que ante esto la cuestión es, si a futuro esa simulación razonable que se exige al empresario deviene por múltiples avatares en irreal y afecta al sacrificio económico del consumidor, no es descartable que el empresario, posición siempre dominante en la relación, se viera de nuevo enfrentado a una "redefinición" del concepto y requisitos de transparencia para restablecer de nuevo las asimetrías vía jurisdiccional.

Muchas de los requisitos de transparencia encuentran ya reflejo en la Orden y la Circular anteriormente citadasy que traen causa del mandato establecido en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, donde se llega al

extremo, para mayor garantía, de exigirse que se incluya en la escritura pública expresión manuscrita por el consumidor de conocer los riesgos de la operación en determinados supuestos.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR DE LUQUE, L.; "Derecho a la intimidad: Su proyección en la esfera económica", en AAVV, SAUCA, J.M. (editor); Problemas actuales de los derechos fundamentales, Carlos III, BOE, Madrid, 1994.
- AGUIAR PERERA, V. , RODRIGUEZ PULIDO, J. y SAMUEL ALMEIDA AGUIAR, A.; *La educación del siglo XXI*, Editorial ULPGC, Las Palmas, 2014.

- ALEXY, R.; "Derechos humanos sin metafísica", (traducción de E. R. Sotero), en *Doxa*, 30, Madrid, 2004.
- ALFARO AGUILA-REAL, J.; "Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales", en *Anuario Jurídico*, número 4, La Rioja, 1998.
- ALFARO AGUILA-REAL, J.; *Las condiciones generales,* Civitas, Madrid, 1991.
- AMORÓS DORDA, F. J.; "La Directiva 87/102 CEE. Protección al consumidor y crédito al consumo", en *Cuadernos de Derecho Civil*, número 2, Madrid, 1987.
- ARA PINILLA, I.; "El estado constitucional ante el principio de universalidad de los derechos humanos", en AAVV, LA TORRE, M. y ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.; *El horizonte constitucional: ciencia jurídica, derechos humanos y constitucionalismo*, Dykinson, Madrid, 2014.
- ARA PINILLA, I.; "El significado de la solidaridad como valor fundante de los Derechos Humanos", en AA.VV., JULIOS

CAMPUZANO, A. (editor); *Dimensiones jurídicas de la globalización*, Dykinson, Madrid, 2007.

- ARA PINILLA, I.; "Nuevos derechos Humanos", AAVV, *La reforma de las instituciones internacionales de protección de los derechos humanos*, Universidad de la Laguna, La laguna, 1993.
- ATIENZA, M.; *Contribución a una teoría de la legislación*, Tecnos, Madrid, 1997.
- AUSTIN, J.; *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, Cec, Madrid, 1981.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.; "Comentario al artículo 1 LGDCU", en AAVV., BERCOVITZ, R. y SALAS, J. (Director); *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992.
- BUSQUET, J.; *La cultura y los derechos humanos*, Uoc, Madrid, 2007.

- CARNELUTTI, F.; *Metodologia do Direito*, (traducción de Frederico A. Paschoal) Bookseller, Campinas, 2002.
- CASTRO BRAVO, F.; "Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes", en *Anuario Derecho Civil*, Madrid, 1961.
- CENDEJAS JÁUREGUI, M.; "Evolución histórica del derecho a la información", en *Derecho Comparado de la Información*, Instituto de Investigaciones de la UNAM, México, 2007.
- DESANTES GUANTER, J.M.; *La información como derecho,* Editora Nacional, Madrid, 1974.
- DEVLIN, P.; *La imposición de la moral*, (traducción de M. A. Ramiro, A. Rodríguez Liboreiro y M. Sosa), Dykinson, Madrid, 2010.
- DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, 9 ª edición, Tecnos, Madrid, 2012.
- DIEZ-PICAZO, L.; *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1970.

- DURAND ALCÁNTARA, C.; *Reflexiones en torno a los derechos humanos: los retos del nuevo siglo*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2003.
- DWORKIN, R.; *El dominio de la vida*, (traducción de R. Caracciolo y V. Ferreres), Ariel, Barcelona, 1994.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, E.; "Los derechos humanos y la historia", en AAVV, *Historia de los Derechos Fundamentales*; Dykinson, Madrid, 1998.
- FONT GALÁN, J.I., "La protección de los consumidores en el Derecho privado: del viejo Derecho de los comerciantes, al nuevo Derecho de los consumidores", en AAVV., Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor, FONT GALÁN, J. I. y LÓPEZ MENUDO, F. (coord.), ed. Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1990.
- GALBRAITH, J. K., La sociedad opulenta, versión castellana por GRAU PETIT, C., Ediciones Ariel, Barcelona, 1960.

- GARCÍA AMIGO, M.M.; "Sobre la Naturaleza Jurídica de las condiciones generales de los contratos", en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1965.
- GARCÍA-MONTALVO, J.; "La vivienda en España: desgravación, burbujas y otras historias", en *Perspectivas del Sistema Financiero*, Funcas, 1978, Madrid.
- GARRIGUES,GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE J.; "El Crédito en el Derecho", en *Temas de Derecho vivo*, Tecnos, Madrid, 1978.
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.; *Contratos bancarios*, Editor, Madrid, 1975.
- GUICHOT, E.; "El nuevo derecho Europeo de acceso a la información pública", en *Revista de Administración Pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, número 160, Madrid, 2003.
- HART, H.L.A.; *Derecho, Libertad y Moralidad*, (traducción de M. A. Ramiro), Dykinson, Madrid, 2006.

- JIMENEZ DE PARGA, R.; El secreto bancario en el Derecho Español, R.D.M., Madrid, 1969.
- KANT, I.; *Fundamento de la metafísica de las costumbres*, (traducción de A. Rodríguez), Magisterio Español, Madrid, 1977.
- LABRADA RUBIO, V.; "La dignidad del hombre y el ejercicio de los derechos humanos", en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, Universidad Complutense, volumen 1, Madrid, 2000.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J. y RIVERO HERNANDEZ, F.; "Elementos de Derecho Civil", en *Derecho de obligaciones*, *Teoría general del contrato*, volumen segundo, Bosch, Barcelona, 1987.
- LAPORTA, F.J.; "Sobre el concepto de derechos humanos", en *Doxa* , 4, Madrid, 1988.

- LETE ACHIRICA, J.; "Condiciones generales, cláusulas abusivas y otras nociones que conviene distinguir", en *Actualidad civil*, número 17, Madrid, 2000.
- LLOBET I AGUADO, J.; *El deber de información de los contratos*, Plaza, Madrid 1996.
- LUENGO NAVAS, J.; La Educación como hecho, AAVV, POZO, M. (editor); *Teorías e instituciones contemporáneas de la educación*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004.
- MALAGARRIGA, M.J.; El secreto bancario, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1970.
- MARQUES, C.; "Contratos no código de Defesa do Consumidor", en *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1998.
- MERLANI, C.; *Il Credito mercantile*, Giuffrè, Milano,1956. BEAUCHARD, J.; *Droit de la distribution et de la consommation*, Presses Universitaires de France, France, 1996.

- MILL, J.S.; *Sobre la libertad*, (traducción de P. de Azcárate), Alianza, Madrid, 1997.
- MIRAUT MARTÍN, L.; "El dilema de las cláusulas de irreversibilidad en el ejercicio de la autonomía individual", en *Derechos y libertades*, Dykinson, 2014.
- MOLINA HIGUERA, A.; "Aproximaciones sobre el derecho al trabajo desde la perspectiva de los derechos humanos", en *Red Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá, 2009.
- MORIN, E.; *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*, Unesco, Bogotá, 2001.
- NEPVEU-NIVELLE, F.; *La promoción de ventas*, (traducción de J. VicensCarrió y F. Casanovas), Barcelona, 1960.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.; "Control y requisitos de las condiciones generales de los contratos, en protección de los consumidores", en AAVV, NIETO CAROL, U. (coord.); *Seguridad jurídica y contratación mercantil*, Madrid, 1994.

- OCHOA BERGANZA, J.; "Finanzas para una economía humana sostenible: hacia la banca ética", en *Revista de Dirección y Administración de Empresas*, Número 20, Donostia, 2013.
- PENDÓN MELÉNDEZ, M. A.; *Derecho público y Derecho privado en la ordenación del Crédito. Normativa sectorial y Crédito al Consumo*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- PÉREZ LUÑO, A.E.; "Dilemas actuales de la protección de la intimidad", en AAVV, SAUCA, J.M. (editor); *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Carlos III, BOE, Madrid, 1994.
- PÉREZ TAPIAS, J.A.; *Filosofía y crítica de la cultura*, Trotta, Madrid, 1995.
- PESSOA, J.; "Lições de Direito das Obrigações", en *Edición de la AssociaçãoAcadêmica,* Sao Paulo, 1975.
- PISARRELLO, G.; *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.

- PRIETO SANCHÍS, L.; "Derechos fundamentales", en AAVV, GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, F.J.; *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 1996.
- PRIETO SANCHÍS, L.; *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1993.
- QUESADA VANEGAS, G.A.; "Naturaleza, cultura, economía y política", en *Revista Poliantea,* volumen 1, número 2, Madrid, 2004.
- REALE, M.; *Visão Geral do Projeto de Código Civil*, Saraiva, Sao Paulo, 1986.
- RIVERO ALEMÁN, S.; *Crédito, Consumo y Comercio Electrónico. Aspectos Jurídicos Bancarios*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- ROMANO, S.; *Fragmentos de un diccionario jurídico*, Egea, Buenos Aires, 1964.
- ROYO MARTÍNEZ, M.; "Contratos de Adhesión", en *Anuario de Derecho Civil*, volumen 2, número 1, Madrid, 1949.

- RUÍZ GARCÍA, J.R.; Secreto bancario y Hacienda Pública, Civitas, Madrid, 1988.
- SAMUELSON, P. A. y NORDHAUS, W. D.; *Economía*, (traducción de E. Rabasco y L. Toharia), Mc Graw Hill, Madrid, 2002.
- STAMMLER, R.; *Tratado de Filosofía del Derecho*, (traducción de W. Roces), Ed. Nacional, México, 1980.
- ULHOA COELHO, F.; *Manual de Derecho Comercial*, Saraiva, Madrid, 2004.
- URÍA GONZALEZ, R., "Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie", RDM, nº 62, 1956.