



## **Unificación contractual y convergencia normativa en las operaciones de activo y pasivo.**

**M<sup>a</sup> Ángeles, Egusquiza Balmaseda.** Catedrática de Derecho Civil. Universidad Pública de Navarra

Publicación:

Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.1/2015

Editorial Aranzadi, SA

### **I. Unificación de la contratación privada en el momento presente**

La unificación de la disciplina contractual en España ha sido una vieja aspiración, defendida y rechazada históricamente, desde que viera la luz el primer Código de Comercio de Sainz de Andino en 1829. La necesidad de una regulación contractual que ofreciera seguridad jurídica al tráfico económico y el retraso de la codificación civil por la llamada cuestión foral propiciaron que el Código de Comercio incluyera en su seno una amplia configuración del régimen general de las obligaciones y contratos. Desde entonces se ha contado con un sistema fragmentado y dual que ha enfrentado como categorías irreductibles a la contratación mercantil, sujeta al Código de Comercio y su legislación especial, frente al resto de los contratos privados sometidos al Código civil; normativa aplicable con carácter subsidiario por ser depositaria de la disciplina común general en cuanto rige también para la contratación mercantil como legislación especial «en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad para contratar» (art. 50 [CCo \[LEG 1885, 21\]](#)).

El substrato común que comparte la contratación privada en los aspectos básicos de su formación y tipología ha motivado que una buena parte de los países de nuestro entorno europeo hayan optado por unificar su disciplina contractual general (Suiza –1881–, Italia –1942–, Portugal –1966–, Holanda –1992–, Alemania –2002–). Esta técnica ha sido la que se ha impuesto en la contratación transfronteriza por razones de la eficiencia del sistema (Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías) y del proceso armonizador del Derecho contractual europeo en un mercado único<sup>1</sup>(así, por ejemplo, los Principios sobre Derecho Europeo de Contratos (PECL), el Borrador de Marco Común de Referencia (DCFR) o la Propuesta de



Reglamento para una Compraventa Europea).

<sup>1</sup> Cf. Oliva Blázquez, F., «El Anteproyecto de Código Mercantil en el contexto del proceso de internacional de unificación del derecho privado de los contratos», *Revista de Derecho civil*, 2014, núm. 3, julio-septiembre, pp. 37 y ss. (<http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>)

En España el proceso de modernización de la normativa contractual básica no ha tenido resultados tangibles a pesar del carácter centenario de los Códigos Civil y de Comercio. La acción legislativa consumada se ha limitado a dar cumplimiento a los requerimientos impuestos por la Unión Europea a fin de trasponer las Directivas comunitarias a nuestro ordenamiento jurídico interno, en aras de cumplir con el desiderátum de la armonización normativa europea y propiciar la competencia del mercado mediante la tutela de los consumidores. La normativa comunitaria convive y se complementa con el régimen contractual nacional de cada país que integra la Unión, pues se asume como realidad que la unidad del mercado no demanda por sí un régimen uniforme y único en materia de contratación privada. Fruto de ello ha sido la progresiva implementación de la disciplina contractual de consumo mediante legislación especial (entre otras, [Ley 7/1998, de 13 de abril \[RCL 1998, 960\]](#), sobre condiciones generales de la contratación; [Ley 22/2007, de 11 de julio \[RCL 2007, 1356\]](#), sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; [Ley 7/1995, de 23 de marzo \[RCL 1995, 979, 1426\]](#), de crédito al consumo sustituida por la [Ley 16/2011 de 24 de junio \[RCL 2011, 1206\]](#), de contratos de crédito al consumo; [Real Decreto-Ley 8/2012, de 16 de marzo \[RCL 2012, 364\]](#), de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacaciones de larga duración, de reventa y de intercambio), o la refundición o modificación de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias; la última efectuada por la [Ley 3/2014, de 27 de marzo \(RCL 2014, 466, 677\)](#), con la que se ha incorporado a nuestro ordenamiento la [Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011 \(LCEur 2011, 1901\)](#), sobre los derechos de los consumidores.

La adecuación normativa contractual a la realidad presente se está abordando, además, con una técnica legislativa deficitaria que no deja indiferente y resulta más que cuestionable. La propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones del año 2009 ha sido olvidada y relegada. Se ha sustituido por el proyecto de actualización del Código de Comercio –Anteproyecto de Código Mercantil–, que aun siendo necesario, parte de un planteamiento más que cuestionable pues propone una regulación que no es sólo ni propiamente mercantil. Éste pretende configurar, según señala su exposición de motivos, un «recurso



unificador, un mismo Código para un mercado único, con vigencia en todo el territorio nacional» (punto I-7), aplicable a «los operadores del mercado» (art. 001-2 ACM); lo que ha merecido acerbas críticas y se ha tildado de deconstrucción del concepto de Derecho Mercantil en aras de la unidad mercado, obviando el papel del Derecho común contractual<sup>2</sup>. Valoraciones que parecen ciertas en atención a los puntos neurálgicos en los que se fundamenta la operatividad y el contenido de la regulación del ACM.

<sup>2</sup> Pondrá, J. M., «La deconstrucción del concepto de Derecho mercantil en aras de la unidad de mercado. Una aproximación a la Propuesta de Código Mercantil», *Revista de Derecho Mercantil*, 2013, núm. 290, pp. 28 y ss.

En el ámbito subjetivo el ACM somete a su disciplina de forma omnicompreensiva a la casi totalidad de los operadores del mercado<sup>3</sup>, incluyendo sectores que han quedado tradicionalmente fuera de su campo de actuación (el agrario de producción primaria, el artesanal o el de los profesionales liberales), además de los del régimen mixto atinente a la contratación con empresarios y la celebrada por consumidores. Respecto de ésta última se reconoce que la aplicación del ACM se plantea sin perjuicio de la aplicación de la normativa de protección al consumidor (art. 003.2 ACM), con lo que se mantiene la fragmentación normativa y se sitúa a la regulación ACM como disciplina común general en la contratación de consumo, a pesar de ser ésta por su volumen y generalidad el paradigma ordinario de la contratación privada efectuada por los particulares<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Art. 001-2. Ámbito subjetivo.1. A los efectos de este Código son operadores del mercado y quedan sujetos a sus normas:a) Los empresarios. Se consideran empresarios:1º. Las personas físicas que ejerzan o en cuyo nombre se ejerza profesionalmente una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, incluidas las actividades agrarias y las artesanales.2º. Las personas jurídicas que tengan por objeto alguna de las actividades indicadas en el número anterior.3º. Las sociedades mercantiles, cualquiera que sea su objeto.b) Las personas físicas que ejerzan profesionalmente y en nombre propio una actividad intelectual, sea científica, liberal o artística, de producción de bienes o de prestación de servicios para el mercado.c) Las personas jurídicas que, aun no siendo empresarios y con independencia de su naturaleza y objeto, ejerzan alguna de las actividades expresadas en este art., así como los entes no dotados de personalidad jurídica cuando por medio de ellos se ejerza alguna de esas actividades.2. Se consideran operadores del mercado las sociedades o entidades no constituidas conforme al Derecho español que ejerzan en España alguna de las actividades expresadas.

<sup>4</sup> Roppo, V., *Il contratto del duemila*, 2ª ed. , G. Giappichelli Editore, Torino, 2005, pp. 53 y ss.

Se califican de mercantiles los actos y contratos en función de su conexión con la actividad profesional de los sujetos (empresario-operadores), junto a otros considerados como tales *per se* en virtud de su objeto o del mercado en el que se concluyen, con independencia de que guarden o no relación con el ejercicio de la



actividad económica que el ACM fija para los sujetos sometidos a su disciplina (art. 001-3 ACM)<sup>5</sup>. Como se ha apuntado por la doctrina, se reputa mercantil todo lo que se mueve en el mercado<sup>6</sup>; sólo se entenderán «no mercantiles», y se relegarán al ámbito civil, los contratos celebrados entre particulares aunque, como se ha señalado, también sean éstos operadores del mercado.

<sup>5</sup> Art. 001-3. Ámbito objetivo.1. Son mercantiles y quedan sujetos a las normas del presente Código:a) Los actos y contratos en que intervenga un operador del mercado sujeto a este Código conforme al art. 001-2 y cuyo contenido principal pertenezca a las correspondientes actividades expresadas en ese artículo.b) Los actos y contratos que, por razón de su objeto o del mercado en que se celebren, el Código califica de mercantiles.c) Los actos de competencia en el mercado.

<sup>6</sup> García Rubio, M. P., «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la propuesta de Código mercantil», *Revista de Derecho civil*, 2014, Vol. 1, núm. 1, p. 9.

El otro aspecto de la regulación del ACM que resulta cuestionable es el relativo a la regulación dispuesta en los libros IV «De las obligaciones y contratos mercantiles en general», V «De los contratos mercantiles en particular», y VII «De la prescripción y caducidad»; que supone la construcción de una nueva y más amplia disciplina general de obligaciones y contratos mercantiles que carece justificación dogmática y genera distorsiones evidentes<sup>7</sup>. Este planteamiento es consciente y se justifica en la hipotética dificultad de alcanzar en España un régimen contractual único por la competencia legislativa civil que otorga a las Comunidades Autónomas, con Derecho civil foral o especial para su «conservación, modificación y desarrollo», el art. 149.1.8<sup>a</sup> [CE \(RCL 1978, 2836\)](#), y la limitada doctrina constitucional relativa a la competencia exclusiva del Estado en materia civil sobre «las bases de las obligaciones contractuales».

<sup>7</sup> Gondra, Ob. cit., pp. 38 y ss.

La realidad pluriordinamental existente en España y su posible injerencia en la uniformidad normativa constituyen el «leit motiv» y la justificación de la regulación que se ha dispuesto en los libros IV, V y VII del ACM, que aborda materias propias del régimen contractual general invocando la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación mercantil, art. 149.1.6<sup>a</sup> CE, en aras de conjurar una posible injerencia de las Comunidades Autónomas y desplazar a esa habilitación normativa los contenidos propios de la disciplina general de los contratos ligados a la competencia legislativa civil del 149.1.8<sup>a</sup> CE. El art. 149.1.6<sup>a</sup> CE ha sido la vía competencial invocada para proceder a la interiorización de las Directivas Comunitarias que han disciplinado aspectos centrales de la moderna contratación en atención a su vinculación con el consumo; ejemplo palpable es la [Ley 23/2003, de 10 de julio \(RCL 2003, 1764\)](#), de



garantías en la venta de bienes de consumo que amplió el régimen de saneamiento para la compraventa civil de los bienes de consumo, creando una nueva modalidad de compraventa que se ha querido diferenciar de la mercantil y civil<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Resulta de todo punto significativo lo indicado en la Exposición de Motivos: «La norma de transposición tiene rango de Ley, dado que incide tanto en el régimen de los vicios de la compraventa, regulados en los art. 1.484 y siguientes del Código Civil, como en la regulación de la garantía comercial que se recoge en los art. 11 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 12 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. La modificación que se lleva a cabo implica crear un régimen específico aplicable a los contratos de compraventa civil de bienes de consumo celebrados entre los consumidores y los vendedores profesionales. El régimen de saneamiento de vicios ocultos del Código Civil permanece inalterado, siendo de aplicación a las compraventas civiles no comprendidas en el ámbito de la directiva. El régimen contenido en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista sigue siendo aplicable para regular los aspectos de la garantía comercial que no vienen recogidos en esta ley. En conclusión, las acciones de reparación y sustitución del bien vendido, de rebaja de su precio y de resolución de la compraventa previstas en esta ley sustituyen, en el ámbito de las compraventas de bienes de consumo, a las acciones redhibitoria y quanti minoris derivadas del saneamiento por vicios ocultos, y dejan a salvo las acciones indemnizatorias que asisten a los compradores. En razón de tales incidencias, esta ley se dicta al amparo de lo establecido en el art. 149.1.6.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> de la Constitución, que confieren al Estado competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, procesal y civil».

Esa opción normativa cuenta con el apoyo de un sector de la doctrina mercantilista<sup>9</sup> que entiende que la Constitución política de 1978 ha abandonado la idea de la unificación del Derecho privado, afirmando que existe la necesidad de un Derecho unitario en el tráfico jurídico por lo que «la forma de conseguirlo ya no puede ser un Derecho privado unificado en un Código único, sino un Derecho especial lo más completo posible»<sup>10</sup>. Este postulado se enfrenta a las objeciones expuestas por un importante sector de juristas que ponen en entredicho la constitucionalidad de la propuesta, haciendo ver la distorsión conceptual y práctica que se introduciría con este planteamiento. El punto neurálgico de la crítica conceptual y de legalidad constitucional viene dado por la subversión que proyecta el texto ACM entre lo que es legislación general, no negada que se corresponde con la civil, y legislación especial, mercantil, que se halla garantizada constitucionalmente para el ámbito contractual. El Anteproyecto, señala Gete-Alonso<sup>11</sup>, unifica la materia patrimonial a la inversa, a través de lo especial (lo comercial), mediante el juego de amparar el ejercicio de la competencia legislativa exclusiva en sede mercantil (art. 149.1.6.<sup>a</sup> [CE \[RCL 1978, 2836\]](#)) y no civil (art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE) y bajo el auspicio del indicado principio de unidad de mercado, pretendiendo que todos los instrumentos jurídicos sean únicos.

<sup>9</sup> Bercovitz-Rodríguez Cano, A., *Apuntes de Derecho Mercantil*, 4.<sup>a</sup> ed., Editorial Aranzadi, 2004, p. 65 ([BIB 2004, 2201](#)); Olivencia, M., «El título preliminar de la Propuesta de Código mercantil», *Revista de Derecho Mercantil*, 2013, núm. 290, pp. 11 y ss. ([BIB 2014, 31](#)); Rojo, A., «El Derecho mercantil y el proceso de unificación del Derecho Privado», *Revista de Derecho Mercantil*, 2014, núm. 291, pp. 127 y ss. ([BIB 2014,](#)



[816](#)]; Végez, M., «La regulación de las obligaciones y contratos mercantiles en general en la "Propuesta de Código mercantil"», *Revista de Derecho Mercantil*, 2014, núm. 292, pp. 11 y ss. ([BIB 2014, 1473](#))

<sup>10</sup> Rojo, A., Ob. cit., p. 135

<sup>11</sup> «Las nociones de mercantilidad del Proyecto de Código Mercantil. Una deconstrucción a modo de denuncia o crítica», *Revista de Derecho Civil*, Vol. I, núm. 4, octubre-diciembre, 2014, p. 34.

Se aprecia, además, una cierta obsesión por calificar a toda la regulación que se contiene en el ACM como mercantil, como si por su inclusión en el texto fuera indiscutible que se hubiera transmutado el carácter general de las normas contractuales. Esta voluntad de «mercantilizar» toda la normativa y justificar la regulación sólo en el título competencia del art. 149.1.6ª CE es tan pertinaz que hasta la modificación del «párrafo segundo del art. 1170 del [Código civil \(LEG 1889, 27\)](#) », que se efectúa en la disposición final primera, se fundamenta en la competencia sobre legislación mercantil; lo que pone de manifiesto y ratifica que la naturaleza de las normas no se deriva del Código en el que se encuentran ínsitas, trascendiendo a éste.

Más allá de considerar mercantil a los llamados actos mixtos, contratación con particulares, o la moderna factura de tales, que se concreta en la contratación con consumidores, imponiéndoles a todos ellos la disciplina del Código Mercantil, que conlleva en su espíritu una revalidación legislativa de la asimetría de los poderes contractuales *por mor* de la unidad del mercado, se plantea el problema de los límites constitucionales a los contenidos normativos que proyecta el ACM.

Como se ha puesto de relieve por un sector de los autores<sup>12</sup>, con cita de la doctrina constitucional ( [SSTC 76/1983 \[RTC 1983, 76\]](#) y [247/2007 \[RTC 2007, 247\]](#) ), la definición de los contenidos de lo que constituye «legislación mercantil» (art. 149.1.6ª CE) y «legislación civil» (art. 149.1.8ª CE), derecho especial y general, no se modifica por la calificación que hagan de ello el legislador estatal y autonómico, ni trasmuta su esencia. Los libros IV, V y VII del ACM, en tanto que inciden en los aspectos generales de la contratación moderna, las normas básicas en materia de obligaciones y contratos mercantiles, y la materia de condiciones generales, no parece que se puedan sustraer al marco competencial del art. 149.1.8 CE para ampararse de forma exclusiva y excluyente en la competencia del Estado sobre «legislación mercantil» del art. 149.1.6ª CE. Ello supondría vaciar de contenido y contravenir la garantía constitucional que otorga el art. 149.1.8ª CE a la materia legislativa civil sobre «las bases de las obligaciones contractuales»; competencia que, por otra parte, corresponde en exclusiva al Estado<sup>13</sup>. El «nomen» legal que atribuya el legislador estatal no permite que las categorías contractuales generales de carácter civil varíen





su naturaleza a la especial mercantil, ni alteren el marco competencial marcado por la CE en aras de la unidad de mercado.

<sup>12</sup> Cf. «Alegaciones a la propuesta de Código Mercantil hechas por el Grupo Actualiza », *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo, 2014, pp. 223 y ss.

<sup>13</sup> Cf. García Rubio, M. P., Ob. cit., pp. 17 y ss.

En el fondo de esta cuestión se plantea lo que resultan ser los aspectos básicos aceptados por la doctrina jurídica de la funcionalidad del Derecho mercantil respecto del Derecho civil. Como ha señalado Gondra<sup>14</sup>, tres son las premisas asumidas en este tema. La primera es que el Derecho mercantil existe en tanto en cuanto se presenta como Derecho especial respecto del común. Dicha especialidad presupone la parcialidad de la esfera de vigencia de la norma y un tratamiento diferenciado de la materia que se regula alejada del Derecho general, por cuanto implica desviaciones o innovaciones respecto de éste.

<sup>14</sup> Ob. cit., pp. 46 y ss.

La segunda idea compartida deviene de la fragmentariedad del Derecho mercantil como Derecho especial que, en el ámbito del Derecho de las obligaciones y contratos, supone que se valga de la rama que constituye Derecho común y llene los vacíos para los que no hay especialidad de trato normativo en el Derecho especial<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> En este sentido resultan de todo punto ilustrativas las consideraciones de Gondra, J. M, Ob. cit., p. 47 quien señala: «Pretender a estas alturas, retomar la senda de aquellos primeros códigos de comercio, que abrieron brecha en el proceso de codificación del Derecho privado, para intentar hacer pasar por Derecho mercantil lo que es Derecho común, mediante el simple expediente de su inclusión en un código que lleva esta etiqueta, resulta difícil de sostener y hace dudoso que pueda servir eficazmente al propósito último de asegurar la unidad del régimen jurídico del mercado. Creo que el art. 149.1.8ª al Estado proporciona otra vía, ciertamente menos expeditiva, como es la competencia exclusiva atribuida al Estado sobre "las bases de las obligaciones contractuales" que, de forma mucho menos forzada, le permitiría alcanzar ese objetivo sin operar una deconstrucción del concepto del Derecho mercantil y, de paso, del civil».

El tercer aspecto es la acusada historicidad de este Derecho especial que deviene de su cambio y evolución, y que impide fijar un concepto atemporal del mismo. El permanente cambio del Derecho especial mercantil, por su vínculo con la realidad económica y social, repercute en su función de especialidad frente a lo que acontece en el civil. Por ello, se estima cuestionable la filosofía que subyace en el ACM que parte de la base de que el Derecho mercantil debe ser un Derecho del mercado, cuando la identificación de esta parcela jurídica por conexión con el mercado no es un elemento por sí exclusivo y definidor del Derecho mercantil, pues otros ámbitos jurídicos como el Derecho laboral también responden a esa idea<sup>16</sup>. A ello se añade



que las recientes reformas efectuadas en los Códigos de Comercio de países de nuestro entorno, como Alemania y Austria, han acometido tales reformas en la dirección que marca la teoría de la empresa.

<sup>16</sup> Cf. Gete-Alonso Calera, M. C., Ob. cit., pp. 39 y ss.

En atención a lo expuesto, no extrañará la importancia que puede tener de futuro este cuerpo normativo para la contratación, en general, y los contratos bancarios, en particular, a los que el ACM dedica una atención especial.

Debe recordarse que uno de los ámbitos en los que la evolución económica y social ha ido por delante de su regulación ha sido el de las modalidades contractuales bancarias incluidas dentro de lo que comúnmente se ha identificado como operaciones de activo y pasivo. La falta de una tipificación específica de estas modalidades contractuales, caracterizadas por ser parte de la relación contractual una entidad de crédito (art. 1 [Ley 10/2014, de 26 de junio \[RCL 2014, 884\]](#) ) o establecimiento financiero de crédito (art. 1, a) [RD 692/1996, de 26 de abril \[RCL 1996, 1658\]](#) ), se ha resuelto a través de la aplicación de los tipos contractuales próximos y las reglas generales contenidas en la legislación especial, el Código de comercio y el Código civil. La dicotomía de las disciplina contractual civil-mercantil, en contratos como el préstamo o el depósito, junto con el hecho de que una parte significativa de estas operaciones sean concluidas por particulares o personas físicas que tienen la condición de consumidores, por actuar «con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión» (art. 3 [LGDCU \[RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372\]](#) ), han llevado a que se plantee el tema de la unificación de su régimen; señalándose por la doctrina<sup>17</sup> que el sistema de la simultánea regulación civil y mercantil apenas encuentra hoy justificación.

<sup>17</sup> Cf. Añoveros Trías de Bes, X., «El préstamo bancario», *Tratado de Derecho Mercantil. Las operaciones bancarias de activo*, Vol. 2., Marcial Pons, 2007, pp. 27 y ss.

La conciencia de esta realidad ha supuesto que el libro V del ACM haya abordado la tipificación de estas relaciones contractuales. En ese ánimo, que refleja la necesidad del establecimiento de un régimen general básico de obligaciones y tipos contractuales, se ha disciplinado nominalmente el contrato de cuenta corriente dentro de los contratos de prestación de servicios mercantiles y sobre bienes inmateriales (capítulo VIII del título III); así como los contratos de préstamo de dinero, de depósito de dinero, de apertura de crédito o el de descuento, incluidos en la sección de los contratos financieros (título VII).

Las críticas anteriormente referidas se revalidan en este marco, pues la regulación



ACM lejos de cumplir con la aspiración de ofrecer una unidad de disciplina y un régimen claro no consigue borrar, ni enmendar, la fragmentariedad y complejidad normativa.

La consideración omnicomprensiva de que todo tipo de contrato tiene carácter mercantil no resuelve el problema del laberinto normativo y superposición de leyes. El hecho de que buena parte del volumen negocial se lleve a cabo por particulares con un propósito ajeno a la actividad comercial, empresarial, oficio o profesión (art. 3 TRLGDCU) conlleva que la calificación del contrato no pueda estimarse en toda su dimensión mercantil, como pretende el texto. Tales contratos serán de consumo y sujetos a la normativa de protección de este ámbito. Ello resulta especialmente significativo, por ejemplo, en el contrato de cuenta corriente que se declara en todo caso mercantil (art. 579-1 ACM), y se remarca que para que el contrato tenga tal carácter «basta con que uno de los contratantes sea operador de mercado» (art. 579-2 ACM); declaración de todo punto significativa dado que, en la práctica, es uno de los tipos contractuales de mayor volumen negocial dentro de la contratación efectuada por los particulares. Tal planteamiento subvierte la funcionalidad de lo que constituye la legislación mercantil, como especial, y no resuelve los problemas que se pueden plantear para este ámbito contractual, ya que no agota su disciplina remitiendo el propio texto normativo a la legislación específica en los acuerdos de compensación.

Otro tanto cabe advertir de los contratos de préstamo de dinero y depósito de dinero, considerados en todo caso mercantiles, que abordan los aspectos estructurales de esas categorías contractuales y que no agotan en sí toda su disciplina; basta pensar en los préstamos al consumo (Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo), o la abundante legislación que se ha venido produciendo respecto al préstamo hipotecario en el actual contexto de crisis económica en aras de tutelar al prestatario particular ([Ley 2/2009, de 31 de marzo \[RCL 2009, 697\]](#), 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; [Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo \[RCL 2012, 315\]](#), de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos; [Ley 1/2013, de 14 de mayo \[RCL 2013, 718\]](#), de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social).

Ello pone de manifiesto las dificultades de una regulación uniforme por razón del mercado, planteándose más allá del establecimiento de los aspectos típicos estructurales de la relación contractual, que devendrían del objeto y conformación de

las prestaciones, la diversidad regulatoria en virtud de los sujetos que integran las relaciones contractuales y fin material que se persigue con dichos contratos.

## II. Actual convergencia normativa: contratación con condiciones generales en las operaciones de activo y pasivo

### 1. Sometimiento al régimen de contratación con condiciones generales

Hoy por hoy la totalidad de las operaciones de activo y activo se encuentran instrumentadas en contratos tipo y su contenido contractual se articula a través de cláusulas calificables de condiciones generales (art. 1 [LCGC \[RCL 1998, 960\]](#)). Por ello la disciplina contractual de estos contratos se encuentra intrínsecamente vinculada a esta modalidad de contratación que, como ha señalado la [STS de 8 de septiembre de 2014 \(RJ 2014, 4660\)](#), constituye un auténtico modo de contratar claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado por nuestro Código Civil, con un régimen y presupuesto causal propio y específico que hace descansar su eficacia última, no tanto en la estructura negocial del consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden al equilibrio prestacional y a la comprensibilidad real de la reglamentación predispuesta, en sí misma considerada; siendo éste el modo general de obtención de los bienes y servicios bancarios<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> Martínez de Salazar Bascañana, L., *Condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos bancarios*, EDICIP, Cádiz, 2002, pp. 84 y ss.

El doble nivel de protección que dispensa la [Ley 7/1998, de 13 de abril \(RCL 1998, 960\)](#), sobre Condiciones Generales de la Contratación, cuyas previsiones excedieron el mandato impuesto por la [Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 \(LCEur 1993, 1071\)](#), sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, incide directamente en este ámbito contractual en el que la frontera entre lo civil, Derecho general, y el mercantil, Derecho especial, puede resultar más compleja; quedando la tradicional consideración de «acto mixto» refugiada en la calificación de «acto de consumo» por concluirse el contrato por un «consumidor o usuario» de banca.

Como se recordará, la LCGC prevé que todos los contratos que contengan condiciones generales satisfagan las exigencias que se disponen en los arts. 5 y 6



LCGC, a fin de garantizar la correcta formación del contrato y efectiva prestación del consentimiento sobre las reglas que disciplinarán su relación. Para ello se exige que el adherente tenga la oportunidad real de conocer los términos de la contratación, informándole sobre éstos y garantizando su cumplimiento a través de la firma (art. 5.1 LCGC). Es condición necesaria que la redacción de las cláusulas cumplan con las exigencias de «transparencia, claridad, concreción y sencillez» (art. 5.5 LCGC), pues no se entenderán incorporadas al contrato aquellas estipulaciones que no se haya tenido la oportunidad de conocer. Esta última exigencia, que tiene especial relevancia en la contratación bancaria, se entiende satisfecha si las cláusulas fueron aceptadas por el adherente y se ajustaron a la normativa de «transparencia» (art. 7. b) LCGC)<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> [Real Decreto 712/2010, de 28 de mayo \(RCL 2010, 1437\)](#), de régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago; [Orden EHA 1608/2010, de 14 de junio \(RCL 2010, 1602\)](#), sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago; [Orden EHA 1718/2010, de 11 de junio \(RCL 2010, 1734\)](#), de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios; [Ley 16/2011, de 24 de junio \(RCL 2011, 1206\)](#), de contratos de crédito al consumo; [Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre \(RCL 2011, 1943, 2238\)](#), de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; [Circular 5/2012, de 27 de junio \(RCL 2012, 943, 1390\)](#), 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; [Real Decreto-ley 6/2013, de 22 de marzo \(RCL 2013, 457, 515\)](#), de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero; [Ley 1/2013, de 14 de mayo \(RCL 2013, 718\)](#), de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; [Ley 10/2014, de 26 de junio \(RCL 2014, 884\)](#), de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

Tal normativa resulta aplicable a todo cliente, aunque se acepta su disponibilidad total o parcial, para el usuario no consumidor en los servicios de pago (art. 2 [Orden EHA 1608/2010, de 14 de junio \[RCL 2010, 1602\]](#), sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago); y para quienes desarrollen una actividad profesional o empresarial en cuanto al resto de cuestiones que no afecten a las operaciones de crédito y préstamo hipotecario del capítulo II, título III (arts. 19 a 32) de la [Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre \(RCL 2011, 1943, 2238\)](#), de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (art. 2.4)<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> «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 orden, con la excepción de lo establecido en el capítulo II del título III».

A este control sigue el de «contenido», que lo es de legalidad, restringido al ámbito de la contratación con consumidores y que determina la calificación de una cláusula como abusiva (art. 8.2 [LCGC \[RCL 1998, 960\]](#) y art. 82 [TRLGDC \[RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372\]](#)), entendiéndose como tales «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»<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> Cf. Miquel González, J. M., «Art. 82. Concepto de cláusulas abusivas», *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, dir. Cámara Lapuente, S., Colex, 2011, pp. 718 y ss.

Los perfiles de esos controles determinan la eficacia y validez de lo contratado, así como su operatividad, según nos encontremos ante operaciones realizadas entre entidad de crédito o financiera y profesionales o empresarios<sup>22</sup>, operaciones calificables como mercantiles, o entre aquella y un particular –consumidor o usuario–, sujeta a la disciplina general de los contratos de consumo. En los últimos tiempos, la doctrina y la jurisprudencia han venido aquilatando la aplicación de esos controles para uno y otro tipo de relación; evolucionando en su consideración hacia el reconocimiento de un control específico e independiente de «transparencia», respecto al «control de inclusión», que se proyectaría sobre la valoración del «control de contenido» o «abusividad», y que tiene especial relevancia en las relaciones contractuales ligadas a las operaciones bancarias y productos financieros.

<sup>22</sup> Cf. Albiez Dormán, K. J. ( *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, Thomson-Civitas, 2009, Pamplona, pp. 270 y ss.) ([BIB 2009, 355](#)) quien propone la articulación de un régimen independiente y distinto del control de contenido para la contratación entre empresarios basada en la mayor protección del adherente débil, la observancia de la cláusula general de la buena fe y la situación de dependencia que determine una situación de abuso de la posición dominante.

## **2. Evolución del control de inclusión: el control de transparencia y condición de los clientes**

Tradicionalmente el deber de transparencia ha sido una exigencia ligada a la situación cognoscitiva<sup>23</sup> en la que se encuentra el adherente<sup>24</sup>. El incumplimiento de la normativa que regula los deberes de transparencia en el ámbito bancario ha conllevado que las cláusulas no fueran incorporadas al contrato o se interpretaran «contra proferentem», en el caso de que fueran oscuras o ambiguas. Hasta fechas recientes, la inobservancia aquel deber no ha incidido en la apreciación del siguiente nivel de tutela, que se proyecta en la valoración del equilibrio sustancial de la relación contractual y que corresponde al control de abusividad de las estipulaciones, limitado a los contratos celebrados por consumidores<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Rosillo Fiaren, A., *La configuración del contrato de adhesión con consumidores*, La Ley, Madrid, 2010,

pp. 110 y ss.

24 Cf. [SAP de Madrid de 24 de septiembre de 2012 \(PROV 2013, 8734\)](#).

25 Pertiñez Vílchez, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Thomson-Aranzadi, 2004, pp. 31 y ss. ([BIB 2005, 135](#)); «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *INDRET*, 2013, núm. 3, pp. 1 y ss.; González Pacanowska, «Comentario al art. 80», *Comentario del Texto Refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, 2009, p. 929. ([BIB 2009, 3418](#))

La efectividad que ha ofrecido este primer nivel de protección en la contratación bancaria a los adherentes que actuaban con un propósito profesional o empresarial no se ha cuestionado, doctrinal ni jurisprudencialmente ( [STS de 9 de mayo de 2013 \[RJ 2013, 3088\]](#) )<sup>26</sup>, cuando no se cumplieron las exigencias formales de firma del contrato o se ofreció una información equívoca que limitó la comprensión de las consecuencias de lo contratado atendiendo a la formación y conocimiento técnico del profesional o empresario contratante. En este sentido resultan significativas decisiones como la contenida en la [SAP de Ourense de 11 de abril de 2012 \(PROV 2012, 155066\)](#) <sup>27</sup> que estimó en un contrato de «gestión de riesgos financieros», firmado por un empresario, la falta de «transparencia» determinante de un error del consentimiento por no haber podido conocer aquél con la debida precisión las consecuencias reales de la operación, «que no resultaban de sus términos literales, que comprendía unas connotaciones especulativas y de alto riesgo para el cliente, susceptibles de incrementar altamente los costes financieros de su empresa, como en efecto lo hizo, en lugar de estabilizarlos». Se ha negado, en cambio, que pudiera aceptarse tal valoración por falta de información o transparencia tratándose de empresarios cualificados y con conocimiento sobre la materia ( [SAP de Pontevedra 14 d enero de 2011 \[AC 2011, 282\]](#) , [STS 2 de julio de 2014 \[RJ 2014, 3784\]](#) ). En definitiva, la formación y conocimiento profesional son determinantes en la valoración del cumplimiento del requisito de la cognoscibilidad e inteligibilidad de las condiciones generales, y la pertinencia de la información que determina ésta se analiza en el contrato desde el plano subjetivo.

26 «En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los arts. 5.5 [LCGC \(RCL 1998, 960\)](#) –"[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" –, 7 LCGC –"[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]"–».

27 En el mismo sentido, por ejemplo, [SAP de A Coruña de 16 de septiembre de 2013 \(PROV 2013, 311793\)](#) ; [SAP de Jaén de 21 enero de 2013 \(AC 2013, 1175\)](#) ; [SAP de Murcia de 30 enero de 2014 \(PROV 2014,](#)



[67393](#)); [SAP de Asturias de 7 de noviembre de 2012 \(AC 2013, 35\)](#) en la que se señala expresamente: «la condición de empresario de la entidad demandante no es razón suficiente para excluir el error de consentimiento, pues como reconoce la recurrente, su actividad empresarial la desarrolla en un ámbito ajeno al mundo de las finanzas, siendo obligación de la entidad recurrente, con arreglo a la buena práctica bancaria, el facilitar al cliente en general, y en particular a alguien considerado como cliente preferencial o buen cliente, la información suficiente, clara, precisa, detallada de los productos financieros que contrata, y ello tanto en los aspectos que le benefician como en los que le perjudican, de forma especial en estos últimos, a fin de que pueda calibrar el alcance del riesgo que asume. Información que no podemos dar por acreditada en el caso de autos ante las declaraciones contradictorias de los litigantes. El hecho de que la entidad demandante se halle sometida a una auditoría externa, no exime de las obligaciones que correspondían a la entidad crediticia. En primer lugar porque esa auditoría se lleva a cabo en estos momentos y no consta existiera al tiempo de concertar el contrato ahora analizado. En segundo lugar porque la finalidad de la auditoría es examinar, revisar y controlar las cuentas de la sociedad y no el asesoramiento acerca de los productos financieros que concierte».

El deber de transparencia se ha conceptualizado tradicionalmente como un elemento definidor del control de inclusión que permitía la integración de las cláusulas contractuales dentro de contrato, sin ulterior efecto en el control de contenido. Su entidad propia como factor que faculta la valoración del control de «abusividad» de las cláusulas, se planteó doctrinalmente<sup>28</sup> postulándose como un control separado al estilo de lo previsto en Alemania<sup>29</sup>; y el Tribunal Supremo le ha otorgado significativamente carta de naturaleza, no sin discusión y crítica<sup>30</sup>, al resolver sobre la abusividad de algunas cláusulas insertas en contratos bancarios de préstamo<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Pertíñez Vílchez, F., *Las cláusulas abusivas...* cit., pp. 109 y ss., «Art. 80. Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente», *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, dir. Cámara Lapuente, Colex, 2011, p. 707; «Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2012, 9, pp. 89-94 ([BIB 2011, 840](#)).

<sup>29</sup> Así se ha planteado en algunos países como Alemania en el que la infracción de este deber se configura como un control que convierte a la cláusula en abusiva. Cf. Pertíñez Vílchez, F., *Las cláusulas abusivas...* cit., pp. 111 y ss.; «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *INDRET*, 2013, núm. 3, pp. 10 y ss.

<sup>30</sup> Han cuestionado que el control de transparencia pueda plantearse como un control independiente del de inclusión Carrasco Perera, A. y Cordero Lobato, E., «El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, núm. 7, pp. 17 y ss.; Carrasco Perera, A. y González Carrasco, M. C., «La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7, 2013, pp. 126 a 163; González Carrasco, M. C., «Requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS 9 de mayo de 2013», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013, pp. 116 y ss.; «La falta de transparencia en la segunda STS sobre cláusula suelo (Comentario a la STS de 8 de septiembre de 2014 y a su voto particular)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 12, 2014, pp. 82 y ss.; Muñoz García, C., «Afectación de la declaración de cláusula abusiva en la comercialización de operaciones bancarias», *Diario La Ley*, núm. 8400, 16 de Octubre de 2014, pp. 5 y ss.





<sup>31</sup> Cámara Lapuente, S., «El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 de junio de 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 de mayo 2013 sobre cláusulas suelo», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, 2013, núm. 6, pp. 104 y ss.; Plaza Penadés, J., «Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo», *Diario la Ley*, núm. 8112, 25 junio 2013, pp. 3 y ss.

El pronunciamiento inicial que apuntó la posibilidad de una consideración independiente de aquel control fue la [STS de 18 de junio de 2012 \(RJ 2012, 8857\)](#) que resolvió el tema del posible carácter abusivo de los intereses de un préstamo contratado por un «no consumidor» a un interés muy superior al habitual (20,5%), justificados en las circunstancias singulares de refinanciación de dicho operación y los riesgos que asumía el prestamista. El Alto Tribunal desestima que no existiera incorporación de esa cláusula al contrato y que ésta incumpliese con el requisito de transparencia<sup>32</sup>, apuntando la compatibilidad de la normativa sobre la interpretación contractual recogida en el Código civil y el régimen dispuesto para las condiciones generales, pues «los mismos requisitos de incorporación que contempla esta legislación (art. 5.5 LCGC) presuponen que el ajuste a los criterios de "transparencia, claridad, concreción y sencillez" se ha realizado desde una previa labor interpretativa», a la que se remite el propio art. 6.3 LCGC. El Alto Tribunal diferencia el «control de inclusión» y el «control de transparencia», reseñándose que este último puede proyectarse sobre los elementos esenciales del contrato a diferencia de lo que acontece respecto al «control de contenido» o «control de abusividad». Asimismo, se define el control de transparencia como aquel que «tiene por objeto que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para él y, a su vez, la prestación económica que va a obtener de la otra parte», distinguiéndose aquél del «error propio» o «error vicio» que pueden experimentar los prestatarios en atención a la equivocada creencia o representación mental sobre las condiciones económicas del contrato de préstamo.

<sup>32</sup> A diferencia de lo establecido en la Propuesta de Modernización de las Obligaciones contractuales, que no discrimina en cuanto a la exigencia de transparencia de las condiciones generales si el adherente es un empresario o un consumidor, los arts. 430-2 y 430-2 ACM sólo requieren, sin perjuicio de la legislación que tutela al consumidor, que el adherente acepte voluntariamente éstas para que queden incorporadas al contrato sin exigirse que las cláusulas deban ser transparentes. Cf. Albiez Dirham, K. «Primeras observaciones a la Propuesta de Código Mercantil en materia de condiciones generales de la contratación», *Diario la Ley*, núm. 8172, 2013.

Los términos de la cuestión se han acotado en la [STS de 9 de mayo de 2013 \(RJ 2013, 3088\)](#)<sup>33</sup>, pronunciamiento con el que se ha puesto fin al largo debate judicial sobre la validez o nulidad de las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios; cláusulas previstas en la legislación sobre transparencia en la contratación con



consumidores (OM de 12 de diciembre de 1989; OM de 5 de mayo de 1994 ; Ley 2/2009, de 31 de mayo; [Orden EHA 2899/2011, de octubre \[RCL 2011, 1943, 2238\]](#) ; y [Ley 1/2013, de 14 de mayo \[RCL 2013, 718\]](#) ). La legalidad de este tipo de cláusulas que determinan el tipo mínimo de interés que, en todo caso, habrá de ser satisfecho por el cliente había sido cuestionada cuando no tenían como contrapartida un tipo máximo de interés (una cláusula techo), o bien mediaba una gran desproporción entre el suelo y el techo pactados (entre otras, [SJM Sevilla 20 de septiembre de 2010, SJM León 11 de marzo de 2011 \[AC 2011, 179\]](#) , [SJM Barcelona 12 de septiembre de 2011 \[AC 2011, 2154\]](#) , [SJM Málaga 20 de noviembre de 2011, SJM Palma de Mallorca 2 de febrero de 2012 \[AC 2012, 316\]](#) , [SAP Cáceres 24 de abril de 2012 \[PROV 2012, 154622\]](#) ). Aunque también se había afirmado su validez en atención a que los límites a la baja y al alza de los tipos de interés no podían valorarse con un patrón del desequilibrio por no encontrarnos ante un contrato generador de obligaciones recíprocas (el préstamo real es un contrato unilateral), y ser aquellas un mecanismo contractual dirigido a reducir el riesgo de pérdidas (entre otras, [SAP Sevilla 7 de octubre de 2011 \[AC 2011, 1569\]](#) , [SAP Sevilla 10 de diciembre de 2011, SJM Madrid 8 de septiembre de 2011 \[AC 2011, 2146\]](#) , [SJM Alicante 23 de junio de 2011 \[AC 2011, 2009\]](#) , [SJM Jaén 7 de febrero de 2012 \[AC 2012, 328\]](#) ).

<sup>33</sup> La sentencia del Tribunal Supremo resolvió los recursos planteados contra la [SAP de Sevilla de 7 de octubre de 2011 \(AC 2011, 1569\)](#) que, al no considerar posible la existencia de desequilibrio en los contratos unilaterales, no había llegado a analizar la abusividad de determinadas cláusulas suelo (de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., Cajamar Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito [hoy Cajas Rurales Unidas, S.C.C.] y Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (hoy NCG banco S.A.U.)), abusividad que sí había sido apreciada por la [sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla, de 30 de septiembre de 2010 \(AC 2010, 1550\)](#) , a instancias de AUSBANC, que ejercitó una acción colectiva de cesación. Por [Auto del TS de 3 de junio de 2013 \(RJ 2013, 3617\)](#) se resolvió la petición de aclaración de la sentencia; y por [Auto del Pleno del TS de 6 de noviembre de 2013 \(PROV 2013, 355553\)](#) , el incidente de nulidad de actuaciones.

La [STS de 9 de mayo de 2013 \(RJ 2013, 3088\)](#) <sup>34</sup> delimita varias cuestiones relevantes respecto a la consideración de la cláusula suelo, controles a los que queda sometida su incorporación a la relación contractual, y eficacia del contrato de préstamo.

<sup>34</sup> Cf. Martínez Escribano, C., «El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo», [Revista de Derecho Bancario y Bursátil, 2014, núm.133 \(BIB 2014, 726\)](#) ; Sánchez Martín, C., «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria», *Diario La Ley*, 29 de mayo de 2013, núm. 8092.

En primer lugar, la legitimidad de la cláusula suelo que no se considera que sea



abusiva ni desproporcionada en sí, incluso aunque no exista techo. Ésta se entiende un elemento esencial del contrato determinable, conforme a la iniciativa empresarial, dentro de los límites marcados por el legislador. Las cláusulas suelo se afirma que son estipulaciones que describen y definen el objeto principal del contrato sobre el que no cabe, como regla general, el control de equilibrio<sup>35</sup>. Aunque ello no limita que se puedan someter al doble control de transparencia, pues «este control de transparencia se deriva a *contrario sensu* del art. 4.2 de la [Directiva 93/13/CEE \(LCEur 1993, 1071\)](#), cuando establece que "la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato (...) siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible", es decir, que serán abusivas estas cláusulas si no están redactadas de forma clara y comprensible». Con ello parece asumirse la operatividad, dentro de nuestro ordenamiento, del art. 4.2 de la Directiva 93/13, enmendando lo señalado por la [STJUE 3 de junio de 2010 \(TJCE 2010, 162\)](#) que aceptó la posibilidad de que los Estados miembros puedan adoptar «una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida», y que quedaría limitado al control de cognoscibilidad de los elementos esenciales del contrato y no propiamente a éstos<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> El tema del posible control de los elementos esenciales del contrato ha sido una cuestión abierta y discutida. Entre otros autores Miquel González, J. M. (Ob. cit., pp. 720 y ss.) ha negado la pertinencia de aquel, afirmando que la [LGDCU \(RCL 1984, 1906\)](#) no introdujo ningún precepto que permitiera controlar en sí mismos los elementos esenciales, efecto que no se puede anudar a la no transposición del art. 4.2 de la Directiva.

<sup>36</sup> Cf. Cámara Lapuente, S., Ob. cit., pp. 111 y ss.

En segundo lugar, la neta diferenciación que se establece del control inclusión y del control de transparencia, este último fundado en el art. 5, apartado cinco, de la [LCGC \(RCL 1998, 960\)](#). El primero se considera satisfecho cuando el predisponente acredita la puesta a disposición y la «oportunidad real de conocer el contenido de dichas cláusulas», entendiéndose cumplido cuando se satisfacen las exigencias del art. 7 LCGC aplicable a todo tipo de contrato y, en su caso, la observancia del proceso para la concesión de préstamo hipotecario detallado en el [OM de 5 de mayo de 1994 \(RCL 1994, 1322\)](#).

En tercer lugar, la consideración del control de transparencia como un parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta; esto es, fuera del ámbito de



interpretación general del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) del «error propio» o «error vicio», que puede proyectarse sobre los elementos esenciales del contrato. Éste tiene «por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo».

En cuarto lugar, la consideración de que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula considerada aisladamente, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una estipulación no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente. El control de transparencia de las cláusulas no negociadas se considera que en los «contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato».

En quinto lugar, la falta de transparencia de las cláusulas suelo enjuiciadas que se entendía superaban el primer nivel de incorporación, pero no el de transparencia en atención a que: 1º) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. 2º) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas. 3º) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar. 4º) 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. 5º) En el caso de las utilizadas por la entidad bancaria, se ubicaban entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y diluyen la atención del consumidor<sup>37</sup>. Según se señaló en aclaración de sentencia por el [ATS 3 junio 2013 \(RJ 2013, 3617\)](#), estos criterios que permiten estimar la falta de transparencia son un *numerus apertus* pudiendo acreditarse ésta también por otras circunstancias.

<sup>37</sup> Carrasco Perera, A. y Cordero Lobato, E., «El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, núm. 7, pp. 17 y ss.

En sexto lugar, la valoración que la calificación de abusividad de esa cláusula que



no queda cercenada por la naturaleza unilateral del contrato del préstamo real, pues los términos de la comparación son el conjunto de derechos y obligaciones de las partes y no necesariamente las obligaciones recíprocas. Previsión que hace pensar que la estructura de los contratos bancarios no limita el control de inclusión y contenido sobre las estipulaciones que lo integran, ni cabe aducirlo para excluir la protección que despliega LCGC<sup>38</sup>. En realidad, más allá del hecho de que la práctica bancaria ha convertido a este tipo de contrato como bilateral y la discusión doctrinal sobre su naturaleza unilateral o bilateral, el conjunto de deberes y obligaciones que se derivan para las partes<sup>39</sup>, unas pactadas y otras derivadas de la naturaleza del contrato, la buena fe, el uso y la ley (art. 1258 CC), relativiza la entidad que ello pueda tener en cuanto a la aplicación de la normativa sobre condiciones generales y su disciplina.

<sup>38</sup> Así se define en el art. 573-1 ACM: «Por el contrato mercantil de préstamo el prestamista se obliga a entregar al prestatario una determinada suma monetaria, para que éste le devuelva, dentro del plazo pactado, la cantidad recibida, incrementada con el correspondiente interés».

<sup>39</sup> Ordás Alonso, M., *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos*, Bosch, 2014, pp. 19 y ss.

Por último, las consecuencias que se anudan a la declaración de falta de transparencia. Ésta conlleva la nulidad parcial de las condiciones ilícitas en virtud de los principios *favor negotii* y *utile per inutile non vitiatur* (art. 9.2 LCGC). Se estima pertinente el mantenimiento del resto del contrato, aunque no quepa su integración y reconstrucción «equitativa» tras la declaración de contravención del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 por el art. 83 TR-LGDCU, efectuada por la [STJUE de 14 de junio de 2012 \(TJCE 2012, 143\)](#) (apartado 73), precepto ya modificado y que atribuía al juez nacional esa facultad de integración cuando se declaraba la nulidad de una cláusula por abusiva. La nulidad de la cláusula suelo, se estima por el Tribunal Supremo, no conlleva la nulidad de los contratos en los que se inserta, puesto que no imposibilita su subsistencia. Las cláusulas suelo «se refieren al objeto principal del contrato –de ahí que el control de su abuso nada más sea posible cuando haya falta de claridad en los términos indicados–», pero el objeto principal no puede identificarse con «elemento esencial»; siendo el tratamiento dado a las cláusulas suelo por las demandadas «determinante de que no forme "parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo y con ello de su objeto y causa"».

La [STS de 8 de septiembre de 2014 \(RJ 2014, 4660\)](#) ha consolidado esta doctrina del doble control de abusividad por transparencia y equilibrio, entendiendo que ello



resulta armónico con el planteamiento de la [STJUE de 30 de abril de 2014 \(TJCE 2014, 105\)](#) (C-26/13) que declara, entre otros extremos, que: «El art. 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo».

Algunos autores han discrepado del parecer de estas sentencias<sup>40</sup> criticando que la que observancia escrupulosa de los requisitos de información-transparencia impuestos por la normativa imperativa sectorial ( [OM de 5 de mayo de 1994 \[RCL 1994, 1322\]](#) y [EHA 2899/2011 \[RCL 2011, 1943, 2238\]](#) ) no baste para satisfacer el estándar de transparencia exigido por el juzgador, cuando es manifiesto que éste fue y ha sido el propósito del Ministerio de Economía y del Banco de España. Cuestionan que deba existir un régimen cualificado de transparencia y que no pueda entenderse satisfecho éste por el simple régimen que deviene de la normativa bancaria. En este sentido se aduce que en el apartado 5.6) de la Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario publicada por el BE en julio de 2013, siguiendo el mandato contenido en el art. 20 de la Orden EHA 2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (actualmente también la disposición adicional tercera de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social), el BE reconoce que «es el cliente quien debe prestar atención y valorar la diferencia existente entre el suelo y el techo, y la relación que estos guardan con el tipo de referencia seleccionado cuando el contrato incluya estas cláusulas» (cláusulas techo, suelo, o techo y suelo), previstas en la normativa de transparencia, tras recibir la información personalizada con las características del préstamo que debe facilitar la entidad antes de su contratación, debiéndose hacer una mención específica y especial a las mismas, indicar el tipo mínimo y máximo a aplicar, y la cuota máxima y mínima que habría que pagar como consecuencia de la aplicación de esos techos y suelos.

<sup>40</sup> Carrasco Perera, A. y González Carrasco, M. C., «La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7, 2013, pp. 126 a 163; González Carrasco, M. C., «Requisitos de validez de las





cláusulas suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS 9 de mayo de 2013», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013, pp. 116 y ss.; «La falta de transparencia en la segunda STS sobre cláusula suelo (Comentario a la STS de 8 de septiembre de 2014 y a su voto particular)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 12, 2014, pp. 82 y ss.

La crítica se extiende a la apreciación de oficio del control de transparencia y su aplicación, que se considera contraria al principio de congruencia y generadora de indefensión para las partes. No se puede soslayar que la valoración del Alto Tribunal parte de haberse instado una acción de cesación que pretendía que las citadas cláusulas suelo se declararan en sí abusivas, control de contenido, y tal valoración se condujo a la estimación de una falta de transparencia<sup>41</sup>. Como reflexión cabe apuntar que en esencia la cuestión de la transparencia está unida a la indagación del efectivo conocimiento de los adherentes sobre los términos de su relación contractual, por lo que se genera la duda sobre la procedibilidad de una acción colectiva de cesación cuando lo que se persigue es un control abstracto de cognoscibilidad que se encuentra intrínsecamente unido a la visión subjetiva del contratante<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> González Carrasco, M. C., «Requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS 9 de mayo de 2013», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013, pp. 119 y ss.

<sup>42</sup> Cf. De Torres Perea, J. M., «Nulidad de cláusula suelo por falta de transparencia fundada en una insuficiente información del cliente bancario. En especial, sobre la idoneidad de su impugnación mediante el ejercicio de la acción de cesación», *Revista Jurídica Valenciana*, 2014, núm. 2, pp. 44 y ss.

La configuración del control abstracto de transparencia, con el que se persigue el efectivo conocimiento del adherente sobre la carga económica y jurídica de lo contratado<sup>43</sup>, plantea el tema de cuál deba ser el ámbito de su actuación subjetiva. La solución a esta cuestión pudiera parecer resuelta si se atiende a que este régimen tiene por fundamento, en las [SSTS de 9 de mayo de 2013 \(RJ 2013, 3088\)](#) y [8 de septiembre de 2014 \(RJ 2014, 4660\)](#), el control de transparencia del art. 80.1 [TRLGDCU \(RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372\)](#) y lo dispuesto en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; previsiones ambas que circunscriben al consumidor la tutela aplicable a las cláusulas abusivas. La idea de que este control se circunscribe a este ámbito podría pensarse, además, amparada en las propias manifestaciones de la [STS de 9 de mayo de 2013 \(RJ 2013, 3088\)](#) que señala que «la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato» (§ 215) mientras apunta, por comparación, que «la transparencia documental de la



cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas»; siendo preciso que la información que se le proporciona al consumidor le permita «percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato» (§ 211).

<sup>43</sup> Clavería Gosálbez, L. H., «La progresiva degradación de nuestro ordenamiento en materia de cláusulas contractuales abusivas», [Revista Aranzadi Doctrinal, num. 2/2014, \(BIB 2014, 1102\)](#) señala que a su juicio «si la cláusula suelo no es transparente, no forma parte del contenido del contrato, por no superar el control de inclusión (que, por cierto, no es diferente del de transparencia); y, si es transparente (con los requisitos que nombra la sentencia), será nula si es abusiva, pudiendo, en mi opinión, serlo en Derecho español, por no ser, afortunadamente, para nosotros, aplicable el núm. 2 del art. 4 Dir. 93. Yo creo que su abusividad dependerá de su contenido en cada caso (cuantía, relación con una posible cláusula "techo", etc.), no de su claridad ni de su modo de comunicación».

Tal intelección suscita algunas dudas si se tiene presente que el parámetro que se baraja para el «control de transparencia» es el de la comprensión real del conjunto de derechos y obligaciones que integran la relación contractual en temas que requieren una formación específica para su cognoscibilidad; hecho que replantea aquella apreciación y que puede explicar las resoluciones aparentemente contradictorias dictadas por las Audiencias Provinciales<sup>44</sup>. A favor de la aplicación del control de transparencia al contrato suscrito entre entidad bancaria y empresa dedicada a la compraventa y arrendamiento de viviendas se ha pronunciado la [SAP de Cáceres de 3 de junio de 2013 \(AC 2013, 1488\)](#), en la que se advierte expresamente que se aplica [LCGC \(RCL 1998, 960\)](#) y no la normativa de protección de los consumidores, considerándose que el contrato de préstamo no cumplía con los requisitos de transparencia establecidos por el Tribunal Supremo, decretándose la nulidad de la cláusula. En el mismo sentido la [SAP de Córdoba de 18 de junio de 2013 \(AC 2013, 1880\)](#) indica que el control de incorporación de las condiciones generales se extiende a cualquier cláusula contractual con independencia de que el adherente sea o no consumidor y, aun aceptando que se ha cumplido materialmente aquel, valora una falta de transparencia determinante del «abuso de posición dominante» en atención a que la cláusula se hallaba integrada en un contrato celebrado entre una «entidad de crédito de grandísima importancia en el mercado financiero de la provincia y una pequeña sociedad que explota un hostel de una estrella» –argumentos que se reiteran en la [SAP de Córdoba de 17 julio de 2014 \(PROV 2014, 258485\)](#)—. En esta misma línea se manifiesta la [SAP de Huelva de 21 de marzo de 2014 \(AC 2014, 648\)](#)



al considerar aplicable el control de transparencia por la condición de pequeño empresario del adherente, dedicado a los garajes, y la situación de posición dominante de la entidad predisponente.

44 Portillo Cabrera, E. y Rojas Abascal, T., «El concepto de consumidor y la aplicación del control de transparencia en los procedimientos de cláusula suelo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 mayo de 2013 y análisis de la jurisprudencia dictada con posterioridad», [Revista Aranzadi Doctrinal, núm.5, 2014 \(BIB 2014, 3041\)](#).

Otros pronunciamientos han considerado improcedente la aplicación de ese control abstracto de transparencia cuando se trataba de contratos celebrados por profesionales o empresarios. Así se han pronunciado la [SAP de Valencia de 9 de julio de 2014 \(AC 2014, 1755\)](#) y la [SAP de Pontevedra de 29 noviembre de 2013 \(AC 2013, 2295\)](#), advirtiéndose expresamente en esta última que aquel se encuentra limitado a los consumidores y la nulidad por abuso de posición dominante, reconocida en la exposición de motivos de la LCGC, carece de valor normativo autónomo. En este sentido la [SAP de Barcelona de 26 de febrero 2014 \(PROV 2014, 135402\)](#) ha afirmado que «a diferencia de los consumidores, para los que la transparencia incluye un plus de control de comprensibilidad real de la importancia de la cláusula en el desarrollo razonable del contrato, para los contratantes no consumidores es suficiente aquel parámetro abstracto de transparencia acomodado a lo dispuesto en los arts. 5 y 7 de la Ley»; aunque en este caso, según los datos fácticos ofrecidos, resultaba que la cláusula suelo era cognoscible y no se apreciaba un abuso de posición dominante.

Hay también decisiones judiciales en las que se valora que la cláusula discutida supera el control de transparencia tanto formal como materialmente; caso de la [SAP de A Coruña de 29 mayo de 2014 \(PROV 2014, 218619\)](#), ya que «la oferta comunicada y ulteriormente aceptada y suscrita ante Notario fue efectuada de forma clara, comprensible y destacada, de manera tal que no albergamos duda que fue consciente y voluntariamente asumida por la actora, que no puede exigir ahora, por cambios experimentados en el mercado, la aplicación del euríbor sin la cláusula suelo pactada, so pena de dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes contratantes, lo que veda el art. 1256 del [CC \(LEG 1889, 27\)](#), y desconocer la fuerza vinculante de los contratos como impone el art. 1091 del referido texto legal».

Con ello se pone de manifiesto los matices que conlleva la exclusión de los mecanismos de reequilibrio de la situación de asimetría negocial, en el caso de los empresarios y profesionales, en los que hay que valorar su posición concreta a fin de evaluar si existe efectivamente una situación de igualdad en la contratación, que es la



que justifica la existencia de la plena operatividad de la autonomía de la voluntad y aplicación sin matices del principio «pacta sunt Servando».

La condición de empresario o profesional no entraña por sí una cualificación técnica o poder económico que permita, en todo caso, aligerar las exigencias de los deberes de información y cumplimiento de los requisitos de transparencia contractual, entendiendo cumplidos éstos por el acto formal de suscripción de los documentos, sobre todo cuando se trata de contratos en sí mismos complejos. Así se viene reconociendo en cuanto a productos comercializados por la banca, valorándose que el cumplimiento formal de las exigencias de información y reglas MIFID no garantizan un efectivo conocimiento del producto contratado. En este sentido resultan significativos los pronunciamientos que se han emitido en relación con las «swaps», entendiendo insuficiente el cumplimiento de las normas MIFID y valorando el error como invalidante por la falta de la información que se omitió y que hubiera permitido conocer las características del producto contratado; caso, por ejemplo, de la [SAP de la Rioja de 30 diciembre de 2013 \(AC 2014, 309\)](#) en la que se reconoce que el contrato resulta incomprensible para una persona con conocimiento medio e incluso para un empresario que no lo sea del sector financiero; [SAP de Asturias de 7 de noviembre de 2012 \(AC 2013, 35\)](#), que ha considerado que ser empresario avezado en actividades industriales o mercantiles no implica que se sea experto financiero, ni que se tengan los conocimientos necesarios para entender y comprender el producto ofrecido (idem, [SAP de Granada de 10 julio 2014 \[PROV 2014, 257786\]](#); o [SAP de Las Palmas de 12 julio 2013 \[AC 2013, 2250\]](#) en la que la condición de abogada se estimó que no enervaba la apreciación de cliente minorista sin experiencia inversora y conocimientos específicos en materia financiera). En esta efectiva cognoscibilidad se halla el fundamento para desestimar la concurrencia de error en la contratación de los citados productos por quienes cuentan con experiencia en el mercado y conocimiento de ellos, como ha reconocido la [SAP de Islas Baleares de 11 de febrero de 2014 \(AC 2014, 136\)](#).

### **3. Posición en la relación contractual y cláusulas abusivas**

La disciplina del control de contenido de las condiciones generales es la que determina la divergencia del régimen para los diversos tipos contractuales de las operaciones de activo y pasivo, según se trate de contratos suscritos por consumidores o por empresarios y profesionales.

Una vez superada la asimetría informativa respecto a la cognoscibilidad del



conjunto de derechos y deberes que regirán la concreta relación contractual, la funcionalidad material del contrato procedente de los motivos casualizados que impulsa la contratación, y que define la propia posición del cliente bancario, determinará que se valore si se mantiene, o no, una situación de desequilibrio en la relación contractual que obligue a su reequilibrio<sup>45</sup>.

<sup>45</sup> Cf. Roppo, V., *Il contratto del duemila*, 2ª ed., G. Giappichelli Editore, Torino, 2005, pp. 53 y ss.

La garantía de la competencia en el mercado justifica para los consumidores que se les dispense un régimen de tutela que se proyecta sobre el contenido de la relación contractual. Éste se articula a través de la disciplina de las cláusulas abusivas, valorándose el equilibrio de los derechos y las obligaciones que se incluyen dentro del contrato conforme prevé la normativa de protección al consumidor en los arts. 82 y ss. TRLGDCU. El reequilibrio de la situación de asimetría contractual se extiende hasta la protección sobre la imposición de las cláusulas contractuales que no fueron negociadas individualmente y que rigen, en todo caso, a favor del predisponente en contra de los dictados de la buena fe.

Esa misma garantía de competencia en el mercado determina la exclusión de esa tutela para los profesionales y empresarios, una vez que la asimetría sobre el conocimiento de las reglas contractuales que han sido predispuestas se ha reequilibrado a través del mecanismo del control de inclusión. La condición de profesional o empresario, que se liga a la funcionalidad de la operación, conlleva que se estime la existencia de una posición de igualdad en la que no cabe injerencia, so pena que se falsee la competencia en el mercado; protegida, en teoría, a través del Derecho de la competencia y que no siempre tiene la efectividad que demanda el marco contractual que vincula al empresario o profesional perjudicado<sup>46</sup>.

<sup>46</sup> Como pone de manifiesto Albiez Dormán, K. J. (Ob. cit., p. 299) al Derecho de los contratos de adhesión le resulte indiferente la posición dominante y abusiva de una empresa en el mercado, aun cuando con esta posición se perjudique a los empresarios adherentes. Lo determinante es la ausencia de negociación y que las condiciones generales causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones del contrato en perjuicio de la contraparte, siendo el control que se puede ejercer sobre las cláusulas a través del Derecho de la competencia y antitrust mucho más reducido que el control de contenido del Derecho de las condiciones generales de la contratación.

Algunas modalidades de contratos que se integran en las operaciones de activo y pasivo son expresivas por sí de la existencia de una posición de simetría comercial que elude cualquier duda sobre la mercantilidad de las operaciones y la posición del cliente; sujetándose aquellas, sin atemperaciones, al principio de «pacta sunt Servando» (caso, por ejemplo de las operaciones de financiación sindicada o el



descuento de letras). Ello se plantea sin perjuicio del control que proceda del contenido contractual por contravención de normas imperativas o prohibitivas de las que se derivarán las sanciones pertinentes, como expresamente recuerda el art. 8.1 LCGC.

Sin embargo, una parte muy importante de los productos bancarios contratados carecen estructuralmente de una consideración apriorística que determine una calificación civil o mercantil y sólo el motivo casualizado que impulsó la relación modaliza el contrato, incluyéndose cláusulas contractuales que son comunes a ese contrato con independencia de quien lo suscriba. En estos casos el cliente bancario que tiene la condición de consumidor dispone del régimen de protección que le ofrece la caracterización como abusivas de las cláusulas referidas en los arts. 85 a 91 LGDCU, pero no el profesional o empresario. Esta cuestión plantea la dilucidación de hasta qué punto la tacha que merecen algunas cláusulas calificadas como abusivas, por generar un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes en contra de la buena fe, han de quedar circunscritas a ese ámbito subjetivo, ya que una parte importante de las estipulaciones tachadas de abusivas explicitan y concretan situaciones en las que cabe considerar infringidos algunos de los principios o reglas contractuales básicos que forma parte de la genética de toda contratación.

Las estipulaciones referentes a la contratación bancaria sobre las que se ha venido discutiendo su abusividad ante los Tribunales son muchas, aunque por su proyección y entidad resultan especialmente relevantes las atinentes a la prestación de garantías, el vencimiento anticipado de la relación, la satisfacción de intereses y gastos, o la limitación o exoneración de responsabilidad<sup>47</sup>.

<sup>47</sup> Múrtula Lafuente, V., *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y crédito*, Reus, Madrid, 2012, pp. 193 y ss.

En el marco de las garantías, cuestión primordial para las operaciones de prestación de crédito por las entidades bancarias, las previsiones de los arts. 82.4, d) y 88.1 TRLGDCU, que consideran que son en todo caso abusivas las cláusulas que impongan «garantías desproporcionadas al riesgo asumido», han inducido a la doctrina y la jurisprudencia a plantear el alcance de esas normas<sup>48</sup>. En otros casos, se ha discutido si pueden considerarse abusivos los pactos de cuenta única que facultan a la entidad de crédito para retener y aplicar al pago del crédito los saldos existentes en cualquier cuenta corriente, libreta de ahorros, depósitos en efectivo y valores que el deudor y los fiadores mantuvieran en dicha entidad; o bien la emisión de pagarés en blanco en garantía de la devolución del préstamo que faculta unilateralmente fijar el nominal –débito, intereses y gastos– sin intervención de fedatario público e instar el





procedimiento cambiario sin control ulterior. Las consideraciones del Tribunal Supremo sobre una y otra inducen a la reflexión.

<sup>48</sup> Pertíñez Vílchez, F., «Art. 88. Cláusulas abusivas sobre garantía», *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, cit., pp. 901 y ss.; Múrtula Lafuente, V., *Ob. cit.*, pp. 229 y ss.

En relación con las primeras, la [STS de 16 de diciembre de 2009 \(RJ 2010, 702\)](#) ha excluido que pueda considerarse que tales pactos sean por sí abusivos siempre que «quien acepta tal situación mediante el pacto expreso, sepa el alcance de lo que asume», lo que se traduce en que lo haga con la suficiente información y, por tanto, que la cláusula contractual sea «legible, físicamente, y comprensible, intelectualmente», dado que «cualquier persona puede asumir conscientemente la posibilidad de la compensación cualquiera que sea el cotitular de la cuenta que devengue el adeudo, pues ello forma parte de su libertad contractual (art. 1.255 [CC \[LEG 1889, 27\]](#)), sin crearse ningún desequilibrio importante en la relación con la entidad bancaria, y sin perjuicio, claro es, del riesgo que se asume respecto de la conducta de otros cotitulares, lo que corresponde a la relación "ad intra" con ellos».

Respecto de la segunda, la reciente [STS de 12 de septiembre de 2014 \(RJ 2014, 4667\)](#) que revalida la opinión doctrinal sobre esta cuestión<sup>49</sup>, ha considerado que «la condición general de los contratos de préstamo concertados con consumidores, en la que se prevea la firma por el prestatario (y en su caso por fiador) de un pagaré, en garantía de aquel, en el que el importe por el que se presentará la demanda de juicio cambiario es complementado por el prestamista con base a la liquidación realizada unilateralmente por él, es abusiva y, por tanto, nula, no pudiendo ser tenida por incorporada al contrato de préstamo, y, por ende, conlleva la ineficacia de la declaración cambiaria». Las razones que sustentan esta valoración son sintéticamente: a) que tal cláusula «permite al profesional eludir las garantías que la normativa procesal exige en títulos no judiciales para que la reclamación de las cantidades adeudadas por estas operaciones puedan tener acceso a un proceso privilegiado que se inicie con el embargo de los bienes del deudor»; b) la dificultad de defensa del deudor «al no facilitársele los elementos de hecho y de cálculo utilizados para fijar la cantidad reclamada»; c) que aquélla entraña «una inversión de la carga de la prueba, de forma que será el deudor el que habrá de acreditar la incorrección de la liquidación efectuada por el prestamista»; y d) que al prestatario «se le priva del asesoramiento previo a la conclusión del contrato y del control judicial sobre las cláusulas abusivas que puedan existir en el mismo». El Tribunal enfatiza la cautela que debe tenerse en la utilización de los efectos cambiarios dentro del marco de la relación de consumidores cuando se emplea como garantía que permite al acreedor



ejecutarlos si considera que el deudor ha incumplido su obligación, dado el reconocido carácter de su eficacia y agresividad ( [STS de 6 de junio de 2011 \[RJ 2011, 5712\]](#) ) y tratamiento privilegiado ( [STS 5 de diciembre de 2012 \[RJ 2013, 197\]](#) y [10 de diciembre de 2012 \[RJ 2013, 205\]](#) ). Apunta las cautelas que se establecen a la utilización de este instrumento en los contratos vinculados con crédito al consumo (art. 24, en relación con el 29, de la [Ley 16/2011, de 24 de junio \[RCL 2011, 1206\]](#), de contratos de crédito al consumo) y la prohibición del libramiento de este tipo de efectos cambiarios en algunas legislaciones del espacio europeo (caso del Reino Unido, según prevé el art. 123.3 de su Ley de Crédito al Consumo). De ello se desprende la consideración de su carácter ajustado a las relaciones contractuales derivadas de los préstamos mercantiles efectuados a empresarios, práctica habitual y comprensible en el ámbito de la prestación de crédito entre profesionales, pero desproporcionada y, por tanto, abusiva tratándose de préstamos contraídos con un fin ajeno al lucro empresarial o negocial.

<sup>49</sup> Cf. Martínez de Salazar Bascuñana, L., *Condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos bancarios*, EDICIP, Cádiz, pp. 254 y ss.; Cañete Quesada, A., «La emisión de pagaré en blanco en garantía del cumplimiento de un contrato de préstamo mercantil», [Aranzadi Civil, 2005. \(BIB 2005, 2462\)](#); González Castilla, F., «Límites a la validez del pagaré firmado en blanco como garantía de operaciones bancarias», *Revista de derecho mercantil*, 2011, núm. 280, pp. 270-282.

Otro de tipo de cláusulas que ha generado especial polémica en la contratación bancaria, cuestionándose su validez y eficacia, ha sido las de vencimiento anticipado de las obligaciones en atención al alcance que debe darse a lo previsto en los arts. 1125, 1127 y 1129 del CC, el principio que prohíbe la arbitrariedad en el cumplimiento de los contratos del art. 1256 del CC, y la calificación de abusividad del art. 85.4 TRLGDCU de las cláusulas que autorizan la resolución anticipada del contrato de duración determinada, con excepción de las que se basen en el incumplimiento contractual<sup>50</sup>. El Tribunal Supremo ha aquilatado los criterios en este tema en sus [sentencias de 12 de diciembre de 2008 \(RJ 2009, 152\)](#) y [16 de diciembre de 2009 \(RJ 2010, 702\)](#). En la primera de ellas estimó que podían considerarse válidas las cláusulas de vencimiento anticipado que se justificaban en el impago de una cuota de amortización o de un recibo de la contribución o del impuesto que gravara la finca de la prima del seguro de incendio, por mor del carácter dispositivo y no imperativo de los arts. 1125, 1127 y 1129 del CC, y el principio de autonomía de la voluntad del art. 1255 del CC; decisión cuestionada por la doctrina en tanto la resolución por incumplimiento, ex art. 1124 del CC, precisa de una gravedad que suponga la frustración del interés económico contractual y el impago de una cuota en una relación contractual de larga duración podría considerarse que no conlleva aquella.



50 Pertíñez Vílchez, F., «Art. 85. Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario», *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, cit., pp. 789 y ss.; Múrtula Lafuente, V., *Ob. cit.*, pp. 266 y ss.

En cambio, se han estimado abusivas por la [STS de 16 de diciembre de 2009 \(RJ 2010, 702\)](#)<sup>51</sup> las cláusulas de vencimiento anticipado anudadas: a) al «embargo de bienes del prestatario o disminución de la solvencia por cualquier causa», por cuanto éstas otorgaban a la entidad financiera una facultad discrecional desproporcionada de resolución del contrato dado que «cualquier incidencia negativa en el patrimonio del prestatario, efectiva o eventual, (podría) servir de excusa al profesional –predisponerte– para ejercitar la facultad resolutoria contractual»; b) al arrendamiento de la finca o fincas hipotecadas «por renta que no cubra la cuota de amortización más los gastos o impuestos que la graven y la percepción de rentas anticipadas sin expresa autorización de la Entidad prestataria», puesto que no se limitaban a arriendos gravoso o dañosos que minorasen el «valor de la finca en las perspectiva de la realización forzosa, bien por renta baja, o por anticipo de rentas»; y c) al incumplimiento de prestaciones accesorias, porque en tales casos se dejaría a la discrecionalidad de la entidad financiera la resolución del contrato, con manifiesto desequilibrio para el prestatario o usuario del servicio.

51 Con anterioridad la [STS 27 de marzo de 1999 \(RJ 1999, 2371\)](#) <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?tid=&docguid=leb700380f57f11dbb56401000000000&base-guids=RJ%5C1999%5C2371&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad818150000014ad9b77accdbc3c640&src=withinResults&spos=1&epos=1> había considerado nulas, en general, las cláusulas de vencimiento anticipado, en virtud de lo previsto en el art. 1255 del [CC \(LEG 1889, 27\)](#) y por contravenir lo dispuesto en los arts. 127 y 135 [LH \(RCL 1946, 886\)](#).

Las prescripciones introducidas por la [Ley 1/2013, de 14 de mayo \(RCL 2013, 718\)](#), de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que modificó el art. 693.2 [LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#), exigiendo que la reclamación de la totalidad de lo adeudado por capital e intereses fuera convenida expresamente y el impago supusiera el incumplimiento de, al menos, tres plazos mensuales o un número de cuotas que entrañe un plazo equivalente a tres meses, así como lo indicado en relación con este precepto por la [STJUE de 14 de marzo de 2013 \(TJCE 2013, 89\)](#), han reabierto la cuestión de la abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado. Debe recordarse que el TJUE concluyó, en su [sentencia de 14 de marzo de 2013 \(TJCE 2013, 89\)](#), que corresponde el juez nacional valorar el carácter abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado. Para ello éste tendrá en cuenta si las estipulaciones se vinculan al incumplimiento de una obligación esencial, que «tiene carácter



suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo», si esa facultad reconocida al acreedor deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente, y si el consumidor tratado de manera leal y equitativa puede aceptar razonablemente la cláusula en el marco de una negociación individual<sup>52</sup>.

<sup>52</sup> Rodríguez Achútegui, E., «La Ley 1/2013, de protección a deudores hipotecarios y las cuestiones de constitucionalidad y prejudicialidad», [Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 9, 2014 \(BIB 2013, 2693\)](#); Villoria Rivera, I., «Las cláusulas de vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones financieras en los préstamos hipotecarios: aspectos procesales, registrales y concursales», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 125, 2012, pp. 121 y ss.; Gómez Salvago Sánchez, C., *Las cláusulas de exigibilidad anticipada del crédito en los contratos bancarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 15 y ss.

La determinación de cuándo debe considerarse que existe un incumplimiento esencial de la obligación de devolución del préstamo con sus intereses en los préstamos hipotecarios parece que no se ha cerrado a pesar de las reformas legislativas. El número mínimo de prestaciones mensuales fijadas en el art. 693.2 LEC se prescribe al efecto del inicio del procedimiento de ejecución y esa fijación legal puede pensarse que no entraña un incumplimiento esencial para toda relación contractual, debiéndose atender al contenido de las prestaciones y duración del contrato. El hecho de que las previsiones establecidas en el art. 693.2 LEC se encuentren ligadas al préstamo hipotecario, que incluye esta garantía de cobro, pone de manifiesto también dicha cuestión, pues no parece que exista razón para extender, sin más, estos criterios a otros contratos en los que, incluyéndose tales cláusulas, se carezca de garantías que aseguren la devolución de lo prestado con su rendimiento.

Un ámbito en el que ha sido especialmente controvertida la valoración del justo equilibrio de las prestaciones en la contratación de las operaciones de activo ha sido el referente a la determinación de los intereses<sup>53</sup>. En relación con los intereses de demora, el Tribunal Supremo ha considerado como abusiva la cláusula que fijaba un interés del 29% en el contrato de préstamo hipotecario contratado por consumidor ([STS 23 de septiembre 2010 \[RJ 2010, 7296\]](#)), y entendido que debía reducirse a 2,5 veces del interés legal del dinero, inspirándose en las previsiones de la Ley de Crédito al Consumo (art. 19.4 de la [Ley 7/1995 \[RCL 1995, 979\]](#), vigente art. 20.4 de la [Ley 16/2011 \[RCL 2011, 1206\]](#))<sup>54</sup>. La cuestión ha quedado parcialmente resuelta para los préstamos hipotecarios con las modificaciones introducidas por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, en su art. 3 apartado dos, que limita a tres veces el interés legal del dinero sobre el principal pendiente de pago. No obstante, con ellas se ha abierto la cuestión del efecto de esa declaración de nulidad y el ajuste de la disposición transitoria



segunda de la citada Ley 1/2013, de 14 de mayo, a los dictados del art. 6.1 de la Directiva 93/13, en cuanto a los préstamos concluidos en fecha anterior a la entrada en vigor de la norma. Esta disposición parece imponer al órgano jurisdiccional el deber de moderación del pacto y reajuste a los parámetros legales de los intereses<sup>55</sup>, cuestión que ha suscitado la incertidumbre de si con ello no se contradice la decisión de la [STJUE de 14 de junio de 2012 \(TJCE 2012, 143\)](#); tema resuelto en sentido negativo por la [STJUE de 21 de enero de 2015 \(TJCE 2015, 4\)](#) (asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13)<sup>56</sup>, aunque admitiendo la facultad del juez español para que pueda considerar abusiva la cláusula que imponga tales intereses y decidir su consecuente inaplicación.

<sup>53</sup> Ordás Alonso, M., *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos*, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 345 y ss.

<sup>54</sup> En el caso de los préstamos personales se ha admitido como mecanismo de garantía para desincentivar el incumplimiento, en atención al mayor riesgo y las circunstancias concurrentes, la licitud de cláusulas que imponían un interés moratorio de 24% ([SAP de Lleida 30 de julio de 2007 \[AC 2007, 1872\]](#)) o de un 2,42% mensual ([SAP de Valladolid de 22 de febrero de 2011 \[AC 2011, 938\]](#)).

<sup>55</sup> Ballugera Gómez, C. «Integración de cláusulas abusivas sobre elementos esenciales en beneficio del deudor y no del banco. La STJUE de 30 de abril de 2014», *Diario La Ley*, núm. 8383, 23 de septiembre de 2014.

<sup>56</sup> «El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual el juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija intereses de demora calculados a partir de un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero con el fin de que el importe de dichos intereses no rebase ese límite, siempre que la aplicación de la disposición nacional: no prejuzgue la apreciación por parte de dicho juez nacional del carácter abusivo de tal cláusula y no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que aprecie que es "abusiva" en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva».

En el marco de los intereses remuneratorios las cláusulas que han suscitado mayor controversia sobre su legitimidad han sido las de fijación del tipo de interés mediante la fórmula redondeo al alza<sup>57</sup> y las cláusulas suelo. Las dudas respecto a la posible abusividad de las primeras quedó resuelta por las [SSTS de 4 de noviembre de 2010 \(RJ 2010, 8021\)](#), [29 de diciembre de 2010 \(RJ 2011, 148\)](#) y [2 de marzo de 2011 \(RJ 2011, 1833\)](#) de las que se desprende que la aplicación de esa fórmula no es conforme a la buena fe y justo equilibrio de las prestaciones si únicamente se prevé el redondeo al alza, determinando su nulidad. En cuanto a las segundas, las [SSTS de 9 de mayo de 2013 \(RJ 2013, 3088\)](#) y [8 de septiembre de 2014 \(RJ 2014, 4660\)](#) consideran que



la cláusula en sí no es abusiva salvo que, como anteriormente se ha señalado, una falta de transparencia impida la «comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato». De ahí que si se cumple dicha exigencia no parece que pueda limitarse la validez de la cláusula suelo en los contratos en los que se incluyan, teniendo presente la legitimidad de su utilización prevista en la normativa bancaria (Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social) [art. 6.2.a) y [Ley 10/2014, de 26 de junio \(RCL 2014, 884\)](#)], de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito art. 5.2, c)], aunque le corresponderá a la entidad bancaria la prueba sobre su comprensibilidad real<sup>58</sup>.

<sup>57</sup> Cf. Cámara Lapuente, S., «Art. 87. Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad», *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, cit., pp. 882 y ss.

<sup>58</sup> González Carrasco, M. C., «La falta de transparencia en la segunda STS sobre cláusula suelo (Comentario a la STS de 8 de septiembre de 2014 y a su voto particular)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 12, 2014, pp. 82 y ss.

Por último, en cuanto a la exención de responsabilidad por parte de las entidades bancarias en su actuación profesional, resulta especialmente significativa la doctrina del Tribunal Supremo sobre los reintegros efectuados por pérdidas o sustracción de tarjetas o cheques manipulados y falsificados que no se ajustan al régimen establecido en la Ley Cambiaria y del Cheque, recogida en la [sentencia de 16 de diciembre de 2009 \(RJ 2010, 702\)](#), que define los límites de la responsabilidad en la actuación profesional<sup>59</sup>. En ella se considera abusiva la cláusula de exoneración indiscriminada, o no matizada, por pérdida o sustracción de tarjeta cuando no se hubiera notificado, dado que pueden ser «advertibles situaciones en que, si la entidad actúa con la diligencia puede apercibirse de utilizaciones indebidas de tarjetas, aun sin la comunicación, o un eventual conocimiento de la sustracción o extravío», que permitan utilizaciones indebidas, conforme se reconoce en la normativa sobre servicios de pago (arts. 23.1 y 32 [Ley 16/2009, 13 de noviembre \[RCL 2009, 2193 y RCL 2010, 1119\]](#)). Igualmente, la exclusión de responsabilidad de la entidad bancaria en todo caso de uso fraudulento del número de identificación personal, y que se limitaba a los supuestos de fuerza mayor o coacción, se entiende como





abusiva pues cabe exigir a las entidades de crédito, en virtud de su experiencia y medios técnicos, que detecten en determinadas circunstancias las captaciones subrepticias.

59 Cf. Cámara Lapuente, S., «Art. 86. Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario», *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, cit., pp. 855 y ss.

Las cláusulas de exoneración de responsabilidad por el pago de cheques falsos o falsificados se entienden también abusivas porque no respetan las prescripciones del art. 156 de la [Ley 19/1985, de 16 de julio \(RCL 1985, 1776, 2483\)](#), cambiaria y del cheque. De esta norma se deriva una regla general de atribución de responsabilidad para la entidad que paga el cheque falso o falsificado que equivale a una objetivación de la responsabilidad al no exigir negligencia a la parte librada y operar dicha responsabilidad aunque ésta hubiera actuado con diligencia (entre otras, [SSTS de 17 de mayo de 2000 \[RJ 2000, 3933\]](#), [22 de septiembre de 2005 \[RJ 2006, 8867\]](#), [29 de marzo de 2007 \[RJ 2007, 1614\]](#)). Tal responsabilidad se configura como «quasi-objetiva», puesto que se admite la excepción de que medie culpa del librador si el resultado se hubiera podido evitar de haber observado éste la diligencia exigible; y ello, sin perjuicio, de que pueda operar la concurrencia de «culpas» con efecto moderador en la indemnización conforme al art. 1.103 [CC \(LEG 1889, 27\)](#) ([SSTS 18 julio de 1994 \[RJ 1994, 6446\]](#), [9 de marzo de 1995 \[RJ 1995, 1847\]](#), [29 de marzo 2007 \[RJ 2007, 1614\]](#)). Hay que tener en cuenta que la carga de la prueba de la falta de diligencia del librador incumbe a la entidad librada, siendo abusiva la cláusula que desplaza la prueba que corresponda a la otra parte contratante en perjuicio del consumidor. En todos estos casos las cláusulas son abusivas porque convierten en objetiva, en contra del consumidor, una responsabilidad que lo es por culpa y que se sustenta en la obligación de custodia de los efectos.

Idéntica calificación merece la exención de responsabilidad por fallos en los aparatos en la realización de operaciones con tarjetas, como la relativa a «aceptar como importe real y exacto de cada operación, el que fuere registrado por impresión mecánica y/o grabación magnética», por invertir la carga de la prueba y contravenir lo establecido en el art. 30 de la [Ley 16/2009, 13 de noviembre \(RCL 2009, 2193 y RCL 2010, 1119\)](#), sobre servicios de pago. Como indicaba la [SAP de Madrid de 11 mayo de 2005 \(AC 2005, 832\)](#), de la que traía causa la decisión del Alto Tribunal ([STS de 16 de diciembre de 2009 \[RJ 2010, 702\]](#)), con ello se «desplaza la responsabilidad que incumbe al Banco hacia su cliente que no ha tenido ninguna participación en el daño causado, infringiendo así lo contemplada en la cláusula 14 de la Disposición Adicional primera de la [Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios](#)



[\(RCL 1984, 1906\)](#) en cuanto impone limitación de los derechos del consumidor» (art. 86.7 [TRLGDCU \[RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372\]](#)), cuando «no es dado imponer al consumidor la renuncia indiscriminada al derecho que le pueda asistir para reclamar, frente a la entidad que le proporciona los medios técnicos necesarios para una mejor o más cómoda prestación de sus servicios, en aquellos supuestos en los que, no mereciendo la consideración de caso fortuito o fuerza mayor así como los efectivamente no imputables a la propia entidad bancaria, le ocasionen daños y/o perjuicios».

En todos los casos reseñados la calificación de esas cláusulas como abusivas ha partido de la condición de consumidor de la parte adherente, atendiendo a las circunstancias concretas que mediaban en la relación contractual. Cuando las estipulaciones controvertidas se han incluido en contratos celebrados entre la entidad bancaria y el empresario o profesional, el Tribunal Supremo ha insistido en la aplicación del principio de «pacta sunt Servando», aunque reconociendo la operatividad de los límites generales del Derecho contractual común ([STS 9 de junio de 2009 \[RJ 2009, 3386\]](#) o [STS 8 de octubre de 2014 \[RJ 2014, 5141\]](#)). En esta línea, la [STS de 7 de abril de 2014 \(RJ 2014, 2184\)](#) ha declarado de manera expresa y tajante que el control de abusividad queda restringido a la contratación de consumo. Ello obliga a reflexionar sobre los parámetros ínsitos de la validez de las estipulaciones contractuales, consideradas abusivas en los contratos de consumo, que se insertan en los contratos tipo de las operaciones de activo o pasivo, suscritos por empresarios o profesionales, y que abocan a la aplicación del Derecho contractual común o general.

### **III. El recurso a las categorías generales a pesar de la especialidad de la regulación**

La funcionalidad que se pretende de la relación contractual es la que marca el nivel de tutela y la diversidad del trato de las cláusulas contractuales que se insertan en los contratos bancarios, según sean concluidos con un fin de consumo o estrictamente mercantil. Así se advierte, por ejemplo, en el caso de las estipulaciones sobre intereses incluidas en los préstamos a la financiación de operaciones comerciales, cuyo mayor importe queda justificado en este fin ([STS 23 de noviembre de 2009 \[RJ 2010, 140\]](#)). Esta funcionalidad no excluye que se pueda valorar el contenido contractual y aplicar las sanciones que merezcan aquellos pactos que rebasen los límites intrínsecos a la autonomía privada de la voluntad.



En los contratos bancarios concluidos con condiciones generales por profesionales o empresarios la efectividad del principio «pacta sunt servanda» conlleva la observancia de los límites derivados del art. 1255 [CC \(LEG 1889, 27\)](#) y 53 del [CCo \(LEG 1885, 21\)](#) –Derecho imperativo y de la competencia<sup>60</sup>, la moral y el orden público contractual y económico–, así como del resto de las reglas generales del Derecho contractual que acoge el Código civil. Han de superarse los parámetros marcados para la validez y eficacia de los contratos, que determinan que el contenido contractual no quede al arbitrio de la parte predisponente, según indica el art. 1256 del CC; y que la relación se discipline por lo que se hubiera pactado, pero de forma ajustada a «todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley», conforme prescribe el art. 1258 del CC<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> Resulta interesante la armonización que se pretende por la [Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014 \(LCEur 2014, 2267\)](#), relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, en cuanto al ejercicio de las acciones de daños derivadas, entre otras cuestiones, del abuso de posición dominante (art. 2 [Ley 15/2007, de 3 de julio \[RCL 2007, 1302\]](#), de Defensa de la Competencia), y que traslada al ámbito de la responsabilidad extracontractual la reparación del daño que pudo irrogarse por razón de un acuerdo contractual impuesto.

<sup>61</sup> Cf. Albiez Dormán, K. J., Ob. cit., pp. 179 y ss.

Por ello, más allá de las estipulaciones que se han considerado como abusivas por contravenir normas dictadas en aras de promover la política económica de crédito al consumo o al consumidor –caso, por ejemplo, de los intereses en los préstamos al consumo o deudor hipotecario–, se advierte que una parte importante de las cláusulas anteriormente calificadas como abusivas lo son porque vulneran, de una manera u otra, aquellos límites. De ahí que la solución ofrecida por el Tribunal Supremo en el análisis particular de algunas de estas cláusulas insertas en contratos bancarios celebrados por empresarios o profesionales, equivalentes a las incluidas en los contratos de consumo, sea semejante en atención a la legalidad y vulneración de aquellas reglas generales. Cabe apreciar lo expuesto, por ejemplo, en la tacha de nulidad que se ha efectuado de la estipulación de exclusión de responsabilidad de la entidad bancaria por el abono indebido de cheques, reconocida en la [STS de 19 de junio de 2012 \(RJ 2012, 6855\)](#) en atención a la normativa general del art. 156 de la [Ley Cambiaria y del Cheque \(RCL 1985, 1776, 2483\)](#); o la calificación de «abusivas» de las cláusulas de vigencia de contrato swaps e indemnización por vencimiento anticipado, por dejar en manos del banco la vigencia del contrato contraviniendo lo dispuesto en el art. 1256 del CC ([SAP de Barcelona de 16 de mayo de 2013 \[AC 2013, 1740\]](#)); o en la denegación de la facultad de discriminación (selección) del



papel en el contrato de descuento, considerada por la entidad bancaria como una opción de rehusar todos los efectos y recibos de la descontante, por no armoniza aquella facultad ni con la «necesitas» (art. 1256 ) ni con la lealtad y buena fe contractual (art. 1258 CC ), cuando «no se produc(i)a desamparo económico alguno para el banco» y se efectuaba un rechazo injustificado de «papel bueno» –efectos de escaso riesgo de impago– que, en las circunstancias de un acreditado concursado, determinaban su «asfixia financiera» ([STS de 31 octubre de 2011 \[RJ 2012, 1238\]](#)).

El recurso a las categorías generales se configura, en el momento presente, como el mecanismo de protección para profesionales o empresarios que contratan operaciones bancarias de especial complejidad, al que cabe recurrir más allá de la especialidad mercantil, dada la sofisticación de los productos bancarios y contenido de las estipulaciones que se incluyen en los contratos tipo del actual tráfico mercantil. Ejemplo de ello son las decisiones contenidas en las [SSTS de 17 de julio de 2014 \(RJ 2014, 3541\)](#) y [20 de enero de 2014 \(RJ 2014, 781\)](#) en las que se ha valorado la existencia de error vicio excusable, producido por dolo omisivo<sup>62</sup>, ante la falta de una prestación de información comprensible y adecuada sobre los riesgos asociados al producto financiero complejo contratado por cliente minorista profesional; presumido del incumplimiento de la normativa MIFID y que recae sobre la sustancia objeto del contrato que fue la causa principal de su celebración; y determinante de la nulidad del contrato en virtud de las reglas generales de los arts. 1266, 1265, 1300 y ss. del CC.

<sup>62</sup> Martínez Escribano, C., «Delimitación del error en los contratos swap», [Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 130, 2013, pp. 293-308 \(BIB 2013, 14450\)](#), Morales Moreno, A. M., «Permuta financiera de intereses (SWAP), deberes de información, error e indemnización. Reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 21-11-2012», [Revista de derecho mercantil, núm. 289, 2013, pp. 407-442 \(BIB 2013, 1757\)](#); Barceló Doménech, J., «La anulación del contrato de swap por error en el consentimiento», [Revista de Derecho Privado](#), núm. 4, 2012, pp. 7 y ss.

En este ámbito la convergencia de la normativa civil y mercantil, cuya funcionalidad resulta pareja, permite reflexionar sobre la necesidad de que se mantenga un régimen general único al que quepa recurrir en todo caso; cuestionando la duplicidad de reglas que pretende el libro IV del ACM en temas básicos como la formación del contrato, el cumplimiento e incumplimiento contractual, y que abocan a una divergencia sistémica del Derecho contractual en aspectos que son comunes estructuralmente a toda la contratación privada –civil, mercantil y de consumo–.