

CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATACIÓN BANCARIA: DOBLE CONTROL DE TRANSPARENCIA EN ESPAÑA Y LA UNIÓN EUROPEA

Gerard Rincón Andreu



CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATACIÓN BANCARIA: DOBLE CONTROL DE TRANSPARENCIA EN ESPAÑA Y LA UNIÓN EUROPEA

GERARD RINCÓN ANDREU
UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI

Resumen

El derecho de consumo viene evolucionando a marchas forzadas por la avalancha de las demandas interpuestas por consumidores contratantes de préstamos con cláusulas abusivas. La nulidad de pleno derecho de tales cláusulas —ya sean accesorias o elementos esenciales de la contratación— es una realidad consolidada doctrinal y jurisprudencialmente en España, a tenor de las directrices provenientes del derecho comunitario. Sin embargo, para declarar la nulidad por abusividad de una cláusula objeto principal de la contratación, no se puede ejercer un control de su contenido. Este extremo obliga a estudiar en qué consiste la superación del doble control de transparencia, a fin de concretar sus requisitos y su fundamentación jurídica.

Palabras clave: derecho de consumo, protección del consumidor, cláusulas abusivas, elemento esencial, nulidad, exigencia de transparencia.

El autor: profesor de Derecho Civil y director de la Maestría en Derecho Médico, de la Universidad Santiago de Cali. Investigador del grupo Gicpoderi. Doctorando en Derecho de la Universitat de Barcelona. Correo electrónico: g.rincon@icab.cat

Recibido: 14 de septiembre de 2018; **evaluado:** 30 de octubre de 2018; **aceptado:** 7 de marzo de 2019.

UNFAIR TERMS IN BANKING CONTRACTS: DOUBLE CONTROL OF TRANSPARENCY IN SPAIN AND THE EUROPEAN UNION

GERARD RINCÓN ANDREU
UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI

Abstract

Consumer law has been evolving at an accelerated pace due to the avalanche of lawsuits filed by consumers who have contracted loans that contain unfair terms. The nullity of these clauses—be they accessory or essential elements of the contract—is a doctrinal and jurisprudential reality in Spain, according to guidelines that originate from community law. However, in order to declare the nullity of unfair terms that constitute an essential element of a contract, it is not possible to exert control of its content. This extreme condition makes it necessary to study how to overcome the double control of transparency, in order to specify requirements and legal foundations.

Keywords: consumer law, consumer protection, unfair terms, essential element, nullity, transparency requirement.

About the author: Professor of Civil Law and Director of the MA in Medical Law at the Universidad Santiago de Cali. Researcher of the Gicpoderi Group. PhD Candidate in Law at the Universitat de Barcelona, Spain. Email: g.rincon@icab.cat

Received: September 14, 2018; **reviewed:** October 30, 2018; **accepted:** March 7, 2019

Introducción

En primer lugar, para centrar el objeto de estudio, se expondrán unas pinceladas sobre derecho de consumo en el ámbito bancario y su marco normativo en España, en clave de la Directiva europea 93/13/CEE del Consejo, del 5 de abril de 1993, para constatar la enorme protección a la que hoy se acoge el consumidor. En segundo lugar, se planteará el control de abusividad para declarar la nulidad de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. Cabe indicar que no es cuestión baladí el hecho de que tales cláusulas sean accesorias o elementos esenciales de la contratación, dado que de ello dependerá si es posible efectuar un control de su contenido.

Todo ello conduce a analizar el mecanismo del doble control de transparencia, a efectos de señalar la nulidad de pleno derecho de cláusulas objeto principal del contrato —por ser constitutivas de su objeto o causa—. El objeto de esta investigación es identificar los factores clave a evaluar para conseguir la supresión de este tipo de pactos.

El método utilizado es el propio de la investigación jurídica hermenéutica. Se toman en cuenta la interpretación teleológica y el método descriptivo, a fin de precisar el objetivo de la norma jurídica. Asimismo, el estudio parte del análisis del ordenamiento positivo actual, así como de la sistematización y del análisis de jurisprudencia del Tribunal Supremo de España, influenciado por las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Además, desde el derecho comparado, se expondrá la conceptualización de cláusula abusiva en Colombia y su delimitación, a partir de un sistema de criterios generales y de listas.

1. Derecho de consumo y protección al consumidor

Antes que nada, hay que destacar la existencia de ciertos principios del derecho de consumo que se proyectan en diversos ámbitos de las relaciones empresario-consumidor, configurados desde la máxima de “protección al consumidor”. Se examinarán las peculiaridades de las normas contractuales de consumo, así como su incidencia respecto a la nulidad de cláusulas abusivas, con mención especial a la abusividad de cláusulas esenciales y su debido control de transparencia.

En cuanto a la condición de consumidor, tanto el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, aprobado por RD Legislativo

1/2007, del 16 de noviembre (en adelante, TRLGDCU), como la Ley 7/1998, del 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC) desarrollaron, por un lado, el Artículo 51 de la Constitución española (en adelante, CE), que exige a los poderes públicos garantizar la defensa de los consumidores y usuarios y, por otro, las diversas directivas comunitarias con idéntica finalidad, entre ellas, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, del 5 de abril de 1993 (en adelante, Directiva 93/13/CEE).

La Directiva 93/13/CEE establece en su Artículo 2.b) que tendrá la consideración de consumidor toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, concepto que se ve ampliado por el Artículo 3 TRLGDCU, al incluir a las personas jurídicas que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. Dicha ampliación tiene su amparo en el Artículo 8 de la citada Directiva, que permite que las disposiciones nacionales mejoren la protección de los consumidores europeos.

Todo contrato entre empresarios y consumidores exige una transparencia y unas garantías mínimas en cuanto a la protección de los consumidores, puesto que así viene instituido por el derecho comunitario desde 1975.¹ De hecho, el propio Tratado de Ámsterdam de 1997² destaca el carácter horizontal de la competencia comunitaria en la materia, cuando señala que “al definirse acciones comunitarias se tendrán en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores”.³ Hoy en día, el Artículo 6 del Tratado de Lisboa de 2007⁴ es el que dispone la protección a los consumidores como uno de los principios básicos que deben proteger los Estados miembros de la UE.⁵

¹ Los principales programas comunitarios que aluden a la importancia de la protección de los consumidores y usuarios fueron: la Resolución del Consejo del 14 de abril de 1975, sobre el programa preliminar de la Comunidad Europea para una política de protección e información de los consumidores; la Resolución del Consejo del 19 de mayo de 1981, relativa al segundo programa para una política de protección e información a los consumidores; la Resolución del Consejo de 23 de junio de 1986, relativa a la orientación futura de la política de la Comunidad Económica Europea para la protección y el fomento de los intereses de los consumidores; el Artículo 100 del Acta Única Europea del 1 de julio de 1987 y la Resolución del Consejo del 9 de noviembre de 1989, sobre futuras prioridades para el relanzamiento de la política de protección del consumidor; entre otras. Raquel Guillén Catalán, *El régimen jurídico de la oferta contractual dirigida a consumidores* (Madrid: Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, 2010), 23.

² El Tratado de Maastricht modificó los anteriores tratados europeos y creó la Unión Europea basada en tres pilares: las Comunidades Europeas, la política exterior y de seguridad común (PESC) y la cooperación en los ámbitos de la justicia y los asuntos de interior (JAI). Parlamento Europeo, *Tratado de Amsterdam* (Ámsterdam, 2 de octubre de 1997), art. 153.

³ Parlamento Europeo, *Tratado de Amsterdam*, art. 153.

⁴ Unión Europea, *Tratado de Lisboa* (Lisboa, 13 de diciembre de 2007), art. 6.

⁵ Guillén Catalán, *El régimen jurídico*, 23-25.

Este fervor europeo en defensa de los consumidores y usuarios frente a los contratos de adhesión y las cláusulas generales abusivas se materializa con la creación, consolidación y expansión de un cuerpo de normas cuya finalidad es la protección del consumidor, en desarrollo del principio del Artículo 51 CE, que ha fomentado la aparición del sector jurídico del derecho de consumo, caracterizado por su interdisciplinariedad.⁶ Este precepto constitucional se enmarca en los principios rectores de la política social y económica, como un principio orientador para el Legislador, en tanto no es de aplicación inmediata y requiere un desarrollo legislativo ordinario, en virtud de lo establecido por el Artículo 53.3 CE. Este último, al mismo tiempo, preceptúa el carácter informador del que goza este principio de protección del consumidor respecto a todo el ordenamiento jurídico.⁷

No se puede olvidar que la norma básica del sistema jurídico-económico, con rango constitucional sustancial, instituye que las partes se obligan por el contenido de los acuerdos “libremente” adoptados, según el Artículo 1255 del Código Civil español (en adelante, CC), esto es, el principio de autonomía privada. Asimismo, rige también el principio de libertad de empresa, recogido en el Artículo 38 CE.

De ahí que los fines de la política jurídica que presiden e inspiran toda esta legislación pro consumidor estén dirigidos a mejorar los índices de información y de transparencia del mercado, para que el consumidor decida con mayor conocimiento de causa. De este modo, por un lado, se desarrollan normas dirigidas a que la contratación sea celebrada con libertad, sin engaño. Por otro lado, afirma Lasarte⁸ que existen numerosas disposiciones que favorecen el cumplimiento de lo pactado en beneficio del consumidor.⁹

⁶ Natalia Álvarez Lata, *Invalidez e ineficacia en el derecho contractual de consumo español : análisis de los supuestos típicos de ineficacia en los contratos con consumidores* (Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2004), 23.

⁷ Adela Serra Rodríguez, *Cláusulas abusivas en la contratación, en especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad* (Pamplona: Aranzadi, 1996), 19.

⁸ Carlos Lasarte Álvarez, *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 5a ed. (Madrid: Dykinson, 2013), 7-9.

⁹ “[...] el sistema de control que dispone la Directiva 93/13/CEE resulta fundado en la consideración de que el consumidor se encuentra en posición de inferioridad o clara desigualdad con respecto al profesional, tanto en lo concerniente a la capacidad de negociación como a lo atinente a nivel de información manejado”. Carolina del Carmen Castillo Martínez, *Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca: negociación contractual, desequilibrio importante y protección del consumidor en la contratación bancaria* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016), 89.

2. Marco normativo en España: la identificación de cláusulas abusivas

Como se verá, el Legislador ha optado por una regulación bipartita, entre cláusulas abusivas en contratos de consumo (TRLGDCU) —de exclusiva aplicación a consumidores— y condiciones generales de la contratación (LCGC) —de aplicación tanto a consumidores como a quienes carecen de esta condición—. Tal circunstancia de duplicidad legal, sin duda, plantea una adicional complejidad, al tener que decidir y administrar la norma adecuada.¹⁰

En primer lugar, el marco legal a tener en cuenta es el dispuesto por la LCGC. Esta ley ha llevado a efecto la trasposición de una de las directivas más relevantes en la materia: la Directiva 93/13/CEE,¹¹ sobre cláusulas abusivas. Además, la misma norma determina los contratos con los consumidores con cláusulas predispuestas y la definición de “cláusula abusiva”.

Para que una cláusula contractual sea considerada condición general de la contratación debe cumplirse una serie de requisitos, que resume de forma muy didáctica la sentencia del Tribunal Supremo español:¹²

- a) Contractualidad: se trata de “cláusulas contractuales” y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.
- b) Predisposición: la cláusula ya ha de estar redactada. Es irrelevante si lo ha sido por el propio empresario o por terceros y no es fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular, corresponde a los contratos de adhesión.

¹⁰ Castillo Martínez, *Las cláusulas abusivas*, 89.

¹¹ Cuestión a recordar es que la citada es una directiva de mínimos, como se desprenderá de su preámbulo; ello permite que los Estados miembros establezcan una legislación más protectora, pero no más restrictiva. Por eso, al ser una directiva de armonización parcial, surgen dudas sobre la interpretación que debe hacerse respecto a algunos de sus preceptos y por eso, la interpretación que otorga el Tribunal de Justicia, es particularmente relevante. Sonsoles Centeno Huerta, “El control de las cláusulas abusivas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: el juez nacional como máximo garante”, http://www.elderecho.com/observatorio/comunidadespropietarios/Control_de_las_clausulas_abusivas-jurisprudencia_del_Tribunal_de_la_UE-juez_nacional-legislacion_nacional_11_556930007.html (acceso julio 4, 2018).

¹² España, Tribunal Supremo, *Sentencia 241 del 9 de mayo de 2013*, Recurso 485/2012, Sala Primera, M. P. Rafael Gimeno-Bayon Cobos.

- c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes —aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario—, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento de la inclusión de la cláusula en él.
- d) Generalidad o incorporación a una pluralidad de contratos: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal propósito, ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a celebrarse.

En cambio, será irrelevante su autoría material, apariencia externa, extensión y cualquier otra circunstancia, así como también que el adherente sea un profesional o consumidor, dado que la LCGC opera para ambos.¹³

Con los requisitos cumplidos, el clausulado contractual es de aplicación general a todas las operaciones por la entidad financiera. Desde la perspectiva propia del consumidor o contratante, dado que la única salida que tiene es aceptar el contenido contractual dispuesto por la otra parte y adherirse a él, se habla también de “contrato de adhesión”.¹⁴

En segundo lugar, una vez se ha calificado una determinada estipulación como condición general de la contratación, se estudiará si el contrato se circunscribe en el ámbito legal que ampara a consumidores y usuarios. Este segundo marco legal es el dispuesto por el TRLGDCU, el cual construye un régimen muy favorable y protector para el consumidor. De hecho, confesaba ya la propia exposición de motivos de la hoy derogada Ley 26/1984, del 19 de julio, cuyos objetivos eran: i) establecer procedimientos eficaces para la defensa de los consumidores y usuarios; ii) disponer del marco legal adecuado para favorecer un desarrollo óptimo del movimiento asociativo en este campo, y iii) declarar los principios, los criterios, las obligaciones y los derechos que configuran la defensa de consumidores y usuarios.

¹³ España, Jefatura de Gobierno, *Ley 7 de 1998*, “Sobre condiciones generales de la contratación” (Madrid: *Boletín Oficial del Estado* núm. 89, 14 de abril de 1998), art. 1.

¹⁴ Lasarte Álvarez, *Manual sobre protección*, 134-135.

La TRLGDCU define quién es considerado consumidor:

[...] son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión [...] son también consumidores, a efectos de esta norma, las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.¹⁵

La Ley 16/2011, del 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (en adelante, LCCC) incorpora al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2008/48/CE, del 23 de abril de 2008, y define un crédito al consumo: “[...] un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación”.¹⁶ En su articulado contiene cuestiones tan trascendentales como los requisitos de información (art. 7) o, en cuanto a la oferta vinculante, que el prestamista debe entregar al consumidor en un momento precontractual (art. 8).

En tercer lugar, vistos los anteriores extremos, hay que conocer qué se entiende por “cláusula abusiva”. Para ello se estará a lo previsto en los Artículos 3.1 y 4.1 de la Directiva 93/13/CEE y Artículos 82 TRLGDCU, puesto en relación con el Artículo 8 LCGC. La definición genérica de cláusula abusiva ha venido confirmada por el Tribunal Supremo y, aparte de considerarse condición general de la contratación, exige que concurren los siguientes requisitos:¹⁷

1. Que sea un contrato celebrado con consumidores y usuarios en los términos previstos en el Artículo 3 del TRLGDCU.
2. Que la cláusula sea contraria a las exigencias de la buena fe.¹⁸

¹⁵ Álvarez Lata cita a Alfaro Águila-Real, para señalar que el concepto de consumidor gira en torno a la identificación de un sujeto que, en las concretas relaciones jurídicas, ya sea porque es destinatario final de los bienes, porque actúa de manera ajena a su actividad profesional, porque se sitúa como cliente frente al empresario organizado, denota falta de capacidad para autoprotegerse y especial debilidad en esas concretas relaciones jurídicas frente al empresario. Álvarez Lata, *Invalidez e ineficacia*, 36. España, Ministerio de la Presidencia, *Real Decreto legislativo 1 de 2007*, “por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias” (Madrid: *Boletín Oficial del Estado* núm. 287, 20 de noviembre de 2011), art. 3.

¹⁶ Unión Europea, *Directiva 2008/48/CEE del Consejo* (Bruselas: 23 de abril de 2008), art. 1.

¹⁷ España, Tribunal Supremo, *Sentencia 241 del 9 de mayo de 2013*.

¹⁸ Aunque hay cierta discrepancia en este sentido, dado que algunos autores como Vattier Fuenzalida no consideran necesaria una mala fe, al definir las cláusulas abusivas como aquellas “que no se han discutido por las partes en los contratos celebrados por un profesional y un consumidor, siempre que den lugar a un

3. Que provoque un desequilibrio entre las partes en cuanto a los derechos y las obligaciones que se derivan del contrato.¹⁹ El propio Tribunal Supremo indica: “[...] el desequilibrio puede manifestarse en la propia oferta desequilibrada, en la fase genética o en la ejecución del contrato, o en ambos momentos”.²⁰
4. Todo ello, en perjuicio del consumidor.²¹

De hecho, la misma LCGC requiere que sean perjudiciales para el adherente y contrarias a la ley o a cualquier otra norma imperativa o prohibitiva:

[...] serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.²²

El concepto de cláusula abusiva obedece a un estándar de noción jurídica de contenido variable o cambiante, es decir, no es posible dar una definición teórica precisa de ella, pues deberá verse en cada caso concreto el desequilibrio o la ventaja excesiva que genera.²³

En derecho comparado, hay que tener presente que el modelo de régimen sobre las cláusulas abusivas de la Directiva 93/13/CEE es seguido por varios países de América Latina, incluso Colombia, con la Ley 1480 de 2011.²⁴ Hoy, en Colombia la definición de cláusula abusiva se delimita a partir de un sistema de criterios generales y de listas.

Hasta el año 2011 en Colombia no existía una norma que permitiera fijar con claridad los criterios del test de abusividad, es decir, la noción de cláusula abusiva,

desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones derivados del contrato, en perjuicio del consumidor e incluso aunque el profesional esté de buena fe”. Carlos Vattier Fuenzalida, “Invalidez e ineficacia en los proyectos europeos de derecho de contratos” en *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, ed. Ángel Carrasco Perera y Jesús Delgado Echeverría (Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2007), 32.

¹⁹ Unión Europea, *Directiva 93/13/CEE del Consejo* (Bruselas, 21 de abril de 1993), art. 3.1.

²⁰ España, Tribunal Supremo, *Sentencia 241 del 9 de mayo de 2013*.

²¹ España, Tribunal Supremo, *Sentencia 241 del 9 de mayo de 2013*.

²² España, Jefatura de Gobierno, *Ley 7 de 1998*, art. 8.1.

²³ José Manuel Gual Acosta, “Las cláusulas abusivas - evolución hacia una noción”, *Verba iuris* 11, núm. 36 (2016): 120, <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/1017> (acceso diciembre 3, 2018).

²⁴ Gual Acosta, “Las cláusulas abusivas”, 117.

sino diversas normas sectoriales y, con los factores comunes allí consagrados, se llegaba a una posición cercana sobre la realidad de lo que se quería enmarcar en el concepto de cláusula abusiva. Por otro lado, la Circular Externa 039, de septiembre de 2011, de la Superintendencia Financiera de Colombia (SIF) consignaba un listado negro, taxativo, que junto con el de la Ley 1328 de 2009, prohibía las cláusulas que generaran un desequilibrio del contrato o abuso de posición dominante y contenía un listado negro de veintisiete cláusulas. Por último, la Circular Externa 018, del 26 de mayo de 2016, de la misma SIF —a su vez reformada por la Circular 048 de 2016— modificó la Circular 029 de 2014 y se definió un nuevo listado negro o prohibitivo taxativo que aumentó las cláusulas abusivas a 52.²⁵

En suma, con el cumplimiento de los fines perseguidos por la Directiva 93/13/CEE se ha forjado como un principio de interés general del derecho de la Unión la supresión de las cláusulas abusivas en el tráfico jurídico-económico, para conseguir un mercado libre de situaciones de desequilibrio contractual en perjuicio de los consumidores.²⁶ Este interés general, situado en el terreno de los principios y por encima del interés particular de cada consumidor en cada caso concreto, justifica la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas, en una dimensión que entronca con el orden público de la comunidad. La protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores es un principio esencial del ordenamiento jurídico,²⁷ que debe actuar sobre todo frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.²⁸

Las normas citadas tienen ámbitos de aplicación objetivos y subjetivos desiguales, aunque en algunos supuestos son coincidentes e, incluso, yuxtapuestos. Desde el punto de vista material, las normas que configuran el “derecho contractual de consumo” responderían a hipótesis de contratación bastante sensibles o peligrosas para el consumidor, ya sea por las condiciones propias del contrato (por ejemplo, los contratos que tienen condiciones generales o cláusulas predispuestas), por la complejidad del negocio (un contrato de crédito o préstamo multidivisa o IRPH) o por las condiciones fácticas de la contratación. Entran en juego estas leyes ante

²⁵ Gual Acosta, “Las cláusulas abusivas”, 121-122.

²⁶ Gual Acosta cita a autores destacados como Bourgeois y Mazeaud, para destacar que “la idea de restablecer el equilibrio contractual impulsaría la de proteger al contratante débil, en especial ello se vería desde los años 60s del siglo pasado a favor de proteger al contratante débil de las cláusulas abusivas, posición que se tomaría bajo los parámetros de un nuevo orden público contractual”. Gual Acosta, “Las cláusulas abusivas”, 115.

²⁷ Unión Europea, *Tratado de funcionamiento de la Unión Europea* (Bruselas, 26 de octubre de 2012), art. 169.

²⁸ España, Tribunal Supremo, *Sentencia 265 del 22 abril de 2015*, Recurso 2351/2012, Sala Primera, M. P. Rafael Sarazá Jimena.

supuestos de contratación peligrosos para el consumidor medio, lo cual constituye el punto de conexión entre todas las normativas de derecho de consumo.²⁹

3. Cláusulas abusivas: distinción entre estipulaciones accesorias y esenciales

Con fundamento en el Artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas, cabe integrar a las estipulaciones “esenciales” todas las que contribuyen a calcular y definir el precio y no únicamente las que establecen su extensión, así como todas las relativas a la contraprestación.³⁰ Por tanto, han de entenderse parte del objeto principal del contrato las cláusulas de redondeo al alza y otras estipulaciones que inciden en el cálculo del tipo de interés, por ejemplo, la que toma como referencia un año de 360 días.³¹ Solo para citar algunas de ellas, se mencionan el clausulado multidivisa³² y el IRPH cajas de ahorro o entidades,³³ así como la cláusula suelo,³⁴ por su gran relevancia en la práctica bancaria y litigiosa en España.

Las demás cláusulas son las denominadas “accesorias”, esto es, las que no afectan el objeto principal o la parte económica del contrato. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se refiere a ellas como cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia de la relación contractual.³⁵ Para ese tipo de estipulaciones se prevé un “control de contenido o abusividad”, de conformidad con el cual se reputan válidas si su contenido respeta el derecho dispositivo e

²⁹ Álvarez Lata, *Invalidez e ineficacia*, 31-32.

³⁰ Luis María Miranda Serrano, “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas en la contratación bancaria”, *Indret*, núm. 2 (abril 2018): 18, <http://www.indret.com/pdf/1386.pdf> (acceso septiembre 14, 2018).

³¹ Francisco Pertinax Vilchez, “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *Indret*, núm. 3 (julio 2013): 21-22, <http://www.indret.com/pdf/995.pdf> (acceso septiembre 14, 2018).

³² En el préstamo hipotecario multidivisa, la moneda en la que se referencia la entrega del capital y de las cuotas periódicas de amortización es una divisa extranjera, normalmente yenes japoneses o francos suizos. El índice de referencia sobre el cual se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada período suele ser distinto del euríbor, en concreto, el libor.

³³ Oficialmente denominado “tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre”, influye en la fijación del precio por calcular los intereses a partir de la media aritmética simple de los precios ponderados por el saldo de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria a plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas durante el mes al que se refieren los índices.

³⁴ Barrera limitadora del interés variable. En este caso, sin que el interés pueda bajar por debajo del umbral estipulado.

³⁵ Unión Europea, *Sentencia C-26/13 del 30 de abril de 2014*, M. P. Alexandra Prechal; *Sentencia C-96/14 de 23 de abril de 2015*, M. P. Camelia Toader.

inválidas en caso contrario.³⁶ A diferencia de las estipulaciones que conforman el objeto principal del contrato, la licitud de las cláusulas accesorias no deriva de que sean efectivamente conocidas y consentidas por el adherente, sino de que respeten el derecho supletorio, los usos y la buena fe,³⁷ por ejemplo, las referidas a gastos hipotecarios, comisiones de apertura, comisiones por impago, interés de mora o vencimiento anticipado.

Sobre el control de abusividad de las cláusulas no negociadas en los contratos con los consumidores, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España ha considerado que la contratación bajo condiciones generales constituye un auténtico modo para contratar, diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado en el Código Civil. Su eficacia exige que, además de la prestación del consentimiento del adherente a la inclusión de unas cláusulas redactadas de un modo claro, comprensible y transparente en sus consecuencias económicas y jurídicas, el profesional o empresario cumpla unos especiales deberes de configuración del contrato predispuesto en el caso de cláusulas no negociadas en los contratos celebrados con consumidores, es decir, unos deberes que supongan el respeto, de acuerdo con las exigencias de la buena fe y el justo equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes, lo que excluye la utilización de cláusulas abusivas.³⁸

Sin embargo, no es posible el control de la abusividad de las condiciones generales que se refieran al objeto principal del contrato, de conformidad con la Directiva 93/13/CEE:

[...] la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse

³⁶ Miranda Serrano, "El control de transparencia", 18.

³⁷ Jesús Alfaro Águila-Real, "Cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato", <http://almacenederecho.org/clausulas-predispuestas-describen-objeto-principal-del-contrato> (acceso agosto 29, 2018).

³⁸ Dicho de otra forma, "que el consumidor haya prestado válidamente su consentimiento al contrato predispuesto por el profesional, incluso en el caso de cláusulas claras, comprensibles y transparentes, no es obstáculo para que pueda declararse la nulidad de las cláusulas abusivas cuando, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato (art. 3.1 de la Directiva 1993/13/CEE y 82.1 del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios)". España, Tribunal Supremo, *Sentencia 265 del 22 abril de 2015*; *Sentencia 406 de 18 de junio de 2012*, Recurso 46/2010, Sala Primera, M. P. Francisco Javier Orduña Moreno; *Sentencia 241 del 9 de mayo de 2013*; *Sentencia 166 de 7 de abril de 2014*, Recurso 963/2012, Sala Primera, M. P. Francisco Javier Orduña Moreno; *Sentencia 246 de 28 de mayo de 2014*, Recurso 503/2012, Sala Primera, M. P. Francisco Javier Orduña Moreno.

como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.³⁹

En cambio, este control sí es posible en el caso de cláusulas claras y comprensibles que no se refieran al objeto principal del contrato —cláusulas accesorias—. ⁴⁰

Cuestión relevante será la posibilidad de conservar el negocio jurídico del que se ha admitido nulidad parcial de elementos esenciales de la contratación. Aquí se halla una labor científica argumentativa y de construcción jurídica, en tanto se distingue entre elemento esencial como elemento definitorio del objeto principal del contrato y elemento esencial como parte inescindible del negocio jurídico. Así pues, la nulidad parcial operará, amparada por el principio *favor negotii*, siempre que los contenidos contractuales afectados sean divisibles o separables del resto y haya base para afirmar que aún concurren los elementos esenciales para funcionar sin necesidad de una nueva voluntad. En tales condiciones, el negocio puede subsistir.⁴¹

En cuanto a la subsistencia del contrato, lo relevante será diferenciar entre elemento esencial o elemento inescindible de su objeto y causa. También ha indicado la doctrina del Tribunal Supremo español que no cabe identificar “objeto principal” con “elemento esencial”.⁴²

La causa que origina la nulidad y la anulabilidad es el elemento que permite diferenciar ambas figuras.⁴³ Mientras las causas de nulidad son de derecho necesario e indisponibles y atentan contra el orden público, las de anulabilidad atentan contra los intereses de un particular y son disponibles y subsanables para las partes.⁴⁴ A

³⁹ Unión Europea, *Directiva 93/13/CEE del Consejo*, art. 4.2.

⁴⁰ Cámara lo expone con nitidez: “mientras los elementos principales del contrato no están sometidos al control de contenido propio de las cláusulas abusivas, sí lo están los *elementos accesorios*, según la asentada distinción de la doctrina alemana entre, por un lado, *Hauptelemente* o *Hauptleistungen* y, por otro lado, *Nebenleistungen*, *Nebenbestimmungen* o *Preisnebenabreden*”. Sergio Cámara Lapuente, *El control de las cláusulas “abusivas” sobre elementos esenciales del contrato: ¿Incorrecta transposición, opción legal legítima o mentis jurisprudencial?* (Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2006), 109.

⁴¹ Como se deducirá de la doctrina plasmada desde la popular resolución del Tribunal Supremo. España, Tribunal Supremo, *Sentencia 241 del 9 de mayo de 2013*; Unión Europea, *Sentencia C-26/13 de 30 de abril de 2014*.

⁴² España, Tribunal Supremo, *Sentencia 241 del 9 de mayo de 2013*.

⁴³ Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Etelvina Valladares Rascón y Helena Díez García, *Manual de introducción al derecho: introducción al derecho, derecho civil patrimonial*, 6a. ed. (Madrid: Bercal, 2008), 139.

⁴⁴ Marta Casasayas Ramis, “El inicio del cómputo del plazo de nulidad del artículo 1301 del código civil en los contratos de tracto sucesivo no complejos”, *Revista de derecho civil* 4, núm. 1 (enero-marzo, 2017): 136, <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/235/200> (acceso agosto 17, 2018).

diferencia de la inexistencia, la nulidad como forma de invalidez implica, por lo menos, que el negocio exista como supuesto de hecho y que exista una figura exterior de sus elementos eventuales capaz de provocar algún efecto secundario negativo o divergente, aunque esta figura sea inconsistente frente a un análisis más profundo.⁴⁵

Aunque el Tribunal Supremo evidenció una robusta inercia conducente a la nulidad de pleno derecho y la doctrina concebía la nulidad como regla general de invalidez (art. 6.3 CC), son cada vez más los casos en los que no se descarta o se admite abiertamente la anulabilidad atípica o no textual, en atención a criterios de carácter práctico o funcional.⁴⁶ Es más, se observa que buena parte de los problemas que suscitan la aplicación de la nulidad en las relaciones contractuales apuntan hacia el régimen de la anulabilidad.⁴⁷ En este sentido, el derecho de consumo no es más que una muestra de la expansión de la anulabilidad más allá de los casos previstos por el Legislador, que se impone como principio general sobre la nulidad absoluta.⁴⁸

El hecho de que la cláusula de un contrato celebrado con un consumidor regule un elemento esencial del contrato no obsta a que esta pueda tener la consideración legal de condición general de la contratación ni la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 93/93/CEE o de las normas del derecho interno que la transponen, como es el caso de la LCGC y el TRLGDCU.⁴⁹ Por consiguiente, como bien apunta Sánchez García,⁵⁰ que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no la someta al doble control de transparencia que se expondrá.⁵¹

⁴⁵ Emilio Betti, *Teoría general del negocio jurídico* (Granada: Comares, 2000), 408-410.

⁴⁶ Miguel Pasquau Liaño, *Nulidad y anulabilidad del contrato* (Madrid: Civitas, 1997), 97.

⁴⁷ María Ángeles Egusquiza, *Cuestiones conflictivas en el régimen de la nulidad y la anulabilidad del contrato* (Pamplona: Aranzadi, 1999), 93.

⁴⁸ La mayoría de autores, entre ellos, Pasquau, reconocen que “se ha llegado a afirmar, incluso, que en materia contractual la anulabilidad es el régimen típico, la regla general”. Pasquau Liaño, *Nulidad y anulabilidad*, 92.

⁴⁹ España, Tribunal Supremo, *Sentencia 222 de 29 abril de 2015*, Recurso 1072/2013, Sala Primera, M. P. Rafael Sarazá Jimena.

⁵⁰ Jesús María Sánchez García, “El control de transparencia sobre los intereses remuneratorios en los contratos de crédito al consumo”, *Aranzadi doctrinal*, núm. 4 (julio-agosto, 2014): 22, http://www.icag.cat/sites/default/files/circulars/Bib_El%20control%20de%20transparencia%20sobre%20los%20intereses%20remuneratorios%20en%20los%20contratos%20de%20credito%20al%20consumo_BIB_.pdf (acceso julio 21, 2018).

⁵¹ Esta doctrina ha sido reiterada por el TJUE. Unión Europea, *Sentencia C-92/11 de 21 de marzo de 2013*, M. P. Marek Safjan; *Sentencia C-26/13 de 30 de abril de 2014*; *Sentencia C-143/13 de 26 de febrero de 2015*, M. P. Alexandra Prechal; *Sentencia C-96/14 de 23 de abril de 2015*.

4. Abusividad por no superación del doble control de transparencia

Al ser improcedente que el juez enjuicie el equilibrio económico del contrato en relación con las estipulaciones que conforman su objeto principal, su quehacer queda reducido al análisis del equilibrio jurídico, esto es, de los derechos y las obligaciones de las partes. Entonces, entra en juego el mecanismo del doble control de transparencia —formal y material—, y rige la siguiente solución: toda cláusula que no supere el control de transparencia será, *per se*, inexorablemente abusiva.⁵²

Como expone Miranda Serrano,⁵³ la coherencia de la exigencia de transparencia en este caso es evidente. Pues, si no hay lugar a controlar el objeto principal del contrato, habrá que considerar decisivo y fundamental que las cláusulas que lo describen sean transparentes. Solo así no resultarán desvirtuados aquellos factores esenciales que conforman el “reducto de contractualidad” sobre el que gira el consentimiento de los contratantes.

Ambos controles tienen una finalidad y un alcance muy distintos, pues mientras el de transparencia en sentido formal es formulado por el derecho, el de transparencia en sentido material o sustantivo ha sido elaborado por la jurisprudencia con el auxilio de la doctrina científica.⁵⁴

En definitiva, la doctrina del Tribunal Supremo, con obligadas reminiscencias de las resoluciones del Tribunal de Luxemburgo (TJUE), impone este doble control de transparencia en cuanto a un primer ámbito formal y a uno segundo, material,⁵⁵ con base en lo siguiente:

⁵² Es clarificador el Tribunal Supremo: “[...] la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado”. España, Tribunal Supremo, *Sentencia 705 de 23 de diciembre de 2015*, Recurso 2658/2013, Sala Primera, M. P. Pedro José Vela Torres.

⁵³ Miranda Serrano, “El control de transparencia”, 19.

⁵⁴ Miranda Serrano, “El control de transparencia”, 5.

⁵⁵ El Tribunal Supremo ha declarado en varias sentencias la procedencia de ejercer un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con los consumidores, en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución. A efectos de conocer cómo se materializa y consolida la doctrina atinente al doble control de transparencia cabe enfatizar en la sentencia que dilucida un interesante *excursus* al respecto. España, Tribunal Supremo, *Sentencia 608 de 15 de noviembre de 2017*, Recurso 2678/2015, Sala Primera, M. P. Rafael Sarazá Jimena.

Explicita que esta línea jurisprudencial se inicia a partir de sentencia del Tribunal y se perfila con mayor claridad con la Sentencia 241/2013, vigente en la actualidad, como se vislumbra en las recientes. España,

- a) Control de inclusión o incorporación: supone un control de transparencia documental o gramatical. Viene definido por los requisitos que deben cumplir las cláusulas no negociadas individualmente que establecen los Artículos 80.1 y 82.1 del TRLGDCU y Artículos 5.5 y 7 LCGC interpretados conforme a los Artículos 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, que son: concreción, claridad y sencillez en la redacción; accesibilidad y legibilidad; buena fe y justo equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes.⁵⁶
- b) Control de transparencia material: implica un control de la comprensibilidad real de su importancia. El hecho que determinará la licitud de la cláusula en el ámbito de consumo es si el consumidor puede identificar la “cláusula abusiva” como definitoria del 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 participa o puede participar en la economía del contrato.⁵⁷

En consecuencia, el Tribunal Supremo entiende que el Artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE conecta esa transparencia con el juicio de abusividad,⁵⁸ porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor; la condición general podría declararse abusiva si el defecto de transparencia provoca una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y de prestación, es

Tribunal Supremo, *Sentencia 171 de 9 de marzo de 2017*, Recurso 2223/2014, Sala Primera, M. P. Ignacio Sancho Gargallo; *Sentencia 367 de 8 de junio de 2017*, Recurso 2697/2014, Sala Primera, M. P. Rafael Sarazá Jimena; *Sentencia 240 de 24 abril de 2018*, Recurso 3135/2015, Sala Primera, M. P. Francisco Javier Orduña Moreno; *Sentencia 834 de 22 de diciembre de 2009*, Recurso 407/2006, Sala Primera, M. P. Juan Antonio Xiol Ríos.

⁵⁶ En cuanto a este primer control, la mejor doctrina es coincidente. A modo de ejemplo se citan las afortunadas consideraciones de Pagador López, quien afirma que la función del control de inclusión o incorporación estriba en “preservar el último reducto de contractualidad respecto de las condiciones generales, garantizando que en el momento de la celebración del contrato el adherente, al menos, conozca de forma efectiva su existencia y pueda conocer su contenido de regulación material, bien entendido que ello, sin embargo, no convierte a la declaración negocial de adhesión o aceptación de las condiciones generales en un genuino consentimiento negocial”. Javier Pagador López, “Título II. Condiciones generales y cláusulas abusivas” en *La defensa de los consumidores y usuarios*, ed. Manuel Rebollo Puig (Madrid: Iustel, 2011), 1349-1350.

⁵⁷ En palabras de Pazos Castro, el control de transparencia trasciende “el aspecto formal del consentimiento para pasar a tener un supuesto carácter material, en el sentido de asegurar que la persona consiente los aspectos del contrato que son esenciales”. Ricardo Pazos Castro y Javier Lete Achirica, *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores* (Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2017), 417.

⁵⁸ A tales efectos, como fue declarado en la TJUE respecto a la exigencia de transparencia impuesta por la Directiva 93/13/CEE, este debe entenderse conforme a que el contrato debe exponer “de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste”. Unión Europea, *Sentencia C-92/11 de 21 de marzo de 2013*.

decir, tal como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.⁵⁹

Huelga decir que esta labor judicial guarda una estrecha relación con las finalidades de política legislativa inherentes a la legislación bancaria, tendiente a garantizar del mejor modo posible que los contenidos negociales sean claros y puedan comprenderse sin ambigüedad por los adherentes. Así lo corrobora la normativa sobre transparencia y protección de la clientela bancaria, cuya pieza angular es la Orden Ministerial EHA/2899/2011, del 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.⁶⁰

En esta línea, el Tribunal Supremo advierte que dicho control de transparencia dispone que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a ser comprensibles:

[...] impliquen inopinadamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.⁶¹

No puede pasarse por alto uno de los más recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo, que manifiesta:

Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.⁶²

⁵⁹ En relación con las condiciones generales empleadas en un préstamo multdivisa, confirma la corrección de esta interpretación, se afirma que “la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13/CEE no puede reducirse sólo al carácter comprensible de está en un plano formal y gramatical [...] esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva”. Unión Europea, *Sentencia C-26/13 de 30 de abril de 2014*.

⁶⁰ Miranda Serrano, “El control de transparencia”, 4.

⁶¹ España, Tribunal Supremo, *Sentencia 367 de 8 de junio de 2017*.

⁶² España, Tribunal Supremo, *Sentencia 608 de 15 de noviembre de 2017*.

Esto explicaría que se relacione directamente el control de transparencia material prohibitivo de este tipo de estipulaciones con los “deberes de información” de los predisponentes, con especial atención al deber de información precontractual, toda vez que la finalidad de la exigencia de transparencia reside en preservar que el adherente manifieste un “consentimiento verdaderamente informado” sobre la base de la información que le ha sido suministrada al prestatario.⁶³

El Tribunal Supremo estableció como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta la necesidad de que la información fuera suficientemente clara para permitir la comprensibilidad real de la importancia de la estipulación y sostiene que es preciso que la información dada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que interfiere en el objeto principal del contrato —que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago— y tener un conocimiento real y razonable completo de cómo participa o puede participar en la economía del contrato.

Es más, el Tribunal sostiene:

[...] a las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato.⁶⁴

La relación directa entre el control de transparencia y el cumplimiento del deber de información se expone así:

Por eso, el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo

⁶³ Miranda Serrano, “El control de transparencia”, 19; España, Tribunal Supremo, *Sentencia 608 de 15 de noviembre de 2017*.

⁶⁴ En concreto, afirma Pertíñez Vilchez que “el consumidor tiene derecho a conocer los elementos esenciales del contrato sin necesidad de una ocupación intensiva y el deber de procurarse este conocimiento mediante la lectura de farragosos clausulados contractuales, que en el fondo es lo único que posibilita el cumplimiento de los requisitos de inclusión”. Pertíñez Vilchez, “Falta de transparencia”, 13.

económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó.⁶⁵

Además, en remisión a la Sentencia 367/2017, del 8 de junio, esta misma sentencia del Tribunal Supremo advierte que, en razón de esta exigencia de transparencia, la lectura de la escritura pública por el notario y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario no excluyen la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor haya decidido suscribir.

En el mismo sentido de remarcar la trascendencia de la información transmitida al consumidor por la entidad bancaria, la jurisprudencia del TJUE ha declarado la relevancia que tiene la “información precontractual” que se le facilita, porque es en esa fase cuando se toma la decisión de contratar.⁶⁶

En concreto, el apartado segundo del fallo de la STJUE del 20 de septiembre de 2017 (caso *Andriuc*) impone a las instituciones financieras el deber de facilitar a los prestatarios la información suficiente para que estos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes; enfatiza la importancia de que el consumidor disponga, antes de la celebración del contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, para que elija si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional.⁶⁷

Los datos brindados por la entidad prestamista al prestatario debe llevar a que un consumidor informado prevea, con base en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan.⁶⁸ Tal cuestión debe ser examinada a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que se encuentran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo, a partir de la atención que puede esperarse de un consumidor medio informado y razonablemente atento y perspicaz.⁶⁹

⁶⁵ España, Tribunal Supremo, *Sentencia 36 de 24 de enero de 2018*, Recurso 1586/2015, Sala Primera, M. P. Ignacio Sancho Gargallo.

⁶⁶ Unión Europea, *Sentencia C-92/11 de 21 de marzo de 2013*; *Sentencia C-26/13 de 30 de abril de 2014*.

⁶⁷ Unión Europea, *Sentencia C-92/11 de 21 de marzo de 2013*; *Sentencia acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15 de 21 de diciembre de 2016*, M. P. Egils Levits.

⁶⁸ Unión Europea, *Sentencia C-26/13 de 30 de abril de 2014*.

⁶⁹ Unión Europea, *Sentencia C-26/13 de 30 de abril de 2014*.

En lo que a derecho colombiano se refiere, el principio de transparencia se estableció con claridad en el Artículo 3 de la Ley 1328 de 2009 del consumidor financiero, pero su fundamento normativo está en la Constitución Política. Se ha reconocido a la transparencia su carácter de principio negocial dentro del moderno derecho de consumo, como un criterio de control en los contratos por el cual se impone a las entidades financieras la obligación de suministrar tanto al público como a los deudores la información necesaria, que deberá ser otorgada de manera cierta, suficiente, oportuna, clara, precisa y de fácil comprensión.⁷⁰

Por analogía con la cláusula suelo del derecho español, es de gran interés citar a la cláusula UVR (unidad de valor real) que opera en Colombia, la cual vino a reemplazar el UPAC. Es una unidad de cuenta, a fin de mantener el valor adquisitivo de la moneda que se cobrará de acuerdo con la inflación y dependerá de la variación mensual del IPC certificada por el DANE, mediante un proceso de liquidación diario y la tasa de interés fijada por el Banco de la República. Entonces, la UVR varía con la inflación: si es positiva, esta subirá, pero si es negativa, como cuando hay deflación, bajará. Curiosamente, por un lado, ni la tasa UVR ni su conversión en pesos baja desde inicios de 2000 y, por otro, el deudor hipotecario con los simuladores solo puede calcular la cuota máxima, pues la mínima siempre está en aumento.⁷¹

Por su parte, las fórmulas utilizadas para la cláusula suelo varían, pero conducen a idéntico resultado; en unas ocasiones se fija directamente el tipo de interés mínimo y, en otras, se fija el tipo mínimo del interés de referencia. Cuando el índice de referencia o la suma del índice de referencia más el diferencial descienden por debajo del tope (suelo) establecido, estas cláusulas impiden que la bajada se traslade al prestatario. En definitiva, la cláusula suelo es una barrera limitadora de la bajada del tipo de interés, la cual ha sido declarada abusiva de forma implacable por el Alto Tribunal español, al no considerarla transparente.⁷²

⁷⁰ José Manuel Gual Acosta, "Empresa y derecho" en *La UVR ¿Cláusula abusiva? Perspectivas desde la cláusula suelo y el principio de transparencia*, ed. Mónica L. Fernández y Gabriela Lanata Fuenzalida (Santiago: Thomson Reuters, 2018), 73-74.

⁷¹ Gual Acosta, "Empresa y derecho", 65-67.

⁷² Para profundizar sobre la naturaleza y operativa, no superación del doble control de transparencia y las consecuencias de la nulidad de la cláusula suelo puede verse la doctrina plasmada en la popular. España, Tribunal Supremo, *Sentencia 241 del 9 de mayo de 2013*.

También de interesante lectura son las más recientes. España, Tribunal Supremo, *Sentencia 517 de 20 de septiembre de 2018*, Recurso 995/2016, Sala Primera, M. P. Rafael Saraza Gimena.

Sobre el doble control de transparencia en las cláusulas suelo en caso de subrogación del comprador en el préstamo hipotecario concedido al vendedor sobre la inexistencia de novación extintiva. España, Tribunal Supremo, *Sentencia 489 de 13 de septiembre de 2018*, Recurso 1026/2016, Sala Primera, M. P. Ignacio Sancho Gargallo.

La cláusula UVR, como mecanismo de tasa variable de cobro de intereses y amortización de créditos inmobiliarios con garantía hipotecaria, presenta una similitud evidente con la cláusula suelo, dado que ambas tasas de interés variable operan con los cobros siempre al alza. No obstante, esta UVR no aparece en el listado que establecen las Leyes 1328 de 2009 y 1480 de 2011 de protección al consumidor ni en la Circular externa 018/16 de la SIF, reformada por la Circular 048 de 2016, que regulan el régimen de los contratos de consumo con cláusulas abusivas. Con todo, la tesis de Gual Acosta asevera, de forma acertada, que dicha situación determina una falta de transparencia y una forma inequitativa, que es contraria a la buena fe contractual en la forma de calcular los créditos, generada por falta de una información clara y precisa que permita al consumidor tomar un crédito de manera informada.⁷³

Conclusiones

En las cláusulas accesorias se puede examinar su contenido y, al reputarse abusivo, declarar directamente su nulidad. Por el contrario, en las cláusulas objeto principal del contrato se halla en la disyuntiva de que un mismo pacto no siempre es declarado abusivo y, por ende, nulo. En este caso, el carácter abusivo dependerá de si la estipulación concreta ha superado un primer control de transparencia formal (inclusión o incorporación) y un segundo control de transparencia material (sustantivo o cualificado).

A efectos de valorar si se ha superado el doble control de transparencia, es fundamental comprobar si el profesional ha comunicado a los consumidores toda la información pertinente que les posibilite valorar las consecuencias económicas de una cláusula relativa a sus obligaciones financieras. Una correcta información tendiente a proporcionar un conocimiento certero de lo contratado excluiría la ilicitud por abusividad de una cláusula objeto principal de la contratación.

En el procedimiento se deberá delimitar el “perfil del consumidor”, para desentrañar si ha habido concurrencia de “asimetría informativa” entre la parte débil (consumidor) y la experta (banco). Lo relevante no es si el banco ha cumplido con las obligaciones de información tanto en la génesis contractual como en fase precontractual, sino si al contratar, el adherente tenía un conocimiento suficiente de este producto y de sus riesgos asociados.

⁷³ Gual Acosta, “Empresa y derecho”, 67-73.

Referencias

- Alfaro Águila-Real, Jesús. “Cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato”. <http://almacenederecho.org/clausulas-predispuestas-describen-objeto-principal-del-contrato> (acceso agosto 29, 2018).
- Álvarez Lata, Natalia. *Invalidez e ineficacia en el derecho contractual de consumo español: análisis de los supuestos típicos de ineficacia en los contratos con consumidores*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2004.
- Betti, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Granada: Comares, 2000.
- Cámara Lapuente, Sergio. *El control de las cláusulas “abusivas” sobre elementos esenciales del contrato: ¿Incorrecta transposición, opción legal legítima o mentís jurisprudencial?* Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2006.
- Casasayas Ramis, Marta. “El inicio del cómputo del plazo de nulidad del artículo 1301 del código civil en los contratos de tracto sucesivo no complejos”. *Revista de derecho civil* 4, núm. 1 (enero-marzo, 2017): 125-161, <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/235/200> (acceso agosto 14, 2018.).
- Castillo Martínez, Carolina del Carmen. *Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca: negociación contractual, desequilibrio importante y protección del consumidor en la contratación bancaria*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016
- Castro, Ricardo Pazos y Javier Lete Achirica. *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2017.
- Centeno Huerta, Sonsoles. “El control de las cláusulas abusivas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: el juez nacional como máximo garante”. http://www.elderecho.com/observatorio/comunidadespropietarios/Control_de_las_clausulas_abusivas-jurisprudencia_del_Tribunal_de_la_UE-juez_nacional-legislacion_nacional_11_556930007.html (acceso julio 4, 2018).
- Egusquiza, María Ángeles. *Cuestiones conflictivas en el régimen de la nulidad y la anulabilidad del contrato*. Pamplona: Aranzadi, 1999.
- España, Jefatura de Gobierno. *Ley 7 de 1998*, “Sobre condiciones generales de la contratación”. Madrid: *Boletín Oficial del Estado* núm. 89, 14 de abril de 1998.
- España, Ministerio de la Presidencia. *Real Decreto legislativo 1 de 2007*, “Por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias”. Madrid: *Boletín Oficial del Estado* núm. 287, 20 de noviembre de 2011.
- España, Tribunal Supremo. *Sentencia 166 del 7 de abril de 2014*. Recurso 93/2012, Sala Primera. M. P. Francisco Javier Orduña Moreno.
- España, Tribunal Supremo. *Sentencia 171 del 9 de marzo de 2017*. Recurso 2223/2014, Sala Primera. M. P. Ignacio Sancho Gargallo.

- España, Tribunal Supremo. *Sentencia 222 del 29 abril de 2015*. Recurso 1072/2013, Sala Primera. M. P. Rafael Sarazá Jimena.
- España, Tribunal Supremo. *Sentencia 240 del 24 abril de 2018*. Recurso 3135/2015, Sala Primera. M. P. Francisco Javier Orduña Moreno.
- España, Tribunal Supremo. *Sentencia 241 del 9 de mayo de 2013*. Recurso 485/2012, Sala Primera. M. P. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.
- España, Tribunal Supremo. *Sentencia 246 del 28 de mayo de 2014*. Recurso 503/2012, Sala Primera. M. P. Francisco Javier Orduña Moreno.
- España, Tribunal Supremo. *Sentencia 265 del 22 abril de 2015*. Recurso 2351/2012, Sala Primera. M. P. Rafael Sarazá Jimena.
- España, Tribunal Supremo. *Sentencia 36 del 24 de enero de 2018*. Recurso 1586/2015, Sala Primera. M. P. Ignacio Sancho Gargallo.
- España, Tribunal Supremo. *Sentencia 367 del 8 de junio de 2017*. Recurso 2697/2014, Sala Primera. M. P. Rafael Sarazá Jimena.
- España, Tribunal Supremo. *Sentencia 406 de 18 de junio de 2012*. Recurso 46/2010, Sala Primera. M. P. Francisco Javier Orduña Moreno.
- España, Tribunal Supremo. *Sentencia 489 del 13 de septiembre de 2018*. Recurso 1026/2016, Sala Primera. M. P. Ignacio Sancho Gargallo.
- España, Tribunal Supremo. *Sentencia 517 del 20 de septiembre de 2018*. Recurso 995/2016, Sala Primera. M. P. Rafael Saraza Gimena.
- España, Tribunal Supremo. *Sentencia 608 del 15 de noviembre de 2017*. Recurso 2678/2015, Sala Primera. M. P. Rafael Sarazá Jimena.
- España, Tribunal Supremo. *Sentencia 705 del 23 de diciembre de 2015*. Recurso 2658/2013, Sala Primera. M. P. Pedro José Vela Torres.
- España, Tribunal Supremo. *Sentencia 834 del 22 de diciembre de 2009*. Recurso 407/2006, Sala Primera. M. P. Juan Antonio Xiol Ríos.
- Fuenzalida, Carlos Vattier. “Invalidéz e ineficacia en los proyectos europeos de derecho de contratos” en *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, editado por Ángel Carrasco Perera y Jesús Delgado Echeverría, 13-57. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2007.
- Gual Acosta, José Manuel. “Empresa y derecho” en *La UVR: ¿Cláusula abusiva? Perspectivas desde la cláusula suelo y el principio de transparencia*, editado por Mónica Fernández y Gabriela Lanata Fuenzalida, 43-81. Santiago: Thomson Reuters, 2018.
- Gual Acosta, José Manuel. “Las cláusulas abusivas-evolución hacia una noción”. *Verba iuris* 11, núm. 36 (2016): 113-134. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/1017> (acceso diciembre 3, 2018).
- Guillén Catalán, Raquel. *El régimen jurídico de la oferta contractual dirigida a consumidores*. Madrid: Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, 2010.

- Lasarte Álvarez, Carlos. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. 5a ed. Madrid: Dykinson, 2013.
- Miranda Serrano, Luis María. “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria”. *InDret*, núm. 2 (abril 2018): 1-80. <http://www.indret.com/pdf/1386.pdf> (acceso septiembre 14, 2018).
- Pagador López, Javier. “Título II. Condiciones generales y cláusulas abusivas” en *La defensa de los consumidores y usuarios*, editado por Manuel Rebollo Puig, 1306-1442. Madrid: Iustel, 2011.
- Parlamento Europeo. *Tratado de Ámsterdam*. Ámsterdam, 2 de octubre de 1997.
- Pasquau Liaño, Miguel. *Nulidad y anulabilidad del contrato*. Madrid: Civitas, 1997.
- Pertíñez Vilchez, Francisco. “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”. *InDret*, núm. 3 (julio 2013): 1-28. <http://www.indret.com/pdf/995.pdf> (acceso septiembre 14, 2018).
- Rodríguez-Cano, Rodrigo Bercovitz, Etelevina Valladares Rascón y Helena Díez García. *Manual de introducción al derecho: introducción al derecho, derecho civil patrimonial*. 6a. ed. Madrid: Bercal, 2008.
- Sánchez García, Jesús María. “El control de transparencia sobre los intereses remuneratorios en los contratos de crédito al consumo”. *Aranzadi doctrinal*, núm. 4 (julio-agosto, 2014): 31-57. http://www.icag.cat/sites/default/files/circulars/Bib_El%20control%20de%20transparencia%20sobre%20los%20intereses%20remuneratorios%20en%20los%20contratos%20de%20credito%20al%20consumo_BIB_.pdf (acceso julio 21, 2018).
- Serra Rodríguez, Adela. *Cláusulas abusivas en la contratación en especial. Las cláusulas limitativas de responsabilidad*. Pamplona: Aranzadi, 1996.
- Unión Europea. *Directiva 2008/48/CEE del Consejo*. Bruselas: 23 de abril de 2008.
- Unión Europea. *Directiva 93/13/CEE del Consejo*. Bruselas, 21 de abril de 1993.
- Unión Europea. *Sentencia acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15 del 21 de diciembre de 2016*. M. P. Egils Levits.
- Unión Europea. *Sentencia C-143/13 del 26 de febrero de 2015*. M. P. Alexandra Prechal.
- Unión Europea. *Sentencia C-26/13 del 30 de abril de 2014*. M. P. Alexandra Prechal.
- Unión Europea. *Sentencia C-92/11 del 21 de marzo de 2013*. M. P. Marek Safjan.
- Unión Europea. *Sentencia C-96/14 del 23 de abril de 2015*. M. P. Camelia Toader.
- Unión Europea. *Tratado de funcionamiento de la Unión Europea*. Bruselas, 26 de octubre de 2012.
- Unión Europea. *Tratado de Lisboa*. Lisboa, 13 de diciembre de 2007.