



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Administración y Dirección de
Empresas (Programa de Estudios
Conjuntos Derecho y ADE)

El deber de información en la contratación bancaria.

Presentado por:

Pilar Pérez Herreros

Tutelado por:

Cristina Guilarte Martín-Calero.

Valladolid, 7 de julio de 2022.

Índice de contenidos.

Resumen.....	3
Metodología.....	4
1.Introducción	6
1.1Motivos de la elección del tema y justificación de su interés	6-8
2.Las condiciones generales de contratación	8-14
3.La contratación bancaria.....	14
3.1Delimitación conceptual	14-15
3.2Características	15-17
3.3Clases de contratos bancarios	17-21
3.4Transparencia bancaria.....	21-25
4.Vicios de la voluntad en la contratación	25-30
4.1 El dolo en la contratación bancaria.....	30-31
4.2 Clases de dolo.....	31-33
4.3 Análisis jurisprudencial del dolo	33-37
4.4 El error como vicio de la voluntad	37
4.5 Análisis jurisprudencial del error	37-40
5. Cláusulas abusivas en los contratos bancarios.....	40-41
5.1Delimitación conceptual	41-45
5.2Cláusulas de vencimiento anticipado	45-48
5.3Cláusulas suelo	48-52
5.4Cláusulas IRPH	52-55
6.Conclusiones.....	55-58
7.Bibliografía	58-60
8.Doctrina jurisprudencial.....	60-62
9.Webgrafía	62-64

RESUMEN.

El objeto del presente trabajo de fin de grado es analizar las condiciones generales de contratación, así como las características de los contratos bancarios. Este trabajo pone el foco en el deber de información contractual en el ámbito bancario y los abusos que se dan en el mismo a través de la inclusión diferentes tipos de cláusulas. Por último, se hace referencia a la importante jurisprudencia tanto a nivel nacional como a nivel europeo que existe al respecto.

Palabras clave: contratación bancaria, información, protección.

ABSTRACT.

The purpose of this final degree project is to analyze the general contracting conditions, as well as the characteristics of banking contracts. This work focuses on the duty of contractual information in the banking field and the abuses that occur in it through the inclusion of different types of clauses. Finally, reference is made to the important case-law at both national and European level that exists in this regard.

Key words: banking contract, information, protection.

METODOLOGÍA.

La metodología que se ha utilizado para la elaboración del presente Trabajo de Fin de grado se llevó a cabo conforme a un esquema que se puede sintetizar de la siguiente manera:

1. En primer lugar, se realizó una búsqueda de temas actuales en materia de contratación bancaria sobre los cuales pudiese ser interesante realizar la investigación. Posteriormente se realizó una exploración superficial con palabras clave sobre el derecho bancario y sus condiciones generales de contratación para la realización del esquema que acompañaría el trabajo. Los medios utilizados fueron especialmente los manuales de la biblioteca, los portales de internet y la legislación nacional y comunitaria.
2. En segundo lugar, una vez aprobado el guión del trabajo por la tutora, comenzó la redacción y desarrollo, a través de la lectura de un gran número de fuentes respaldadas por la tutora, entre las que destacan la legislación civil y bancaria, la jurisprudencia y los manuales de derecho civil, penal y mercantil, con el objetivo de crear un criterio propio.
3. Respecto al epígrafe referido a la jurisprudencia, se ha utilizado como fuente externa el CENDOJ, Eurlex, así como datos obtenidos a partir de páginas web de carácter jurídico.
4. Finalmente, conforme evolucionaba la elaboración del trabajo y asimilando la información, se planteaban dudas a la tutora y se corregían determinados aspectos, contando en todo momento con la supervisión y aprobación de la tutora.

ABREVIATURAS.

AP: Audiencia Provincial

BdE: Banco de España

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CP: Código Penal

DA: Disposición adicional.

ITPAJD: Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

LCGC: Ley de Condiciones Generales de la Contratación

LGDCU: Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

LRCCI: Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario

MUS: Mecanismo Único de Supervisión.

TC: Tribunal Constitucional.

TFFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TS: Tribunal Supremo

1.INTRODUCCIÓN.

1.1Motivos de elección del tema y justificación de su interés.

El principal motivo de elección de este tema es que aborda una cuestión que ha cobrado gran importancia en la última década. Por un lado, es una cuestión que afecta a diversos ámbitos del derecho, no sólo el civil, sino también a conceptos relacionados con el derecho penal, como el dolo, o al derecho mercantil y normativa referente a la defensa de los consumidores y usuarios. Por otro lado, al ser estudiante de la doble titulación y contar con conocimientos del tráfico empresarial y financiero, considero que es un tema relevante sobre el cual hacer una investigación.

El deber de información en la contratación bancaria constituye, desde el punto de vista del contratante, un derecho que permite al mismo conocer los términos y condiciones de un contrato antes de formalizar el mismo.

Además, es de gran utilidad para el cliente pues le otorga la posibilidad de conocer los posibles gastos y comisiones aplicables a dicho producto financiero objeto de contrato, le pueden servir para compararlo con lo ofrecido por otras entidades bancarias. Este proceso de información precontractual es sumamente importante, que incluso la normativa prevé que este acompañado de las explicaciones pertinentes. Algunos ejemplos lo constituyen la Ficha de Información Precontractual (FIPRE), la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) y la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) entre otros.

Aunque puede parecer que este deber es consustancial al negocio bancario, en realidad se introdujo hace menos de tres décadas. En este sentido es muy interesante analizar las ideas de la subgobernadora del colegio de abogados de Málaga, MARGARITA DELGADO, en las jornadas sobre Derecho Bancario que se relatan a continuación.

En un primer momento, se aprobó la Ley de Ordenación Bancaria de 1946 delegaba en el Ministerio de Hacienda la fijación de tarifas bancarias. Dicha situación se mantuvo hasta que fueron liberalizadas parcialmente en 1981¹.

Sin embargo, hubo que esperar al año 1987 para establecer la libertad de fijación de tipos de interés y comisiones para las entidades de depósito, libertad que se extendió a todas las

¹ DELGADO, M. *‘Jornadas de Derecho bancario: La transparencia en el sector bancario’*, 2021, Colegio de abogados de Málaga. Disponible en <https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/IntervencionesPublicas/Subgobernador/Arc/Fic/delgado040621.pdf>

entidades de crédito dos años después. Precisamente, una vez que las comisiones y tipos de interés se liberalizaron, se hizo latente la necesidad de regular la transparencia en relación a su establecimiento y modificación.

También fue necesario clarificar mejor los derechos que corresponden al cliente, así como establecer las obligaciones de remisión de información al Banco de España.

En este sentido, la Ley 26/1988 de disciplina e intervención fijó las facultades reglamentarias para el establecimiento de un régimen de transparencia, que fue desarrollado por una Orden de 12 de diciembre de 1989. Todo ello se plasmó finalmente en la Circular del Banco de España 8/1990 sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.

Como señala la autora, *‘es evidente que, en paralelo a esta evolución de la normativa, se han producido cambios muy significativos en la sociedad, la opinión pública y la jurisprudencia, sobre todo en la última década’*². Destaca especialmente la pérdida de confianza que ha suscitado el sector bancario, sobre todo a partir de la crisis económica de 2008.

Además, el marco de supervisión, no se focaliza solo en el cumplimiento formal de las obligaciones de conducta, sino que contempla también la gestión y mitigación de estos riesgos por parte de las entidades y su incorporación al modelo de negocio.

Tras su introducción, la normativa de transparencia ha ido evolucionando con el tiempo, en línea con los cambios en la sociedad y el creciente nivel de exigencia hacia el sector bancario. La Circular del Banco de España 5/2012, que sustituye a la 8/1990, recoge todos estos elementos.

Sin embargo, en la última década se han dado numerosos casos de falta de transparencia y abuso bancario. Es decir, prácticas que llevan a cabo las entidades bancarias con sus clientes, ocultándoles información esencial de los servicios que prestan y aprovechándose de su desconocimiento o ignorancia al respecto³.

Estas cuestiones se abordan en el presente trabajo, delimitando primero el concepto de condiciones generales de contratación, posteriormente el contrato bancario y posibles vicios

² DELGADO, M. *‘Jornadas de Derecho bancario: La transparencia en el sector bancario’*, 2021, Colegio de abogados de Málaga. Disponible en <https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/IntervencionesPublicas/Subgobernador/Arc/Fic/delgado040621.pdf>

³ PERIÓDICO EL CONFIDENCIAL “Los abusos bancarios en contratos según Víctimas del Crédito, la plataforma de ayuda al consumidor”, 2021, Disponible en <https://www.elconfidencialdigital.com/articulo/an/abusos-bancarios-contratos-victimas-credito-ayuda-consumidor/20210728121233265047.html>

del consentimiento en el mismo y finalmente subrayando las cláusulas abusivas que pueden darse en este tipo de contratos y la jurisprudencia al respecto.

2. LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN.

El art.1.1 de la LCGC define a las condiciones generales de contratación como *“las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”*⁴

Una idea esencial que hay que señalar en este apartado es la diferencia entre las condiciones generales de contratación y las cláusulas abusivas de los contratos. Para ello, es necesario acudir a la Exposición de motivos de la LCGC (apartado I), en donde se señala que para la formulación del concepto se han tenido en cuenta orientaciones jurisprudenciales anteriores, las aportaciones doctrinales sobre la materia y los criterios utilizados en el Derecho comparado.

La doctrina condensa en cuatro las características que se han venido considerando esenciales, están son: la predisposición (“predispuesta”), la imposición (“impuesta por una de las partes”) la generalidad (“una pluralidad”) y la contractualidad (“incorporación al contrato”)

Una definición similar recogía el art.1.1 del Proyecto de 1997, donde se las definía como *“cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea exclusivamente imputable a una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos o declaraciones jurídicamente relevantes”*

La definición contenida en el art.1.1 de la LCGC le dota por tanto de un contenido positivo, señalando además algunos elementos que aun concurrentes, no desmienten la existencia de tales condiciones. Es decir, siempre que concurren las exigencias esenciales a las que he hecho mención, nos hallaríamos ante condiciones generales de contratación.

Esta idea aparece plasmada en diversas sentencias, tales como la STS de 13 de noviembre de 1998, donde se dice que el contrato de adhesión es aquel en que “la esencia del mismo y sus cláusulas han sido predispuestas por una parte e impuestas por la otra, sin que esta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas ni modificarlas, sino simplemente aceptar o no” y señala que “las condiciones generales de contratación inmersas en los contratos de

⁴Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la contratación (LCGC).

adhesión no son verdaderamente condiciones sino pactos o cláusulas que se incluyen en todos los contratos que una parte redacta y que impone a todos los que quieran celebrarlos”⁵.

En términos muy similares se pronunció la AP de Barcelona a través de la SAP Baleares, Sección 3ª, de 4 de junio de 1998. Cabe señalar que el concepto de condiciones generales de contratación, se predica no solo en torno a esta Ley sino a todo el ordenamiento jurídico español.

Según O’CALLAGHAN⁶, *“las condiciones generales de contratación, provenientes de la doctrina alemana, no son verdaderas condiciones en sentido técnico-jurídico.”* Atendiendo detenidamente a definiciones dogmáticas, nos encontramos con DE CASTRO, quién las definió como *“conjunto de reglas que un particular (empresario o grupo de industriales o comerciantes) ha establecido para fijar el contenido (derechos y obligaciones) de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se puede celebrar)”*⁷

Por otro lado, ALFARO⁸ destaca tres notas que a su parecer conforman el concepto: cláusulas contractuales, que no son condiciones y que integran el contenido del contrato; cláusulas predispuestas, redactadas previamente al momento de la perfección del contrato; cláusulas impuestas, que se ofertan por una parte o la otra, sin que quepa negociación individual y sin que pueda eliminarlas o modificarlas si quiere aceptar el contrato.

Conviene señalar brevemente las cuatro características consideradas esenciales por la doctrina:

1. Predisposición: este requisito implica que debe haber una redacción previa y unilateral del contenido contractual por parte del profesional. Se caracteriza por tanto por la falta de negociación entre las partes sobre el contenido contractual, cuya confección ha sido realizada, antes de la celebración del contrato y de forma unilateral por el profesional.

2. Imposición: algunos autores hablan de rigidez o inevitabilidad. De forma más precisa, el art.1.1 de la LCGC viene a decir que son “cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato se realiza por una de las partes”. Es una de las mayores evidencias de la situación de superioridad en la que se encuentra el predisponente con relación al adherente. Es decir,

⁵ MARÍN LÓPEZ, J.J. “Condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas” Valladolid, editorial Lex Nova, 2000, p.126 y ss.

⁶ O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Compendio de Derecho Civil, Tomo II. Derecho de obligaciones*, Madrid, editorial universitaria Ramón Areces, 2009, p. 219

⁷ O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Compendio de Derecho Civil, Tomo II. Derecho de obligaciones*, Madrid, editorial universitaria Ramón Areces, 2009, p. 219

⁸ ALFARO AGUILA REAL, “*Las condiciones generales de contratación*”, Madrid, 1991.

no puede hablarse de imposición cuando las cláusulas han sido negociadas individualmente por las partes contratantes.

3. Generalidad: en una primera redacción de la ley, se hablaba de que estas cláusulas estaban ideadas para “aplicarlas a todos los contratos que una empresa o grupo de empresas celebren” Lo verdaderamente importante y que se deriva de la legislación alemana, es que estas cláusulas se apliquen a una pluralidad de contratos y que el profesional haga un uso efectivo de ellas en el tráfico jurídico, realizando contratos e imponiéndolas a la contratación. Se entiende por pluralidad, en aquellos casos en los que las cláusulas han sido utilizadas un mínimo de dos veces.

4. Contractualidad: el requisito de contractualidad, inmediatamente relacionado con el anterior, se refiere a que estas cláusulas no constituyen un contrato como tal pero su vocación natural es determinar la regla aplicable a una pluralidad de relaciones por un mismo profesional, con un número amplio de contratantes.

Una vez definidas las condiciones generales de contratación, conviene hacer un breve apunte acerca de la posible ineficacia y su interpretación. La inexistencia de condiciones generales de contratación significa que esta no existe, que no se tiene por incorporada en el contrato⁹. Esto iría en contra del requisito de inclusión del art.5 y art.7 LCGC. Es necesario que el adherente haya tenido la oportunidad real de conocerlas de manera completa al tiempo de celebración del contrato. Es necesario por tanto que lo acepte (conocimiento) y lo firme. También se consideran inexistentes en aquellos casos en que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

Además, la nulidad se produce cuando un negocio jurídico se contrapone a una norma imperativa o prohibitiva, como así se recoge en el art.6.3 CC. En el mismo sentido, el art.8 LCGC establece la nulidad de las condiciones generales de contratación que contradigan cualquier norma imperativa o prohibitiva o que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta ley, así como las condiciones generales que sean abusivas si el contrato se ha celebrado con el consumidor.

En ocasiones nos podemos encontrar con nulidad parcial, especialmente en negocios jurídicos inter vivos, de forma que la inexistencia o nulidad de una o varias de las condiciones no determina la ineficacia total del contrato, de forma que cabe la conservación del mismo.

⁹ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. “*Compendio de Derecho Civil, Tomo II. Derecho de obligaciones*” Madrid, editorial universitaria Ramón Areces, 2009, p. 222, 223.

Desde el punto de vista de la interpretación, todas las condiciones han de ser objeto de esta y llegar a comprender su sentido y alcance. En el art.5.4 LCGC se establece el requisito de la claridad. Así mismo, en el art.6 se regulan unas reglas de interpretación que son las siguientes:

Regla de condición más beneficiosa: en caso de divergencia entre cláusulas generales y particulares, prevalece la más beneficiosa para el adherente.

Regla de prevalencia: en caso de discrepancia entre el contenido de una cláusula general y una cláusula particular, prevalece esta última (salvo que sea más beneficiosa la general, manifestándose un criterio de prelación en las reglas de interpretación)

Regla contra proferentem: las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente (art.6.2 LCGC)

Regla complementaria y supletoria: se aplicarán las que establece el Código Civil en los artículos 1281 y siguientes acerca de la interpretación de los contratos.

- Distinción frente a las cláusulas abusivas.

En la misma línea, es necesario señalar las diferencias entre condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas. El problema está en que no es fácil establecer plenamente esta diferencia pues, según BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO¹⁰, hay una falta de claridad en la Directiva que ha contribuido a la confusión del legislador a la hora de trasponerla al ordenamiento, condicionando así la estructura y redacción de la Ley 7/1998 de condiciones generales de contratación.

A la hora de trasponer dicha Directiva, la opción escogida fue conservar una regulación especial para las condiciones generales abusivas en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y dedicar una ley de condiciones generales de contratación a una regulación de las mismas aplicables a todos los contratos. La ley 7/1998 se ocupa por tanto de las condiciones generales de contratación en toda clase de contratos (entre profesionales o empresarios y entre profesionales o empresarios y consumidores) pero al mismo tiempo dicha Ley 7/1998 contiene u a DA primera en la que se modifica la LGDCU en materia de cláusulas abusivas¹¹.

¹⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “*Condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas*” Valladolid, editorial Lex Nova, 2000, p.452, 453.

¹¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “*Condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas*” Valladolid, editorial Lex Nova, 2000, p.452, 453.

No obstante, hay situaciones reguladas con carácter general por la LCGC para quienes no tienen la condición de consumidor y por la LGDCU reformada para quienes tienen la cualidad de consumidores. En estos casos, es necesaria una interpretación para determinar si la norma de la LCGC excluye las normas de la LGDCU o si la LCGC completa lo previsto por la ley sobre consumidores, en cuyo caso la LGDCU prevalecerá al proteger en mayor medida al consumidor¹².

Una condición general de contratación no tiene por qué ser abusiva, esto no quiere decir que en ellas no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual.

En la Exposición de Motivos, se establece que nada impide que judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, aunque en ese caso habrá que estar a las características específicas de la contratación entre empresas¹³.

En el párrafo 5, se dice que *“ una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva”*¹⁴.

Respecto a la definición de cláusula abusiva, esta aparece definida como *“ aquella en contra de las exigencias de la buena fe que causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general”*¹⁵ es decir, puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, como en contratos de adhesión particulares.

El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Sin embargo, el hecho de que la disposición adicional primera de LCU, introducida por la Ley 7/1998 no mencione la actividad empresarial no significa que esta se encuentre excluida del ámbito de las cláusulas abusivas.¹⁶

Una de las definiciones de cláusulas abusivas, se encuentra en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. El texto señala que en el art.3.1 que las cláusulas contractuales que no se hayan

¹² DUQUE DOMÍNGUEZ, J. 'Condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas' Valladolid, editorial Lex Nova, 2000, p.464

¹³ Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la contratación (LCGC).

¹⁴ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, Directiva 93/13/CEE).

¹⁵ Preámbulo de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

¹⁶ MARÍN LÓPEZ, J.J.(2000) . "Condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas" Valladolid, editorial Lex Nova, 2000, p.153.

negociado individualmente se considerarán abusivas. Así mismo, en el art.3.2 enuncia que *“se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.”*

Queda patente que el legislador excluye del ámbito de aplicación de la disciplina sobre cláusulas abusivas las negociadas individualmente, considerando que la negociación individual garantiza suficientemente la posición del consumidor frente a cualquier intento del profesional de introducir en el contrato una cláusula abusiva.

Es necesario que a efectos de que exista una verdadera negociación individual, se realice un intercambio de propuestas, un ejercicio de autonomía privada en la vertiente de determinación del contenido contractual¹⁷.

Por otro lado, la definición de cláusulas abusivas la encontramos también en el art.82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDU): *“Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la causal, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”*.¹⁸

Además, el art.10 bis.1 LGDCU expresa que se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que se deriven del contrato”

El concepto de buena fe implica que la parte que actúa conforme a ella en la celebración del contrato y que impone la cláusula, debe tratar leal y equitativamente a la otra parte, cuyos intereses debe tener en cuenta. Es decir, no abusar de su poder de contratación.

Ahora bien, el núcleo de la abusividad lo constituye el desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, el cual ha de resultar de una ponderación de intereses de cada uno de los contratantes.

En definitiva, tal y como recoge el art.3.1 de la Directiva, el criterio básico para la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas es dicho desequilibrio.

¹⁷ MARÍN LÓPEZ, J.J. *“Condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas”* Valladolid, editorial Lex Nova, 2000, p.147.

¹⁸ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias. Artículos 80 y ss (en adelante, TRLGDCU).

3. LA CONTRATACIÓN BANCARIA.

3.1 Delimitación conceptual.

El Libro Cuarto del Código Civil ‘*De las obligaciones y contratos*’, nos proporciona el régimen jurídico de aplicación a los mismos. Concretamente, en el Título II, Capítulo I se establecen las disposiciones generales de los contratos.

El contrato es la fuente de obligaciones más primaria y usual que existe. Se destaca a continuación lo establecido en los art.1089,1091 y 1254 CC¹⁹. El propio art.1089 CC enuncia que *“las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.”*. Así mismo el art.1091 CC señala que *“las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos”*. A su vez, el art.1254 CC añade que *“el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”*

Por tanto, todo contrato surge con el consentimiento de las partes con la finalidad de crear obligaciones en las mismas. Hoy en día, el contrato es un elemento básico en la economía moderna como mecanismo de intercambio de bienes y servicios, regulado a través del Derecho civil patrimonial.

Según GALLEGO DOMINGUEZ²⁰, algunas notas esenciales a todo contrato son las siguientes:

Es un negocio jurídico, una declaración de voluntad dirigida al nacimiento, extinción o modificación de un derecho o relación jurídica, amparada por el ordenamiento jurídico el cual dentro de unos límites reconoce un poder de autorregulación de los intereses de los particulares. Respecto a los efectos del mismo solo alcanzan a las partes del contrato- y a sus herederos-, que son quienes regulan sus relaciones mediante el mismo.

Su contenido es esencialmente patrimonial, consistente en crear, modificar o extinguir obligaciones. Además, las prestaciones pueden estar a cargo de todos los contratantes (contratos bilaterales y plurilaterales) o sólo a cargo de una de ellas.

El principio de autonomía de la voluntad tiene aquí un amplio alcance, pues permite a los particulares contratar o no contratar y configurar el contenido del contrato con un

¹⁹ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

²⁰GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. ‘*Manual de derecho civil. Volumen II: Obligaciones y contratos. Teoría general.*’ Editorial Wolters Kluwer (2021) p. 252, 253.

importante margen de libertad, únicamente limitado por las leyes imperativas, la moral y el orden público.

En cuanto al contrato bancario, este tipo de contrato tiene sus propias particularidades a las que a continuación me refiero.

3.2 Características.

La Real Academia Española define al contrato bancario como “*un contrato celebrado por una entidad de crédito, que tiene por objeto operaciones bancarias de cualquier género*”²¹. Puede tratarse de operaciones bancarias activas o pasivas, según el banco ocupe una posición acreedora o deudora en la intermediación o en el crédito. También de operaciones de servicio o de gestión, accesorias o complementarias de las anteriores

Una de las características principales de los contratos bancarios es que la mayor parte de ellos son atípicos. Un contrato atípico es aquel que crean las partes en el ejercicio de la autonomía de la voluntad de forma novedosa y desconocida por el ordenamiento jurídico²², no estando regulados por el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de que pueda haber posibles referencias a los mismos. Dichos contratos revisten fuerza de ley entre los contratantes.

Atendiendo a sus características particulares:

- Son contratos de adhesión, aquellos en los que una de las partes del contrato, denominada “*parte fuerte*”, en este caso la entidad financiera al encontrarse en una posición ventajosa redacta el clausulado del mismo, de forma que la otra parte (el consumidor o cliente) se limita a prestar su consentimiento. Esto lo diferencia de los contratos tradicionales negociados²³. Aún así, suelen acompañarse de un sistema de garantías.

Como ya se ha señalado en el primer apartado, las condiciones generales de contratación han de estar presentes en todos los contratos, sin perjuicio de que se

²¹ Real Academia Española. Definición de contrato bancario. Disponible en <https://dpej.rae.es/lema/contrato-bancario#:~:text=Contrato%20celebrado%20por%20una%20entidad,intermediaci%C3%B3n%20o%20en%20el%20cr%C3%A9dito.>

²² Guía jurídica de Wolters Kluwers. “Contratos atípicos e innominados”. Disponible en <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/>

²³ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. “Manual de derecho civil. Volumen II: Obligaciones y contratos. Teoría general.” Editorial Wolters Kluwer (2021) p.266

incluyan otras particulares al mismo, con el objetivo de darle la posibilidad al contratante de conocerlas por completo sin que estas puedan ser ilegibles o ambiguas.

- Son contratos consensuales, caracterizados porque se perfeccionan con el mero consentimiento de las partes (art.1254 CC, y art.1258 CC)
- Tiene carácter conmutativo, aquellos en los que desde un principio aparece determinada la relación existente entre los beneficios y sacrificios que las partes asumen²⁴.
- Su naturaleza es onerosa, en donde se pretende una atribución patrimonial. En los contratos onerosos, una de las partes hace un sacrificio que está compensado por el beneficio que recibe la otra. Su objeto es la entrega de una cosa a cambio de un precio. Al ser oneroso, es también bilateral, constituyendo dicho sacrificio y compensación su causa (art.1274 CC). Esto les diferencia de los contratos lucrativos, donde la atribución patrimonial realizada por una parte no se ve compensada por la otra.
- Tienen naturaleza mercantil, donde se hace preceptiva la intervención de la empresa bancaria y se encuentran regulados a su vez en el Código de Comercio (art.175 C.Com)
- Suelen ser de tracto sucesivo, donde la ejecución de la prestación tiene lugar de forma repetitiva y prolongada en el tiempo. Dichas obligaciones se ejecutan durante un periodo determinado y han de cumplirse periódicamente.
- En dichos contratos se plasman normalmente los derechos y obligaciones de las partes, los plazos para los pagos, los tipos de interés o las comisiones aplicables²⁵.

Para que nos encontremos ante un contrato bancario, una de las partes ha de ser una entidad de crédito y la otra parte un cliente. El propio GARRIGUES señalaba que *"...no hay más operación bancaria que aquella en que interviene un Banco, pues la existencia de contratos bancarios sin la participación de un Banco es técnica y jurídicamente imposible"*²⁶.

²⁴ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. *"Manual de derecho civil: contratos."* Editorial Bercal S.A, 2021. P.31

²⁵ Economipedia. Definiciones de contrato bancario. Disponible en <https://economipedia.com/definiciones/contrato-bancario.html>

²⁶ Guía jurídica de Wolters Kluwers. "Contratos bancarios" disponible en <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>

Las entidades de crédito aparecen definidas en el art.1 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito²⁷. Según este, son entidades de crédito las empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia. Tienen la consideración de entidades de crédito los bancos, las cajas de ahorros, las cooperativas de crédito y el Instituto de Crédito Oficial.

Precisamente, por tratarse de un contrato de adhesión, la parte contratante mere un mayor ámbito de protección. Por esta razón existe una normativa especial aplicable y una serie de instituciones reguladoras y supervisoras, relativa a la protección de clientes respecto a las entidades de crédito, así como la protección de consumidores y usuarios.

De hecho, es el Banco de España quien debe dar autorización para la apertura de dichas sucursales tanto españolas como extranjeras que quieran establecerse en territorio español, así como de desempeñar su supervisión. La actividad supervisora se desarrolla principalmente por el Banco de España, aunque algunas funciones ha pasado a desempeñarlas el Banco Central Europeo.

El régimen jurídico de las entidades de crédito comprende múltiples normas dispersas, entre las que destacan la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, la Ley 13/1994, de 1 de junio. Autonomía del Banco de España. También la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

Además, el RD 84/2015, de 13 febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. y el Real Decreto-ley 22/2018, de 14 de diciembre, por el que se establecen herramientas macroprudenciales.

3.3 Clases de contratos bancarios.

Una vez puntualizadas las principales características de los contratos bancarios, conviene mencionar que clases de contratos nos podemos encontrar, atendiendo al tipo de operación que pueden realizar las entidades de crédito. Las operaciones que llevan a cabo las entidades

²⁷ Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito

de crédito pueden dividirse en tres: operaciones activas, operaciones pasivas y operaciones neutras²⁸.

Las *operaciones activas* son aquellas en las que es la entidad de crédito quien concede crédito a sus clientes, de forma que el banco es el acreedor. Se establece la obligación de que el cliente efectúe su restitución, con sus correspondientes intereses y comisiones, en el plazo y demás condiciones acordadas. Destacan especialmente los préstamos (personales e hipotecarios) la apertura de crédito, el descuento bancario y otros.

- Préstamo bancario.

El préstamo está regulado en el art.1740 del CC *“por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y luego se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo”*.²⁹ Al préstamo se refiere también el Código de Comercio en los artículos 311 y siguientes.

En concreto, en el préstamo bancario, la entidad financiera transmite la propiedad de una cantidad de dinero al cliente prestatario, con obligación de restituirla y abonar los intereses. Respecto al momento en el que debe realizar la devolución de lo prestado, habrá que estar a lo estipulado en el contrato de préstamo.

Mas interés suscita la obligación de abonar los intereses. La Ley de 23 de julio de 1908 (Ley Azcárate) sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios, define en su art.1 que intereses se declaran usurarios y por tanto nulos aquellos intereses remuneratorios.

En primer lugar, aquellos notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso. También, aquellos que resulten de condiciones leoninas, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales. Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias³⁰.

²⁸ Guía jurídica de Wolters Kluwers. *“Contratos bancarios”* disponible en <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>

²⁹ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Libro IV- Título II- Capítulo II

³⁰ Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios.

Respecto a que consecuencias acarrea el posible incumplimiento de la obligación de abonar los intereses, destaca el vencimiento anticipado del préstamo y la posibilidad de exigir intereses moratorios a los que posteriormente me referiré.

Los préstamos más clásicos son el préstamo personal, donde la entidad no suele contar con una garantía especial para el recobro de la cantidad prestada, sino que tiene como garantía genérica los bienes presentes y futuros del deudor, destinados normalmente a la compra de bienes y servicios de consumo.³¹

Respecto al préstamo hipotecario, se diferencia del anterior porque en este caso a entidad de crédito cuenta con una garantía especial para el recobro de la cantidad prestada, una hipoteca sobre un inmueble que suele ser propiedad del cliente.

- Apertura de crédito.

Se trata de un contrato a través del cual la entidad de crédito se obliga a conceder crédito al cliente poniendo a su disposición una suma de dinero determinada y durante un plazo fijo, a cambio del pago de una comisión y unos intereses. Se caracteriza por ser más flexible que el préstamo, propiciando la inversión y el consumo.

- Descuento bancario.

A través del descuento bancario, la entidad de crédito se obliga a anticipar al cliente el importe de un crédito dinerario, pero descontando los intereses correspondientes al tiempo existente entre que se produce dicho anticipo y el vencimiento del crédito. El cliente se obliga a enajenar a favor de la entidad el crédito descontado y, en caso de que éste no fuera satisfecho por el deudor, a restituir su importe a la entidad.

Por otro lado, tenemos las operaciones pasivas, que se caracterizan porque a través de las mismas las entidades de crédito reciben disponibilidades financieras de sus clientes, constituyen su principal fuente de financiación. Son, por ejemplo, el depósito de dinero, el redescuento bancario o la adquisición de títulos hipotecarios. Definiendo brevemente algunas de ellas:

- Depósito bancario.

³¹ Lección 2: Contratos de las entidades de crédito. “Contratos bancarios”. disponible en file:///d:/6%c2%ba%20dade/tfg%20derecho/tema_2._contratos_bancarios.pdf

Los depósitos bancarios son productos de ahorro en los que el cliente entrega una cantidad de dinero a una entidad de crédito durante un tiempo determinado. Transcurrido ese plazo, la entidad lo devuelve, junto con la remuneración pactada.³²

Los más comunes suelen tener un tipo de interés fijo, donde rentabilidad y el beneficio se mantiene invariable hasta finalizar el plazo del depósito.

- Redescuento bancario.

Tiene las mismas características que el descuento bancario definido anteriormente, con la diferencia de que la operación se produce entre dos bancos a un “tipo de redescuento”.

- Adquisición de títulos de hipoteca.

Constituye la adquisición de un derecho real que grava un bien inmueble y que normalmente se utiliza para lograr la financiación necesaria para su compra.

Por último, las *operaciones neutras* son aquellas operaciones mediante las que las entidades prestan otros servicios a sus clientes sin que exista crédito a favor o en contra de ninguna de ellas. La entidad no se posiciona ni como deudora ni como acreedora.

- Contrato de cuenta bancaria corriente.

Es el contrato neutro por excelencia y el contrato bancario más popularizado, consistente en un contrato de gestión en virtud del cual el banco se compromete a realizar por cuenta de su cliente cuantas operaciones son inherentes al servicio de caja. Precisamente, en palabras del TS en una Sentencia del 19 de diciembre de 1995, ‘*es en este servicio de caja donde esta figura atípica de contrato encuentra su singularidad o elemento causal*’.³³

Mediante el mismo, surgen una serie de obligaciones para las entidades crediticias tales como la gestión material de la cuenta corriente que incluye el control de los ingresos de efectivo, los abonos de nóminas, ordenar y recibir transferencias bancarias, domiciliar recibos, gestionar las retiradas de efectivo o el pago de cheques. También una obligación de rendir cuentas del cliente y compensar los saldos acreedores y deudores³⁴.

³² Diccionario económico BBVA. ‘*El depósito bancario*’ Disponible en <https://www.bbva.es/diccionario-economico/d/deposito-bancario.html>

³³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º), núm.1084, de 19 de diciembre de 1995, ES:TS:1995:10752.

³⁴ Lección 2: Contratos de las entidades de crédito. “Contratos bancarios”. disponible en file:///d:/6%c2%ba%20dade/tfg%20derecho/tema_2._contratos_bancarios.pdf

Respecto al cliente, este se obliga a proveer de esos fondos, pagar los intereses del descubierto y las correspondientes comisiones bancarias. El cliente puede retirar y meter fondos de la forma en que le convenga, respetando las condiciones pactadas.

Dentro de las operaciones neutras destacan también las operaciones de cambio de divisas, las transferencias o la domiciliación de recibos.

- Arrendamiento de una caja de seguridad.

Está contemplado para aquellos casos en los que el cliente es propietario de bienes de gran valor, como joyas, dinero en efectivo u obras de arte. El banco pone a disposición del cliente una caja con altas medidas de seguridad a cambio del pago de una comisión.

3.4 TRANSPARENCIA BANCARIA.

En los últimos años, fruto fundamentalmente de la crisis económica, se ha producido un aumento de reclamaciones con origen en la contratación bancaria. La principal causa está en que muchos de los contratos bancarios versan sobre productos financieros complejos, que han sido comercializados por gran parte de los bancos españoles con clientes que tenían una nula experiencia inversora y carencia de conocimientos en materia financiera³⁵.

En este sentido, queda más que claro que las entidades bancarias no han actuado con la debida diligencia y transparencia a la que están obligadas. Prueba de ello es que el número de reclamaciones que se recibieron en 2020 fueron de 21.320, lo que supone un incremento del 45,6% respecto de las 14.638 de 2019 ³⁶.

La transparencia bancaria tiene una importancia crucial en el desarrollo de las relaciones económicas entre los diferentes agentes de la sociedad, en concreto, entre los bancos y los clientes con los que operan. Es decir, es necesaria para que exista una efectiva competencia entre los bancos y es el marco de conducta que debe regir las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes³⁷.

³⁵ VÁZQUEZ GARCÍA, D. “La contratación bancaria en la reciente doctrina del Tribunal Supremo” Editorial Wolters Kluwers, 2017.

³⁶ Memoria de reclamaciones 2020. Banco de España. Disponible en <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/20/MSR2020.pdf>

³⁷ DELGADO, M. “Jornadas de Derecho bancario: La transparencia en el sector bancario” Colegio de abogados de Málaga. 2021. Disponible en <https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/IntervencionesPublicas/Subgobernador/Arc/Fic/delgado040621.pdf>

A la hora de referirnos a la transparencia bancaria, es importante tanto lo establecido en el ordenamiento jurídico español como en el marco jurídico de la Unión europea.

- Legislación nacional.

En primer lugar, hay que destacar que la normativa en materia de transparencia no es estática, sino dinámica. Los cambios en la normativa de protección de la clientela se suceden continuamente, así como en la jurisprudencia. Nos encontramos con situaciones en las que ciertas prácticas que se aceptaban en tiempos pasados, hoy se consideran inaceptables.

Ello en parte se debe a que el terreno de juego en el que opera la banca ha cambiado considerablemente. A partir de la crisis financiera, no basta con que el cliente reciba la información debida y la entidad se asegure de que el cliente conocía las condiciones que se le iban a aplicar. Actualmente, se exige a las entidades financieras no solo que *informen*, sino que *actúen* de forma imparcial, honesta y con un mayor grado de transparencia, conjugando todos los intereses y garantías de los clientes.

Aunque esta idea ya ha sido tratada en el primer apartado, precisamente por tratarse de contratos donde los bancos gozan de una posición privilegiada, se les exige a estos un plus de responsabilidad para con los contratantes.

No cabe duda de la elevada litigiosidad a la que se enfrentan los tribunales, con una elevada carga de trabajo para el sistema judicial y gran repercusión económica y reputacional sobre las entidades financieras.

Este riesgo reputacional es lo que se conoce como ‘*riesgo no financiero*’³⁸, asociado a las malas prácticas bancarias, ha suscitado la atención de los grandes mecanismos supervisores especialmente desde la aprobación de Basilea II. El propio Mecanismo Único de Supervisión señala que gran parte de las debilidades del sector se relacionan con este riesgo, tan difícil de medir y cuantificar.

De hecho, la protección a la clientela no constituye una desventaja para el funcionamiento de los bancos, sino que es una característica esencial para garantizar el modelo de negocio y promocionar la confianza en el mismo.

³⁸ DELGADO, M. ‘*Jornadas de Derecho bancario: La transparencia en el sector bancario*’ Colegio de abogados de Málaga, 2021. Disponible en <https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/IntervencionesPublicas/Subgobernador/Arc/Fic/delgado040621.pdf>

Precisamente, dicha litigiosidad se vería reducida si se incorporase una mayor certidumbre la hora de contratar, con el objetivo de anticiparse a los riesgos asociados a una determinada transacción. La seguridad jurídica es uno de los bienes que hay que proteger y es a través de la normativa donde se debe garantizar la misma.

El Banco de España es quien realiza de modo continuo labores de vigilancia e inspección respecto a la transparencia y la protección de la clientela bancaria.

Entre las diversas leyes, órdenes y circulares nacionales en términos de transparencia podemos destacar las siguientes³⁹:

- ✓ Ley 2/1981, de 25 de marzo Regulación del Mercado Hipotecario (BOE de 15 de abril)
- ✓ Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito.
- ✓ Circular del Banco de España n.º 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.
- ✓ Ley 2/1994, de 30 de marzo Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios (BOE de 4 de abril).
- ✓ Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. (BOE de 23) (Corrección de errores, BOE de 7 de febrero de 2003) Art. 30.
- ✓ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias
- ✓ Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito
- ✓ Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica.
- ✓ Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo.
- ✓ Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

³⁹ BANCO DE ESPAÑA. "Transparencia de operaciones y protección a la clientela" Disponible en https://www.bde.es/bde/es/secciones/normativas/Regulacion_de_En/Estatal/Transparencia___1f9672d6c1fd821.html

- ✓ Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Cobra especial relevancia lo enunciado en el art.60 Texto Refundido de la LGDCU, relativo a la información previa, donde se señala que *“ antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato y oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara, comprensible y accesible, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas.”*⁴⁰ aunque cabe decir que el ámbito de aplicación de la normativa sobre transparencia es algo más reducido que la relativa al consumo.

Respecto al deber de información tras las últimas reformas legislativas, destaca una preocupación por el legislador por ofrecer una protección absoluta del consumidor. En este sentido, destaca el RD 4/2015 de 23 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de valores, cuyos art.202 y siguientes contienen las normas de conducta que han de observar las entidades que ofrecen los servicios de inversión. El art.208 de dicha ley enuncia la obligación de diligencia y transparencia, mientras que el art.209 enuncia el deber general de información.

También la Orden ECC/2316/2015 del 4 de noviembre relativa a las obligaciones de información y clasificación de los productos financieros, que según el art.1, el objetivo es *garantizar un adecuado nivel de protección al cliente o potencial cliente de productos financieros mediante el establecimiento de un sistema normalizado de información y clasificación que le advierta del nivel de riesgo y le permita elegir los que mejor se adecuen a sus necesidades y preferencias de ahorro e inversión*⁴¹.

- Marco jurídico europeo.

Destaca la función desempeñada por la Autoridad Bancaria Europea, que es la agencia de la UE encargada de aplicar un conjunto de normas armonizadas para regular y supervisar el sector bancario en todos los Estados Miembro. Su objetivo es crear un mercado único de productos bancarios en la UE que sea eficiente, transparente y estable⁴².

⁴⁰ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias

⁴¹ Orden ECC/2316/2015, de 4 de noviembre, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros.

⁴² Autoridad bancaria europea. Disponible en https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/institutions-and-bodies-profiles/eba_es

La función de la ABE es garantizar el buen funcionamiento del mercado interior, mediante prácticas y decisiones de supervisión transparentes, previsibles y armonizadas para la actividad empresarial y la gestión de grupos transfronterizos de entidades de crédito.⁴³

En lo que a legislación se refiere, destaca la Directiva 2013/36/UE Del Parlamento Europeo Y del Consejo de 26 de junio de 2013 relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE.

En el punto nº9 del Preámbulo enuncia que, como primer paso hacia una unión bancaria, el MUS debe garantizar que la política de la Unión en materia de supervisión prudencial de las entidades de crédito se aplique de manera coherente y eficaz. También, que el código normativo único de los servicios financieros se aplique de manera homogénea a las entidades de crédito de todos los Estados miembros en cuestión y que estas entidades de crédito sean objeto de una supervisión de la máxima calidad en la que no interfieran consideraciones de índole no prudencial .

El legislador enuncia que un mayor grado de transparencia es lo que permite ganar la confianza de los ciudadanos de la Unión, tan relevante para el sector financiero. Por ello, esa publicación obligatoria de información se considera el cauce adecuado para garantizarla.

Así mismo, se enuncia que las autoridades competentes deben publicar información relativa al ejercicio de la actividad de las entidades de crédito y las empresas de inversión, en sintonía con el Reglamento (UE) no 575/2013 en cuanto a divulgación de información técnica por parte de las entidades. En el art.26 se regulan las obligaciones de información y sanciones derivadas de su incumplimiento.

Una vez examinado el deber de información de las entidades bancarias, se trata de determinar cuáles son las posibles consecuencias jurídicas de su incumplimiento. En el art.51 de la Directiva 2004/39 se preveía la imposición de una serie de sanciones administrativas por la infracción de este deber. No obstante, le corresponde a cada ordenamiento jurídico interno regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones.

4. VICIOS DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN.

⁴³ Preámbulo de la Directiva 2013/36/UE Del Parlamento Europeo Y del Consejo de 26 de junio de 2013

El contrato es un negocio jurídico bilateral, cuyos elementos esenciales vienen determinados en primer lugar por el consentimiento, formado por las declaraciones de voluntad que recaen sobre el objeto, que constituye el segundo elemento. El tercer elemento está formado por la causa y en caso de que el contrato sea solemne o formal, habrá un cuarto elemento, la forma⁴⁴.

De esta manera, para que exista un consentimiento plenamente válido y eficaz, inatacable, es necesario que la voluntad interna de las partes se haya formado de un modo consciente y libre, sin que se encuentre afectada por los vicios del consentimiento⁴⁵.

Como he expresado, el consentimiento se entiende como la coincidencia de declaraciones de voluntad, contrapuestas, de cada una de las partes. El consentimiento señala el momento de finalización del iter formativo del contrato.

En materia contractual, como señala GALLEGO DOMÍNGUEZ⁴⁶, rige el principio de *favor negotii*. El contrato se presume válido, se considera que este se ha formado sin vicio del consentimiento por lo que la apreciación de este ha de hacerse siempre de forma restrictiva, debiendo ser objeto de alegación y prueba los hechos correspondientes, prueba que incumbe a la parte conforme a las reglas generales del “*onus probandi*” art.217 LEC.

En jurisprudencia reiterada, el TS ha señalado que la fijación de hechos demostrativos de vicio del consentimiento, como cuestión fáctica, es competencia de los tribunales de instancia. Sin embargo, no su valoración jurídica, pues esta es susceptible del control casacional⁴⁷.

La existencia de vicio del consentimiento ha de ser probada por quien la alega, de hecho, han sido numerosas sentencias las que se han visto rechazadas por falta de prueba de los presupuestos. La calificación jurídica de los hechos es una *questio iuris*, si los hechos probados deber considerarse o calificarse como un supuesto de error, dolo, intimidación o violencia es

⁴⁴ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Compendio de Derecho Civil, Tomo II. Derecho de obligaciones*, Madrid, editorial universitaria Ramón Areces, 2009, p.229.

⁴⁵ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. *Manual de derecho civil. Volumen II: Obligaciones y contratos. Teoría general.* Editorial Wolters Kluwers, 2021, p.290

⁴⁶ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. *Manual de derecho civil. Volumen II: Obligaciones y contratos. Teoría general.* Editorial Wolters Kluwers, 2021, p.290

⁴⁷ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. *Manual de derecho civil. Volumen II: Obligaciones y contratos. Teoría general.* Editorial Wolters Kluwers, 2021, p.290

una cuestión que ha de ser tratada en casación (STS 23 julio 2013, rec. 167/2011), que estima *“ la calificación jurídica es revisable en casación, no es revisable la relación fáctica que se ha declarado probada*)

La concurrencia de vicio en el consentimiento da lugar a la impugnabilidad del contrato, nulidad relativa, anulabilidad o efectos de la recíproca restitución de las prestaciones (art.1303 CC). El plazo para ejercer dichas acciones es de 4 años, según señala el 1301 CC, la acción de nulidad caducará a los cuatro años. Ese tiempo empezará a correr: 1.º En los casos de intimidación o violencia, desde el día en que estas hubiesen cesado. 2.º En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato.

En los casos de dolo, que será analizado a continuación, el contratante que haya sufrido el mismo tiene derecho a reclamar los daños y perjuicios que haya podido sufrir, pidiendo la anulación del contrato o indemnización de daños, o ambos en su conjunto.

En definitiva, el interesado perjudicado debe hacer valer dicho vicio del consentimiento por la vía de acción, ya sea mediante demanda principal o reconvenición, sin que pueda hacerse vía excepción. No obstante, la jurisprudencia ha admitido en algún caso concreto que se haga valer vía excepción *-exceptio doli-* sin que la misma esté sometida a plazo alguno (STS 13 octubre 1989 nº712, STS 27 de noviembre de 1998, rec.1257/1994⁴⁸)

En el art.1262 CC enuncia que el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Las declaraciones de voluntad, en caso de que sean coincidentes o contrapuestas, forman el consentimiento, presuponen la capacidad de las partes, la concordancia de declaración de voluntad y la ausencia de vicios de voluntad.

Los vicios de la voluntad inciden en la voluntad interna de la parte, que emite la declaración. El art.1265 CC señala que será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

- o Nulidad frente a anulabilidad del contrato.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala de lo Civil, Sección 1º) , de 27 de noviembre de 1998, rec. 1257/1994.

Conviene hacer referencia a las posibles consecuencias sobre el contrato de la existencia de vicios en la contratación. Hay que distinguir la nulidad absoluta del contrato, de la anulabilidad del contrato.

La nulidad absoluta o nulidad de pleno derecho constituye los supuestos ms graves de invalidez que impiden que el contrato llegue a nacer. La causa puede ser la falta de un elemento esencial o la contrariedad de este a la ley imperativa o prohibitiva⁴⁹.

La falta de elementos esenciales de contrato se da en aquellos casos en los que los contratos son nulos de plenos derecho por falta de consentimiento. Es importante el concepto de error obstativo, el error en la declaración o discordancia absoluta en la voluntad interna y voluntad declarada, que da lugar a la nulidad absoluta, a diferencia del error vicio que supone un error en la formación de la voluntad que daría lugar a la anulabilidad del contrato, como será mencionado posteriormente. También son nulos los contratos por carecer de objeto (por ejemplo, cuando se constata simulación absoluta), aquellos con inexistencia de causa o falta de forma solemne.

Respecto a la infracción de normas imperativas o prohibitivas, el fundamento de la sanción de nulidad está en el hecho de no respetar el principio de autonomía de la voluntad, la ley imperativa, la moral o el orden público (art.1255CC).

Así lo regula el art.6.3 CC ; *‘los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.’*

La jurisprudencia del TS ha definido los caracteres de la nulidad absoluta en diversas sentencias tales como STS 23 de octubre 1992 (rec.1746/1990), STS 26 julio de 2000 (rec.2925/1995)⁵⁰. Los principales caracteres son los siguientes:

- La nulidad opera ipso iure, sin necesidad de que sea declarada por una sentencia judicial.
- Un contrato que adolece nulidad absoluta no produce ningún efecto, lo que se conoce como *‘quod nullum est, nullum producit effectum’*.

⁴⁹ GALLEGU DOMÍNGUEZ, I. *‘Manual de derecho civil. Volumen II: Obligaciones y contratos. Teoría general.’* Editorial Wolters Kluwer (2021) p.354

⁵⁰ GALLEGU DOMÍNGUEZ, I. *‘Manual de derecho civil. Volumen II: Obligaciones y contratos. Teoría general.’* Editorial Wolters Kluwer (2021) p.356

- La nulidad produce efectos erga omnes, sin perjuicio de la necesidad de proteger a los terceros de buena fe.
- Es definitiva, la acción de nulidad no está sometida a ningún plazo de prescripción o caducidad y el contrato nulo es susceptible de convalidación.
- La nulidad es aplicable de oficio por los tribunales, sin necesidad de petición por las partes.

No obstante, cuando se trata de vicios de la voluntad, resulta más interesante referirse a la anulabilidad del contrato. La anulabilidad es un tipo de invalidez que afecta a aquellos contratos que, aunque celebrados con todos los elementos esenciales (art.1261 CC) y respetando los límites del principio de la voluntad, poseen un vicio interno que lleva a su invalidez.

En el art.1300 CC establece que *los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley.*

Los principales caracteres de la anulabilidad, que la diferencian de la nulidad absoluta al ser un supuesto de invalidez menos grave, son los siguientes⁵¹:

- El contrato meramente anulable produce todos sus efectos.
- La anulabilidad puede sanar, ya sea por el transcurso del plazo de duración de la acción de anulabilidad-art-1301 CC- o por la confirmación del sujeto que pueda instarla- art.1310.
- Solo puede hacerse valer, de forma general, por la vía de acción y no por la vía de la excepción.
- La acción que se ejercita tendente a la declaración de la anulabilidad es de carácter constitutivo y no meramente declarativa.
- No es apreciable de oficio por los tribunales.

Respeto a las causas de anulabilidad, se derivan del art.1301 CC. Algunos casos en los que procede la anulabilidad son en aquellos contratos en los que se aprecia la falta de consentimiento marital en aquellos en los que se necesite el consentimiento de ambos

⁵¹GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. 'Manual de derecho civil. Volumen II: Obligaciones y contratos. Teoría general.' Editorial Wolters Kluwer (2021) p.364

cónyuges, también cuando se precia la inexistencia de plena capacidad de obrar en alguna de las partes contratantes.

Sin embargo, la causa de nulidad que más nos interesa es la relativa a los vicios del consentimiento también regulados en el art.1265 CC. Señala este artículo que *“será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”*. En el caso de violencia grave, habrá nulidad absoluta.

Por otro lado, cabe señalar que la acción de anulabilidad tiene un plazo de cuatro años de caducidad. Respecto a cuando comienza a correr este plazo, el art.1301 CC regula que, en los casos de intimidación o violencia, desde el día en que se hubiesen producido. En los de error, dolo o falsedad en la causa desde la consumación del contrato.

La sentencia del pleno de la Sala 1ª 769/2014, de 12 de enero de 2015 afirma que *“la acción de anulación del contrato por error o dolo no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo...”*.

La legitimación activa para el ejercicio de la acción de anulabilidad se limita en los términos del art.1302 CC del CC, a las partes y a los que resulten obligados en conexión con el contrato. Ahora bien, no cualquiera puede ejercitar la acción sino únicamente aquella que hubiese sido afectada por el vicio o causa de anulabilidad⁵².

Las consecuencias jurídicas son similares respecto a los de la nulidad absoluta en cuanto a efectos restitutorios se refiere. Sin embargo, en el caso de la nulidad se caracteriza por no ser sanable. Destaca lo pronunciado en el pleno para la unificación de criterios realizado por los Magistrados de Audiencias Provinciales Gallegas el día 4 de diciembre de 2013, se acordó que: *“Con carácter general, la vulneración de normas imperativas relativas al derecho de información sobre adquisición de productos financieros como participaciones preferentes y deuda subordinada puede llegar a provocar la nulidad de pleno derecho del contrato. La normativa sobre consumidores y usuarios es aplicable de oficio”*.⁵³

4.1 El dolo en la contratación bancaria.

⁵²GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. *“Manual de derecho civil. Volumen II: Obligaciones y contratos. Teoría general.”* Editorial Wolters Kluwer (2021) p.366

⁵³ HERVÁS COZAR, L.M. *“El dolo en la contratación bancaria”*. Universidad de Jaén. 2015 p.36

El dolo es el segundo de los vicios del consentimiento, cuya regulación se encuentra en los art.1265, 1269 y 1270. En términos generales, es el engaño producido por uno de los contratantes para que el otro acceda a contratar. El dolo puede suscitar interés en diferentes momentos del contrato (origen y nacimiento, antes de su celebración en los tratos preliminares o incluso en el momento del desenvolvimiento del desarrollo del contrato)

El que nos incumbe en este trabajo es el citado en primer lugar. Es decir, supone la existencia de un engaño o maquinación por parte de uno de los contratantes, que lleva al otro a formar una voluntad que no se hubiera formado “ *dolo causante*” o ‘que lo hubiera hecho de forma diferente ‘ *dolo incidental*”

El dolo se define como el error provocado por la actuación intencionada de la otra parte contratante, tal y como establece el art.1269 CC, “*hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho.*”

4.2 Clases de dolo.

Hay que distinguir los diferentes tipos de dolo, pues no siempre que se produzca un engaño va a dar lugar a la impugnabilidad del contrato.

No es vicio de la voluntad el *dolus bonus*, consistiendo este último en la exageración de cualidades del objeto de contrato, la publicidad. Es decir, el *dolus bonus* consiste en hacer una serie de exageraciones excesivas del objeto de contrato, las cuales se realizan en circunstancias que son admisibles en el tráfico jurídico.

El *dolus malus* sin embargo, supone el auténtico engaño que lleva a la otra parte a celebrar el contrato o que es determinante de las condiciones del mismo.

Se trata de un engaño causado maliciosamente por la otra parte contratante, haciéndole creer lo que no existe (dolo positivo) u ocultándole la realidad (dolo negativo)⁵⁴

El dolo causante lleva a la celebración del contrato, ya definido en el art.1269 CC. En el art.1270 CC se dice que para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser

⁵⁴ LETE DEL RIO Y LETE ACHIRICA, “*Derecho de obligaciones*” vol.1 Navarra, 2005, p.419 y ss.

grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes. El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios.

El dolo incidental es aquel que lleva a determinar las condiciones del contrato este dolo al no ser determinante no permite impugnar el contrato, pero dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios el error puede ser o no ser excusa vale cuando es escuchable concurrirán dolo y error vicio del consentimiento por ello se hace necesaria la concurrencia de una serie de requisitos que han sido reiteradamente señalados por la jurisprudencia.

Para apreciar el dolo se hacen necesarios dos requisitos: uno objetivo y otro subjetivo.

En primer lugar, es necesaria la concurrencia de un elemento objetivo que consiste en un comportamiento engañoso insidioso en el empleo de maquinaciones engañosas por parte de uno de los contratantes. LABEÓN⁵⁵ se inspira en este precepto y señala que *” todo lo malo es todo astucia falacia o maquinación empleada para sorprender engañar o defraudar a otro es decir supone una actuación contraria a la buena fe precedente o concurrente a la formación de la voluntad contractual.”*

Puede ser tanto un acto positivo, como una omisión, *“reticencia dolosa del que calla o no advierte la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe” ocultación de la verdad, silencio, omisión del deber de información exigido, en el caso en atención a la buena fe , la lealtad contractual y los usos del tráfico, la concepción dominante del tráfico, aprovechándose de ello”* (SSTS 5 de marzo de 2010, rec. 2559/2005) ⁵⁶

El dolo objetivo supone que este sea grave en el sentido de la determinante de la declaración de voluntad de la parte que lo ha sufrido, provoca un error de la entidad que decide efectivamente la declaración. Por ello tampoco es vicio de la voluntad el dolo incidental, aquel que no es determinante de la declaración, pero por el que se ha celebrado el contrato con un contenido que no hubiera aceptado la parte, si no hubiera sufrido el dolo. Este no supone la anulabilidad, pero da lugar al que lo emplea a indemnizar daños y perjuicios (art.1270)⁵⁷

⁵⁵ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. *Manual de derecho civil. Volumen II: Obligaciones y contratos. Teoría general.* Editorial Wolters Kluwer (2021) p.297

⁵⁶ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. *Manual de derecho civil. Volumen II: Obligaciones y contratos. Teoría general.* Editorial Wolters Kluwer (2021) p.296

⁵⁷ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Compendio de Derecho Civil, Tomo II. Derecho de obligaciones*, Madrid, editorial universitaria Ramón Areces, 2009, p.234.

El dolo subjetivo se define como la conducta maliciosa de la parte contratante, una actuación de mala fe con ánimo de engañar, *animus decipendi*. Para que exista un dolo que invalide el contrato es necesaria la concurrencia de este elemento subjetivo, la malicia del otro contratante, en el dolo este ánimo de engaño está encaminado a lograr que una persona celebre un contrato sin que sea necesario el ánimo de causar perjuicios o de obtener un lucro doloso, con independencia de que en la práctica suelen concurrir a alguno de ellos (STS 1 de octubre de 1986)⁵⁸

Es decir, no se exige que la otra parte sufra un menoscabo patrimonial ni que el que lo empleó obtenga una ventaja patrimonial pues esto conllevaría moverse en el campo penal relativo al delito de estafa

Además, es necesario que el engaño haya llevado a una persona a celebrar un contrato que sin el dolo no hubiera celebrado es lo que se define como dolo causante ya mencionado anteriormente cuando el dolo no es determinante no es causante del contrato estamos ante el llamado dolo incidental.

Por otro lado, se exige que el dolo sea grave. Cierta sector de la doctrina identifica el dolo causante y con el grave, aunque otro sector las diferencia.

Por último, el engaño debe haber sido provocado por uno de los contratantes sin que haya sido empleado por ambas partes contratantes del mismo modo que ocurre con el resto de los vicios del consentimiento está de ser objeto de prueba es necesario que para que el contrato resulte anulable se pruebe que el dolo ha sido grave (STS 3 de julio de 2007, rec. 2720/2000)

El dolo recíproco es el aquel empleado por ambas partes, que se compensan y no produce la anulación del contrato.

4.3 Análisis jurisprudencial del dolo.

A continuación, una vez analizadas las principales notas características del dolo, procedo a analizar ciertas sentencias en las que el elemento del dolo se encuentra presente de una forma u otra.

⁵⁸GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. *Manual de derecho civil. Volumen II: Obligaciones y contratos. Teoría general.* Editorial Wolters Kluwer (2021). p.296

En primer lugar, destaca la Sentencia 25/2015 de 11 Feb. 2015 del Juzgado de Primera Instancia N.º 24 de Barcelona en la que se interpone una demanda frente a entidad Banco Santander por una pareja, en base a la comercialización de un producto llamado “*Valores Santander*”. Los demandantes, según señalan los antecedentes de hecho, consideran que “*se había actuado con evidente dolo ya que no se les expuso y deliberadamente se les ocultó siendo conscientes de su perfil minorista la auténtica naturaleza de ese producto incluso lo dispuesto en el manual de actuación del banco demandado por lo que procedía declarar la nulidad de la operación*”⁵⁹.

Sin embargo, la entidad deja probado el contrato se había realizado condiciones de legalidad, y que además los demandantes poseían conocimientos financieros de cierto nivel, pues poseían acciones en numerosas empresas cotizadas.

Finalmente, el Juzgado de primera instancia sostiene falla desestimando la sentencia al considerar que no se aprecia dolo en el contrato y que por tanto no está viciado, habiendo únicamente cierta duda en la práctica bancaria pues “*puede detectarse una cierta negligencia de la entidad bancaria en cuanto a la normativa MiFID y se arrojan ciertas sombras sobre la posibilidad de que el empleado bancario aconsejara la firma del contrato en fuerza a la solvencia de la entidad emisora*” como sostiene el fallo de la sentencia.

Así mismo, se planteó un caso similar frente a dicha entidad y en el fallo de la Sentencia 38/2015 de 9 de marzo 2015 del Juzgado de Primera Instancia N.º 2 de Zaragoza se consideró que “*no ha puesto de manifiesto que en el caso que nos ocupa se suministrar una información incorrecta y mendaz al cliente, con el único objetivo de ocultarle las verdades características del producto y sus riesgos*”⁶⁰.

Por otro lado, en la sentencia del 17 de enero de 2015, referida a una operación con la entidad Banesto, se vino a decir que “*el concepto de dolo en el art.1269 del CC no solo se comprende la insidia directa e inductora de la conducta errónea del otro contratante, sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte debidamente a la otra parte en pugna con el deber de información exigible por la buena fe*”.

La entidad que en los últimos años ha generado un mayor interés es Bankia. Dicha entidad no solo ha pasado por grandes vicisitudes financieras y problemas de solvencia, sino que acumula un gran número de procesos judiciales abiertos. De hecho, se estima que hay

⁵⁹ Sentencia 25/2015 de 11 Feb. 2015 del Juzgado de Primera Instancia N.º 24 de Barcelona.

⁶⁰ Sentencia 38/2015 de 9 de Marzo 2015 del Juzgado de Primera Instancia N.º 2 de Zaragoza

alrededor de 4000 sentencias estimatorias en lo que ha participaciones preferentes se refiere en el caso Bankia.

Precisamente, el nexo común en la mayoría de las sentencias es que los clientes alegan de manera recurrente 1) una valoración incorrecta de la prueba por la cual se estima que hay vicio del consentimiento, este fácilmente vencible mediante una lectura por parte del cliente de las condiciones y características del producto contratado y por otro lado 2) la inexistencia de asesoramiento por parte de la entidad y, por consiguiente, una indebida apreciación en la obligación de información por parte de Bankia⁶¹.

Prueba de ello es la Sentencia 38/2014 de 14 de febrero 2014 de la Audiencia Provincial de Madrid en la que se desestima un recurso interpuesto por Bankia. Este recurso es desestimado ya que el cliente contratante de las participaciones preferentes y demandante *“siempre careció de la necesaria información sobre el producto financiero”*.

Es interesante por tanto realizar un análisis exhaustivo de la sentencia del juzgado de primera instancia n°43 de Madrid. En ella se trata el caso de un demandante que interpuso una demanda contra BANKIA S.A, en la que se pedía la nulidad del contrato suscrito de participaciones preferentes por vicio del consentimiento, error (art.1265 y 1266 CC) y dolo (art.1267 CC).⁶²

En este caso, se fundamenta en primer lugar que el demandante poseía un perfil inversor conservador y que carecía de conocimientos específicos. El producto fue ofrecido como una inversión segura, cuando se trataba de instrumentos híbridos de financiación, de altísimo riesgo y donde al cliente minorista no se le facilitó la información contractual ni precontractual adecuada. Sin embargo, Bankia S.A se opone a dicha demanda, alegando, en síntesis, que la adecuación del producto financiero a la normativa aplicable, la pretendida pérdida de valor aducida de contrario no es un efecto consustancial a las participaciones preferentes sino a la coyuntura económica.

Se considera además que Bankia (en aquel momento Caja Madrid) cumplió escrupulosamente con las obligaciones de transparencia e información establecidas en la ley, el cliente firmó consciente y voluntariamente las órdenes de compra y la actora estaría

⁶¹ RUIZ, R. *‘A un paso de las 4000 sentencias estimatorias de preferentes de Bankia’* (2016) Arriaga Asociados Disponible en <https://www.arriagaasociados.com/2016/11/preferentes-bankia-sentencias/>

⁶² Sentencia caso Bankia del Juzgado de instrucción N°43 de Madrid disponible en <https://rdmf.files.wordpress.com/2013/04/sentencia-madrid-jpi-43-bankia.pdf>

actuando contra sus propios actos cuando formula dicha pretensión de nulidad en el momento en que deja de percibir dicho producto.

En el FJ nº2 de la sentencia citada, se señala algo que ya he venido tratando a lo largo del presente trabajo. Los contratos en que concurren los requisitos del art.1261 CC, podrán ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan alguno de los vicios que invalidan con arreglo a la ley. Como señala el art.1265 CC, es nulo (anulable) el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

En este sentido, el demandante invoca error y dolo. Para que el primero pueda invalidar el contrato por defecto de consentimiento, como tratare en el apartado siguiente detenidamente, es preciso que se derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar (como regulan determinadas sentencias, tales como STS de 6 de febrero de 1978, 6 de febrero de 1999, 12 de julio de 2002, 17 de julio de 2006 entre otras. Además, se requiere que no sea imputable a quien lo padece, y además sea excusable, entendiéndose que no lo es cuando pudo ser evitado por aquel que lo padeció empleando una diligencia media o regular, que no es merecedora de protección legal, pues podría haber rechazado el contrato.

El demandante considera además que se ha producido un incumplimiento del bloque normativo protector del consumidor-inversor, en la línea marcada por la SAP de Pontevedra de 7 de abril de 2010 y SAP de Asturias de 23 de julio de 2010, considerando el incumplimiento de la entidad bancaria de la necesaria información y asesoramiento al cliente, necesaria para la formación del consentimiento y dando lugar por tanto la nulidad del contrato.

Respecto al dolo, ya definido al principio, la parte demandante considera que la entidad bancaria debe observar escrupulosamente los deberes de información y lealtad contemplados en los art.70 y ss. de la Ley del mercado de valores y acreditarlo. Continúa el FJ N°2 diciendo que, si bien es cierto que se remitió por la demandada la documentación contractual y que el producto se definía como de alto riesgo, no puede desconocerse que haya resultado probado que la entidad Bankia oferto dicho producto al cliente al que había calificado como inversor conservador. Además, el trabajador encargado de la venta había recibido instrucciones de vender dicho producto como *“ un producto seguro y de alta rentabilidad”*.

Es decir, mientras que en la documentación contractual se definía el producto financiero como de alto riesgo y a perpetuidad, el Sr. Bañón (vendedor) calificó el producto como seguro y de alta rentabilidad, con posibilidad de recuperar la inversión mediante el canje de participaciones.

Sin embargo, se considera que la información no se adaptaba a la realidad, pues en ese momento la situación financiera de Caja Madrid hizo que los dos parámetros que el testigo consideraba que dotaban de seguridad a la inversión habían desaparecido. Esta situación no fue conocida por los clientes hasta que dejaron de recibir dichos cupones.

Se considera probado que concurren los dos requisitos del dolo, el objetivo y el subjetivo, pues la demandada oculta de forma consciente y deliberada su situación financiera haciendo presumir una solvencia de la que al tiempo de contratación carecía y ello fue determinante para la compra por el actor de las participaciones preferentes, lo que conduce a estimar la demanda. Finalmente, el fallo de la sentencia estima la pretensión y condena a Bankia al pago de la cantidad de 112.210,18 euros (junto con interés legal y costas) y declara la nulidad del contrato⁶³.

4.4 El error como vicio del consentimiento.

El error como vicio del consentimiento determinante de la nulidad contractual se regula en los art. 1265 y 1266 CC y ha sido objeto de un importante examen jurisprudencia al largo de los años.

4.5 Análisis jurisprudencial del error.

Para este concreto apartado he tenido en cuenta la obra de VAZQUEZ GARCÍA⁶⁴, que ofrece de manera muy completa una explicación acerca de la jurisprudencia existente sobre el error.

A este respecto destaca la sentencia de la Sala de 12 de noviembre de 2004 que recoge textualmente la doctrina sentada por la de 12 de julio de 2002, señalando que el error será determinante de la invalidación del contrato como únicamente si reúne dos fundamentales requisitos a) ser esencial porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le

⁶³ Sentencia caso Bankia del Juzgado de instrucción N°43 de Madrid disponible en <https://rdmf.files.wordpress.com/2013/04/sentencia-madrid-jpi-43-bankia.pdf>

⁶⁴ VAZQUEZ GARCÍA D. ‘*La contratación bancaria en la reciente doctrina del Tribunal Supremo*’. Editorial Wolters Kluwers. Barcelona.

atribuyen y b) que no sea imputable a quien lo padece y no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien no ha sufrido, de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas.

Respecto a la aplicación de la jurisprudencia tradicional de la Sala primera del TS sobre el error como vicio del consentimiento. Se parte de la premisa general hay error como vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta es decir cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

Partiendo de las sentencias mencionadas, la doctrina clásica estima necesario una serie de requisitos a la hora de apreciar el error como vicio de la voluntad: que la representación equivocada mezcle tal consideración, que sea excusable y que no sea imputable a quien lo sufre⁶⁵.

Respecto al primer requisito, el propio art.1266 CC enuncia que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer sobre la sustancia de la cosa que constituya objeto de contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que hubieran dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato.

En cuanto a la esencialidad del error, ha de recaer sobre las circunstancias que hayan sido determinantes en la celebración del contrato y que la representación equivocada se presente cierta. La sentencia del 20 de enero de 2014, rec.879/2012⁶⁶ lo matiza, enunciando que es necesario que el error exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta. Si la representación abarca tanto un carácter aleatorio del negocio como la entidad de riesgos asumidos y se poseía conocimiento correcto de ambos, la representación equivocada no se podría considerar error.

Por último, el error además de esencial ha de ser *excusable*, no imputable a la parte que lo sufre. La doctrina clásica entiende que, si el error puede ser superado mediante el empleo de diligencia media, no puede ser apreciado. En el ámbito de la contratación bancaria resulta absolutamente necesario examinar las circunstancias de los contratantes, exigiéndosele una mayor diligencia a un experto inversor que a una persona que carezca de este tipo de conocimientos.

⁶⁵ VÁZQUEZ GARCÍA, D. ‘*La contratación bancaria en la reciente doctrina del Tribunal Supremo*’, Editorial Wolters Kluwers, 2017, p.122 y ss

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 20 de enero de 2014, rec.879/2012.

De acuerdo con la sentencia núm840/2013 de 20 de enero de 2014, ‘*la ausencia de información adecuada no determina por sí la existencia de error vicio, pero sí permite presumirlo*’⁶⁷. Observamos que la doctrina considera que existe error en el consentimiento cuando nos encontramos ante una deficiente información por parte de la entidad bancaria y los clientes no estaban familiarizados con la contratación de productos financieros de cierta complejidad.

Dispone la sentencia que, para excluir la existencia de un error invalidante, no basta con la conciencia más o menos difusa de estar contratando un producto de riesgo. Es preciso conocer cuáles son los riesgos y la empresa de servicios está obligada a proporcionar una información correcta sobre los mismos no porque se trate de una exigencia derivada de la buena fe de la contratación, sino porque lo impone la normativa del mercado de valores.

Cabe señalar que una vez determinadas las ideas de la doctrina al respecto, es fundamental señalar que examinar el perfil del contratante puede ser determinante para determinar o no la existencia a la hora de contratar.

Es decir, hay determinadas circunstancias en las que se entiende que, aunque la información proporcionada por la entidad bancaria haya sido insuficiente, el cliente no requería tal nivel de información al contar con experiencia inversora previa o al estar asesorado por un profesional, lo que conllevaría no apreciar error. Ello es porque la falta de información *per se* no es determinante del error.

La Sala primera del TS ha tomado en consideración en numerosas resoluciones elementos que concurren en el litigio, tales como la naturaleza del inversor experto y debidamente asesorado del demandante, excluyendo la existencia de asimetría informativa, la importancia de la inversión realizada, la facilitación de información suficiente, correcta y adecuada al perfil del inversor, para rechazar la existencia de error invalidante del consentimiento o de incumplimiento contractual que haya provocado en el cliente daños y perjuicios.

En esta línea, la Sentencia del pleno de 30 de junio de 2015, rec.2780/13 referente a un cliente experto en hipotecas multidivisa se promocionaba como tal. La Sala confirma la sentencia de segunda instancia, que revoca la de primera instancia, desestimó la demanda.

La sentencia de la AP considera que concurren elementos que permiten otorgar a los demandantes el perfil de clientes experto. Son profesionales de elevada cualificación, y el cónyuge, como representante de la esposa llevo a cabo la contratación del producto al ser

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm840/2013 de 20 de enero de 2014.

especialista en derecho bancario y en concreto en hipotecas multidivisa, justamente el producto cuya contratación se pretende anular por error vicio.

- La condición de empresario del cliente de productos bancarios y su influencia en el error en el consentimiento.

La jurisprudencia de la Sala primera ha venido a decir que el mero hecho de ser empresario, de actuar en el tráfico mercantil, no supone poseer conocimientos financieros que permitan conocer la naturaleza de determinados productos.⁶⁸

En la STS 20 de Noviembre de 2015, rec.147/2012, se indica que el hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil y que su administrador deba comportarse como un ordenado empresario y representante leal no supone necesariamente ese carácter experto, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario, en este caso dedicado a la compra y arrendamiento de inmuebles sino la del profesional del mercado de valores.

- Supuestos de contratación en nombre de otro.

Este supuesto es muy recurrente en la práctica, dándose en aquellos casos en los que los clientes carente de experiencia o información financiera, contratan el producto o bien asesorados por un experto o junto a alguien con dichos conocimientos.

La sentencia 23 de abril de 2015, núm. 207/2013 enuncia que *“ cuando quien se dispone a contratar otorga mandato representativo a un tercero para que realice en su nombre la negociación contractual y configure la prestación a contratar, el enjuiciamiento del error ha de realizarse con respecto a dicho mandatario. Si este ha cumplido más su cometido y no ha sabido explicar a su mandante la naturaleza y características del contrato y en concreto el objeto de este, es cuestión que afecta al cumplimiento del mandato y a la responsabilidad del mandatario por haber cumplido mal sus obligaciones frente al mandante.”*⁶⁹

5. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS BANCARIOS.

A lo largo del presente ya se ha manifestado que la reforma de las cláusulas abusivas en nuestro derecho obedece tanto a un imperativo legal comunitario como a un sentir

⁶⁸ VÁZQUEZ GARCÍA, D. *‘La contratación bancaria en la reciente doctrina del Tribunal Supremo’*, Editorial Wolters Kluwers, 2017, p.161

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 23 de abril de 2015, núm. 207/2013.

generalizado de la doctrina iusprivativista (civil, mercantilista), de forma que debería haberse abordado de manera independiente y separada de las condiciones generales de contratación⁷⁰.

La LCGC de 13 de abril de 1998, ya delimitó previamente los ámbitos de dicha reforma, señalando que las cláusulas abusivas tienen su ámbito propio dentro de la reforma de la legislación vigente sobre protección del consumidor.

Lo que parece claro es que la nota de abusividad, se puede predicar tanto de las cláusulas contractuales en general como de las condiciones en particular, bastando la ausencia de negociación individual.

Como ya se dijo, y como regula la Exposición de motivos de la LCGC de 13 de abril de 1998, el hecho de que las cláusulas abusivas tenga su ámbito propio en relación con los consumidores no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales o empresarios no pueda darse un abuso de posición dominante.

5.1 Delimitación conceptual.

El régimen de las cláusulas abusivas lo encontramos en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

En el art.82.1 LGDCU se señala que *“se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.”*

Una vez definidas las cláusulas abusivas que aparecen en el TRLDCU, conviene señalar las notas que caracterizan a las mismas:

- a) Se contienen en los contratos celebrados entre empresarios y consumidores, pues los contratos celebrados ente empresarios no van a estar sujetos a dicho control de contenido.
- b) no están negociadas individualmente.
- c) Debe haber un desequilibrio importante en las prestaciones del profesional y el consumidor, en perjuicio del último.

⁷⁰ REVISTA DE DERECHO INMOBILIARIO N°.648 *“Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España”*. Año 1994. Septiembre. p.1536.

Aunque ya se ha tratado esta cuestión en el **apartado 2** de forma resumida, considero necesario mencionar las dos características más importantes respecto a la cláusula abusiva: la buena fe y el desequilibrio patrimonial.

- Buena fe.

La doctrina ha discutido en numerosas ocasiones si la buena fe, elemento del supuesto de hecho del art.10 bis, se utiliza en sentido objetivo como norma, o si se trata de una descripción de un estado subjetivo del predisponente.

En cualquier caso, el texto español lo que trata es de proteger al consumidor o el interés de un grupo de posibles consumidores de bienes o servicio a los que se refiera el contrato donde puedan incluirse estas causas ilícitas. La norma objetiva de actuar conforme a la buena fe en la celebración del contrato impone el deber a la parte que impone la cláusula de tratar “leal y equitativamente a la otra parte, cuyos intereses ha de tener en cuenta”.

- Desequilibrio importante de los derechos y obligaciones.

En el derecho español, el elemento de la buena fe y del desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato están vinculados entre sí, aunque son independientes. Son dos elementos que han de incurrir simultáneamente. El desequilibrio ha de ser importante y en perjuicio del consumidor. Este resulta de una comparación de la entidad de los derechos y obligaciones que surgen del contrato, tanto desde el plano jurídico como económico⁷¹.

Con todo ello se persigue defender al consumidor de aquellas cláusulas establecidas unilateralmente por el empresario o profesional, teniendo en cuenta el superior conocimiento técnico y mayor grado de información del que goza generalmente el predisponente⁷².

Respecto al control de contenido de las cláusulas abusivas, se organiza a través de un binomio formado por el control de contenido (cláusula general) y enunciación de supuestos que el legislador nacional califica como abusivos. En todo caso, ambos instrumentos se complementan y apoyan entre sí⁷³.

⁷¹ Pag 475 las cláusulas abusivas en contratos de consumo.

⁷² *Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España.* Revista de Derecho inmobiliario. Septiembre, 1994. N°.648. p.1548.

⁷³ GONZÁLEZ BOSCH, M. *‘Cláusulas abusivas en la contratación bancaria’*. Universidad Abat Oliba CEU. 2011. p.31

El control de contenido es el conjunto de operaciones de naturaleza valorativa, destinadas a determinar si la regulación material recogida en las condiciones generales de contratación es o no admisible, es decir, compatible con el principio de buena fe⁷⁴. Dicho control de contenido sólo es aplicable a determinadas cláusulas, quedando excluidas :

- Las cláusulas declarativas en condiciones generales de contratación.

Respecto a las cláusulas declarativas en condiciones generales de contratación, el art.4 de la LCGC delimita el ámbito objetivo dentro del cual se aplica la ley. Se excluyen del ámbito de aplicación “ a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes”.

- Las cláusulas negociadas individualmente.

Según el art.10.1 bis de la LGDCU uno de los requisitos exigidos para que las cláusulas puedan considerarse abusivas, es que no hayan sido negociadas individualmente. Sin embargo, el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente, no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato.

En sintonía con lo dispuesto en el art.3.2 de la Directiva 93/13, se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en los contratos de adhesión. De hecho, el profesional que sea parte en uno de esos contratos será el interesado en hacer valer esa circunstancia y, además, invocar el hecho que fundamenta la exclusión, tendrá la carga de la prueba⁷⁵.

El primer requisito que se exige para estas cláusulas es la individualidad de la negociación (art.1.2, art.10 bis LCGCU) Esta individualización del contrato no solo se refiere la que se celebra entre un predisponente y un adherente, sino también al objeto de la negociación. Es decir, la negociación de una cláusula no excluye el sometimiento del resto de la disciplina

⁷⁴ BOTANA GARCÍA, G. ; RUIZ MUÑOZ, M. Curso sobre protección jurídica de los consumidores. Madrid: Editorial McGrawhill, 1999. P.179.

⁷⁵ DUQUE DOMÍNGUEZ, J. "Condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas" Valladolid, editorial Lex Nova, 2000, p.489.

contractual a las normas protectoras dictadas para proteger al adherente de una determinación unilateral,

Además, cuando el resultado de dicho control es negativo, la cláusula no se considerará como abusiva.

También en el art.8.b) sostiene que un derecho básico de los consumidores y usuarios es *“la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.”*

En el TRLGCU se regulan determinadas notas que caracterizan a las cláusulas abusivas:

a) Han de vincular cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario (art.85 TRLGDCU)

b) Han de limitar los derechos del consumidor y usuario (art.86 TRLGDCU)

c) Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario (art.87 TRLGDCU)

d) Aquellas que impongan garantías desproporcionadas al riesgo asumido. Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica. (art.88 TRLGDCU)

e) Las que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato. Algunas de ellas se enmarcan en los contratos de adhesión, cuando no se ha tenido un conocimiento real del mismo antes de la celebración del contrato, también la transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables y la imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo. (art.89 TRLGCU)

f) Aquellas que sean contrarias a las reglas de derecho de la competencia, mediante la elaboración de pactos de sumisión expresa a arbitrajes, Jueces o tribunales y derecho aplicable en perjuicio del consumidor (art.90 TRLGDCU)

- o Criterios básicos para apreciar el carácter abusivo de una cláusula.

Una vez definidas las cláusulas abusivas y sus caracteres principales, conviene mencionar los criterios básicos para apreciar el carácter abusivo de una cláusula. No solo los criterios enunciados en el art.3.1 de la Directiva 93/13 permiten averiguar el Carácter abusivo de la

cláusula, sino que hay ciertos elementos que permiten influir en la apreciación del carácter abusivo de la misma.

- La naturaleza de los bienes o servicios objeto de contrato.

A la hora de tener en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios objeto de contratación, no se trata de hacer una mera valoración de dichos elementos, sino enmarcarlos dentro de una valoración específica de un contrato y un objeto específico. Es decir, hay que tener en cuenta el efecto real que se deriva del contrato para cada una de las partes, debiendo haber un equilibrio real prestación y contraprestación.

- Las circunstancias concurrentes en la celebración del contrato.

Se abarcan todas las circunstancias, tanto las de carácter objetivo como subjetivo. Según CASOLA, el juicio valorativo consiste en la consideración del juzgador de *‘la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes’*. Es decir, el predisponente no puede ignorar los intereses de la otra parte, especialmente si se encuentra en una situación de superioridad frente al mismo. En palabras de DUQUE DOMINGUEZ, “debe valorarse si estos bienes o servicios fueron demandados por el consumidor o si este fue inducido por la otra parte a celebrar el contrato.

- El contenido del contrato en su totalidad.

El análisis del objeto de contrato se tiene que hacer en el contexto de todo el contrato, poniendo en contacto la cláusula referente al objeto con todas las demás cláusulas. Este análisis general, puede parecer en un principio beneficioso para los consumidores, sin embargo, también puede suponer un debilitamiento de la protección de sus intereses, si los efectos de una cláusula que en principio parece abusiva, se compensan con los efectos de otras cláusulas beneficiosas.

- Los eventuales contratos conexos.

Por último, el examen de la cláusula no solo debe hacerse respecto al marco del contrato al que pertenece, sino que se puede extender a otros contratos conexos cuando existieren. Es decir, si se aprecia el carácter abusivo de una cláusula en un contrato, puede ocurrir que se

extienda a otro contrato. Para ello es necesario que entre ambos contratos exista cierta conexidad, accesoriidad desde el plano de la realidad económica⁷⁶.

La consecuencia es clara según el art.8 de la LCGC: nulidad de pleno derecho.

1. 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.

2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

En los tres siguientes apartados se hará mención a las cláusulas que más interés han suscitado en los últimos años sobre la doctrina y el tráfico económico en general.

5.2 Cláusulas de vencimiento anticipado.

MELLADO RODRIGUEZ⁷⁷. sostiene que este tipo de cláusulas de resolución anticipada se suelen incluir en numerosos contratos de naturaleza crediticia, por diferentes motivos, ya sean por cuestiones de Derecho positivo o razones meramente contractuales

El profesor GARRIGUES⁷⁸. ya se pronunció acerca de la posible ilicitud de este tipo de cláusulas, especialmente aquellas en la que se reveía una resolución unilateral de los contratos crediticios por parte de la entidad financiera, pues consideraba que estas eran contrarias al art.1256 CC, que prohíbe dejar a disposición de una de las partes la validez y el cumplimiento del contrato

En la propia LGDCU se consideran abusivas aquellas cláusulas que impliquen ‘resolver anticipadamente un contrato con un plazo determinado si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, salvo por incumplimiento del contrato o motivos graves que alteren las circunstancias que motivaron la contratación del mismo’ (art.10.bis.2 LGDCU, en su redacción dada por la Ley 7/1998) y en el art.85.4 del TRLDCU.

⁷⁶ DUQUE DOMÍNGUEZ, J. "Condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas" Valladolid, editorial Lex Nova, 2000 p. 483

⁷⁷ MELLADO RODRÍGUEZ, M. "El vencimiento anticipado" Tesis doctoral. Madrid 1997, p.140.

⁷⁸ GARRIGUES, J. "Contratos bancarios". Madrid: Imp. Aguirre 1975, p.210.

Para que este tipo de cláusula sea considerada válida, ha de ser recíproca y apoyarse en una justa causa⁷⁹ y, como entiende GARCÍA CRUCES⁸⁰, “*esta justa causa no puede ser ni abstracta ni insuficiente*”.

Antes de entrar en los supuestos de cláusulas de vencimiento anticipado, considero necesario hacer una breve mención al concepto de *cláusula de vencimiento anticipado*.

El vencimiento anticipado hace referencia a aquellos supuestos en que, de manera forzosa y a instancia de una parte, se pierde el beneficio del plazo. Este concepto se trata de diferente forma en nuestro ordenamiento jurídico, hablándose en otras ocasiones de pérdida de beneficio del plazo, cesación del término⁸¹ (...)

En definitiva, se da en aquellos casos habiéndose pactado un día para el cumplimiento de la obligación, el acreedor la exige anticipadamente por haberse dado alguno de los supuestos contemplados en la ley, o en el contrato. En cualquier caso, como sostiene DIEZ PICAZO⁸², no basta con que se den estas circunstancias, sino que la deuda ha de ser líquida y exigible.

El profesor HERNÁNDEZ GIL⁸³ sostiene que en estos casos “*en consideración a ciertas circunstancias deja de actuar la determinación temporal y se actualiza la exigibilidad del crédito*”, dando lugar al vencimiento anticipado.

Una vez definido el vencimiento anticipado, podemos analizar las clases de vencimiento anticipado que nos podemos encontrar y las cláusulas más comunes en este ámbito.

El vencimiento puede ser *legal* o *convencionalmente establecido*, es decir, aquel que se produce en aquellos establecidos en el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, está el vencimiento *facultativo* y el *automático*. Se le da el carácter facultativo cuando el acreedor puede dar por vencida la obligación o exigir el cumplimiento de la prestación. Es una posición potestativa que tiene. En el otro extremo nos encontramos con el vencimiento anticipado automático, entendiendo por tal aquel que se produce por mandato legal⁸⁴ y con independencia de cuál sea la voluntad del acreedor.

⁷⁹ SAP de Valencia de 17 de octubre de 1990.

⁸⁰ GARCÍA CRUCES, J.A. “*Contratación bancaria y consumo*”, RDBB, núm.30, 1998, p.286.

⁸¹ MELLADO RODRIGUEZ, M. “*Las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos bancarios de préstamo, apertura de crédito en cuenta corriente y afianzamiento*”. Tesis doctoral. Universidad Carlos III Madrid. p.76

⁸² DIEZ-PICAZO, L. “*El pago anticipado*”. Editorial Cívitas, S.A., Madrid 1.980,

⁸³ HERNÁNDEZ-GIL, A.: “*Derecho de obligaciones*” Tomo 3 Obras completas, págs. 325 y ss.

⁸⁴ Consultar el artículo 146 de la Ley Concursal, el artículo 50 de la Ley Cambiaria y del cheque, el artículo 11 de la Ley de Ventas a plazos y el artículo 39 de la Ley de Hipoteca Naval.

Algunas de las cláusulas más frecuentes de vencimiento anticipado que establecen los contratos bancarios son las siguientes:

- Incumplimiento por el prestatario o el acreditado de las obligaciones que le competen.

De nuevo, siguiendo a MELLADO RODRÍGUEZ⁸⁵, dicho autor considera que se pueden incluir aquellos casos en los que no se cumple con la obligación de informar a la entidad de crédito sobre la situación económica del deudor. También aplicar el importe de préstamo concedido a una finalidad diferente a la estipulada, dejar de cumplir con los plazos previstos del pago principal, intereses y comisiones.

Destaca el caso en el que el prestatario incumple sus obligaciones económicas. Como es lógico, esta cláusula sería válida y no cabría entenderla como abusiva. Así, la SAP de Navarra del 21 de abril de 1995, considera que *“esta posibilidad de vencimiento anticipado fue pactada por las partes, no siendo contraria a la naturaleza del contrato, ni al orden público, ni a la moral...”*⁸⁶

Por el contrario, el TS declaró la ilegalidad de las cláusulas del vencimiento anticipado por el impago de cuotas en los préstamos con garantía hipotecaria en la STS de 27 de marzo de 1999, Sala 1º.

- Pérdida de solvencia.

Se refiere a supuestos como la suspensión de pagos, el concurso de acreedores, la quiebra y el embargo total de bienes del deudor. En estos casos, no cabe duda de que es completamente razonable pedir el vencimiento anticipado del contrato.

Sin embargo, en otras ocasiones se ha puesto en duda su legalidad, así, para NIETO CAROL⁸⁷, la pérdida de solvencia debe ser manifiesta para que pueda considerarse legal dicha cláusula. También PETIT LAVALL⁸⁸, entiende que solo en aquellos supuestos en los que la pérdida de solvencia del deudor sea tal que imposibilite la devolución de la cuantía recibida justificaría la resolución del contrato sin considerarse como abusiva.

Finalmente, mencionar que la Sala Primera del TS se ha pronunciado en numerosas ocasiones acerca de la validez de estas cláusulas, tales como la SSTS de 23 de diciembre de 2015, Rec.2658/2013 y 18 de febrero de 2016, rec. 2011/2014. En ambas, se examina la posibilidad

⁸⁵ MELLADO RODRÍGUEZ, M. *“El vencimiento anticipado”* Tesis doctoral. Madrid 1997, p.140.

⁸⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra del 21 de abril de 1995.

⁸⁷ NIETO CAROL: *“Condiciones generales en los contratos bancarios”* Civitas, 1998, p.523.

⁸⁸ PETIT LAVALL, M. *“La protección del consumidor a crédito, las condiciones abusivas”*. Valencia, 1996, p.261.

que tiene el banco de reservarse el derecho a exigir la totalidad del préstamo ante el impago de cualquier capital o intereses por mínimo que sea⁸⁹.

Así mismo, en las Sentencias de 2 de enero de 2006, 4 de junio de 2008 y 12 de diciembre de 2008 entre otras, se declara la validez de dichas cláusulas siempre y cuando esté determinado en el contrato en que supuestos se puede producir dicho vencimiento anticipado, sin que pueda quedar al arbitrio del prestamista.

5.2 Cláusulas suelo.

Las "cláusulas suelo" son un tipo de cláusulas incorporadas en los contratos de préstamo hipotecario cuya finalidad es fijar unos topes en los intereses a pagar por el prestatario. Los topes fijados por este tipo de cláusulas pueden ser limitaciones al alza (cláusulas techo) o limitaciones a la baja (cláusulas suelo)⁹⁰.

Las entidades bancarias procuran mediante las mismas frenar el impacto de la bajada del tipo de interés, cuando éste se sitúa por debajo ciertos baremos como el Euribor. Es decir, estas cláusulas como tal no son ilícitas, sino que tratan de cubrir los costes que pueden surgir en las entidades financieras por este tipo de contratos.

Este tipo de cláusulas merecen atención desde el punto de vista jurisprudencial, pues en los últimos años este tipo de cláusulas sobre los intereses han dado lugar a un gran debate doctrinal y a numerosa jurisprudencia que ha de ser analizada detenidamente.

Antes de la pronunciación del TS en la sentencia que será objeto de análisis posterior, destaca: la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla en donde se presentó una acción colectiva por ADICAE contra BBVA, CAIXA GALICIA, y CAJAMAR, debido a la presencia de cláusulas suelo en los contratos entre las partes. La sentencia falló con la anulación de estas⁹¹.

Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, resolviendo un recurso de apelación contra la misma, anuló la anterior sentencia. Considero válida la cláusula al tratarse de un elemento esencial del préstamo, de manera que no cabía calificarla como abusiva⁹².

⁸⁹ VÁZQUEZ GARCÍA, D. ‘*La contratación bancaria en la reciente doctrina del Tribunal Supremo*’, Editorial Wolters Kluwers, 2017, p.272 y ss

⁹⁰ Guía jurídica Wolters Kluwers: Cláusula suelo. Disponible en

https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUwDUwtztlUouLM_DxbIwNDY0MjQyOQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAGj6cSzUAAAA=WKE.

⁹¹ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Sevilla, de 30 de septiembre de 2010. (Roj: SJM SE 76/2010).

⁹² Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 7 de octubre de 2011. (Roj: SAP SE 1470/2011)

Las resoluciones dictadas hasta la fecha son variadas, destacando la famosa sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, rec.485/2012, que fue la que abrió el camino de la nulidad de las cláusulas suelo. Estas resoluciones han sido perfiladas por la doctrina, siendo objeto de revisión por el TJUE el 21 de diciembre de 2016 en base a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo mercantil nº1 de Granada (asunto C-154/15) y por la AP de Alicante (asuntos C-307/15, C-308/15)⁹³

- o La Sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, rec.485/2012.

Esta fue la primera sentencia en la que se planteó la posible nulidad de las estipulaciones contractuales contenidas en los préstamos hipotecarios de interés variable, de forma que el tipo de interés no podía nunca bajar de un mínimo fijado por la entidad bancaria (de ahí su nombre, cláusulas suelo)

En esta sentencia, la cuestión principal que se abordaba era la aplicación del “control de transparencia”, el cual ya fue aplicado por la sala en otras resoluciones. SANCHEZ MARTIN⁹⁴ sostiene que *“la STS núm. 406/2012 de 18 de junio, constituye el antecedente de dicha figura. En ella se delimitan los ámbitos de configuración y alcance de la Ley de represión de la usura y la normativa general de protección de consumidores. Alude al control de transparencia al establecer si el control de abusividad no alcanza al principio de libertad de precios o a su proyección desde el punto de vista de libertad de tipo de interés, cuya determinación se ubica en el principio de libertad de mercado y competencia.”*

Se trataba de que el consumidor conociera las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula, es decir, no bastaba con comprender ligeramente su significado gramatical. SANZ ACOSTA⁹⁵ considera que *“hay que considerar la información suministrada al consumidor, de forma que esta debe ser tal que le permita percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato”*

Tras una extensa resolución, la sentencia considera que las cláusulas suelo tienen dos notas diferenciadoras: 1) son cláusulas impuestas y 2) definen el objeto principal del contrato. De esta forma, pueden ser objeto de un doble control de transparencia. La sentencia concluye que las cláusulas analizadas, no son transparentes, razonándolo de la siguiente manera.

⁹³ VÁZQUEZ GARCÍA, D. *“La contratación bancaria en la reciente doctrina del Tribunal Supremo”*, Editorial Wolters Kluwers, 2017, p. 279.

⁹⁴ SANCHEZ MARTIN, C. *“Comentario de la STS-Sala primera- de 9 de mayo de 2013 sobre nulidad de cláusulas suelo”* Comentarios jurisprudenciales en Revista del poder Judicial.

⁹⁵ SANZ ACOSTA, L. *“Alcance y contenido del control de transparencia tras las sentencias del TJUE de 21 de diciembre de 2016 y de 26 de enero de 2017 y la STS de 9 de marzo de 2017 ¿Cuándo una cláusula suelo es transparente?”*, CESCO (online), p.22-24

Por un lado, la Sala considera que falta información suficientemente clara sobre si se trata de un elemento definitorio de contrato. Además, se insertan junto con las denominadas “cláusulas techo”, como aparente contraprestación de las mismas. Tampoco hay información previa, clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la entidad, o advertencia de que al concreto perfil del cliente no se le oferten las mismas⁹⁶.

El control de transparencia tiene una doble vía. Por un lado, se habla de transparencia documental, mediante la entrega de un folleto informativo al consumidor informándole de aquello a lo que se expone. Sostiene CORDERO LOBATO⁹⁷ que “*la redacción debe realizarse de manera clara, concisa, sencilla, comprensible y transparente, sin que estén sean ilegibles, ambiguas, oscuras ni incomprensivas*”.

Por otro lado, se habla de un control de comprensibilidad real, que permita al consumidor conocer la carga financiera de la cláusula y su carga jurídica desde el inicio del contrato⁹⁸.

En el caso particular del BBVAA, se considera adicionalmente que “*se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor*”

Consecuentemente, se condena a la parte demandada a eliminar de sus contratos las cláusulas abusivas, se procede a condenar a la demandada a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo y, respecto a los contratos en vigor, estos siguen siendo obligatorios para las partes en los mismos términos, pero sin las cláusulas abusivas.

Una idea fundamental que se extrae de la sentencia es que el tribunal declaró la irretroactividad de esta. De esta forma, no afectaba a las situaciones decididas por otras resoluciones anteriores (fuerza de cosa juzgada) ni a los posibles pagos ya efectuados. Señala el TS que las cláusulas suelo son lícitas, siempre y cuando su inclusión obedezca a razones económicas y no se trate de cláusulas inusuales o extravagantes.

- o Sentencia de Pleno de 25 de marzo de 2015, rec.138/2014.

A la irretroactividad mencionada anteriormente se refirió esta sentencia. En la demanda rectora, el procedimiento dio lugar a un recurso de casación, instada por dos particulares frente a la entidad bancaria BBVA.

⁹⁶ VÁZQUEZ GARCÍA, D. ‘*La contratación bancaria en la reciente doctrina del Tribunal Supremo*’, Editorial Wolters Kluwers, 2017, p 272 y ss

⁹⁷ CORDERO LOBATO, E. ‘*Nulidad de cláusulas suelo no transparentes ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos?*’, Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº6, 2013 ,págs. 129-133.

⁹⁸ Art. 80.1.a) del TRLGDCU.

En un primer momento, la parte demandante pedía que se declarasen nulas las cláusulas contenidas por tener el carácter de abusivas, se condenase a la entidad financiera a eliminar la condición general de ambos contratos, así como a la devolución al prestatario de la cantidad cobrada hasta la fecha de la demanda.

El Juzgado de 1ª instancia de Vitoria, estimó íntegramente dicha demanda condenando a la entidad bancaria según el suplico de la misma. La sentencia fue confirmada por la AP de Álava, Sin embargo, la resolución dictada por la audiencia dio lugar a un recurso de casación interpuesto por BBVA, dando lugar a la sentencia a la que me refiero en este apartado.

La sentencia del pleno se remitió a los argumentos utilizados en la sentencia del 9 de mayo, Entiende que *“el mensaje que se transmite no es otro que el de la posibilidad de incumplir los deberes de transparencia por el predisponente, sin sanción alguna, que es lo que ocurre al no estimarse la restitución de las cantidades ex tunc”*⁹⁹

De esta forma, el voto particular propugna la desestimación del recurso de casación planteado por BBVA y confirma las sentencias en instancia.

- Cuestiones prejudiciales en relación con la doctrina expuesta.

El 21 de diciembre de 2016, se dictó una sentencia por el TJUE en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas. En ella, entre otras cosas, se declaró que la limitación en el tiempo de los efectos restitutorios vinculados a la declaración de abusividad de una cláusula contenida entre un contrato concertado entre un profesional y un consumidor, se opone al art.6.1 de la Directiva 93/13.

Se parte de la base de que el art.6.1 de la Directiva 93/13, debe interpretarse de forma que si una cláusula declarada abusiva nunca ha existido, no podrá tener efecto alguno frente al consumidor. El efecto natural es restablecer la situación de hecho y derecho en que se encontraría el consumidor de no existir dicha cláusula.

La sentencia concluye con el siguiente fallo:

“Resulta que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a

⁹⁹ Sentencia de Pleno de 25 de marzo de 2015, rec.138/2014. ES:TS:2015:1280

*las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión*¹⁰⁰.

En definitiva, en palabras de VAZQUEZ GARCÍA¹⁰¹, *“va a ser necesario esperar a nuevos pronunciamientos que permitan perfilar el camino abierto por esta sentencia del 21 de diciembre de 2016”*.

5.3 Cláusulas IRPH.

Las hipotecas pueden concederse a un tipo fijo (la cantidad que se paga a lo largo de la duración del préstamo no varía) , a un tipo variable o a un tipo mixto. Es por ello por lo que, en las hipotecas de tipo variable, la mayoría de ellas están referenciadas a un índice. Habitualmente se ha utilizado el Euribor, sin embargo, hubo una época en la que predominaba el uso del IRPH.

El IRPH (Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios en España (IRPH)) es el *“tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre”*¹⁰². Se utilizaba de forma muy similar al Euribor, habiendo sido empleado por las entidades bancarias especialmente en la época de la burbuja inmobiliaria (1997-2008).

La principal diferencia con el Euribor es que el IRPH es ligeramente superior a este último pues se sitúa entre un 1,5%-3% y además que suponía un encarecimiento de la hipoteca y tiene un carácter más lento y volátil. El IRPH se calcula teniendo en cuenta la media de los préstamos a tres años concedidos por bancos (IRPH de bancos), según la oferta media de cajas de ahorro (IRPH de cajas, el más extendido) y el global de entidades (IRPH del conjunto de entidades).¹⁰³

Con la crisis el Euribor disminuyó, pero el IRPH aumento de tal manera que muchos deudores no pudieron hacer frente a las deudas¹⁰⁴.

Precisamente, las entidades bancarias concedían préstamos hipotecarios con referencia a este tipo, amparándose en su estabilidad y alegando que lograba mantener las cuotas de la

¹⁰⁰ Fallo de la STJUE 21 de diciembre de 2016.

¹⁰¹ VÁZQUEZ GARCÍA, D. *“La contratación bancaria en la reciente doctrina del Tribunal Supremo”*, Editorial Wolters Kluwers, 2017, p.298

¹⁰² Tabla de los tipos oficiales del mercado hipotecario. Disponible en https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productoservici/relacionados/tiposinteres/guia-textual/tiposinteresrefe/tabla_tipos_referencia_oficiales_mercado_hipotecario.html

¹⁰³ TRECET, J., “Qué es el IRPH y cómo reclamarlo” en FINECT, 3 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.finct.com/usuario/Josetrecet/articulos/que-irph-como-reclamarlo>.

¹⁰⁴ Guías jurídicas de Wolters Kluwers: Cláusula IRPH. Disponible en <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAkNjMwMzc7Wy1KLizPw8WyMDQwsDcyNTkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAPYD3sg1AAAAWK>
E

hipoteca, de forma que el cliente percibía un menor riesgo. Sin embargo, con frecuencia se dieron casos de abusos pues se descubrió que las entidades bancarias tenían la facultad de modificarlo o manipularlo.

- Abusividad de las cláusulas IRPH.

Pese a que el uso de técnicas como el IRPH está explícitamente prohibida a las entidades bancarias por el propio BdE desde el año 1994, tras la entrada en vigor de la Directiva 93/13 y estas han de declararse nulas *ope legis*, numerosas entidades decidieron incluirlas en multitud de hipotecas.¹⁰⁵

Como consecuencia de ello, los tribunales han tenido que pronunciarse sobre su abusividad y hacer frente a numerosas demandas interpuestas por los clientes frente a los contratos que incluían este tipo de cláusulas.

De igual manera a lo explicado en el apartado 5.2 relativo a las cláusulas suelo, los clientes reclamaban su aplicación con efectos retroactivos y solicitaban la devolución de las cantidades pagadas de forma indebida. Por un lado, este índice era muy manipulable. Por otro, las entidades no habían cumplido con los deberes de información, piedra angular del presente trabajo.

La controversia y las dudas que se generaron frente a la legalidad de este tipo de cláusula dio lugar a que el TS se pronunciara sobre las mismas en la sentencia del 14 de diciembre de 2017¹⁰⁶, en base a un recurso de casación. En los fundamentos de derecho de dicha sentencia se dice que la Audiencia Provincial ya se había pronunciado previamente, confirmando las sentencias de primera instancia.

Se llega a la conclusión de que el IRPH es un índice oficial y público, y que no constaba la manipulación de este índice por parte de las entidades bancarias. No obstante, al no haberse proporcionado suficiente información al cliente sobre el cálculo del IRPH, ni sobre su comportamiento en los años anteriores, la diferencia con otros índices oficiales, gráficos, ni se le ofrecieron otros índices, como el Euribor, para que pudiera optar entre ellos, debía considerarse como abusiva. Ahora bien, solo podía considerarse abusiva en casos de que se diese esta falta de transparencia¹⁰⁷.

¹⁰⁵ “Cláusula IRPH” en Wolters Kluwers Guías Jurídicas, op, cit.

¹⁰⁶ STS, Sala de lo Civil, N° 669/2017, Rec. 1394/2016, de 14 de diciembre de 2017.

¹⁰⁷ FJ N°1.6 STS, Sala de lo Civil, N° 669/2017, Rec. 1394/2016, de 14 de diciembre de 2017.

Consecuentemente, ello dio lugar a una serie de cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona, acerca de la nulidad por abusividad de la cláusula IRPH. La STJUE de 3 de marzo de 2020, recurso C125/2018 llegó a una serie de conclusiones¹⁰⁸.

En primer lugar, el marco jurídico a tener en cuenta en cuanto a las cláusulas IRPH es la Directiva 93/13/CEE, acerca de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Ahora bien, es a los tribunales españoles a quien les corresponde examinar el carácter claro y contractual de dichas cláusulas, cuando estas se refieren al objeto principal de contrato. El juez nacional debe valorar si los elementos principales para el cálculo del tipo de interés son asequibles para cualquier persona.

Como ya se ha señalado, la cláusula IRPH cumplirá los estándares de transparencia si el consumidor medio puede comprenderla formal y gramaticalmente, así como el funcionamiento del modo de cálculo y valorar sus consecuencias económicas.

Además, continúa diciendo el TJUE que cabe la posibilidad de que el juez nacional sustituya el IRPH por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales.¹⁰⁹

Respecto a los posibles efectos, ya se han dado casos en los que los tribunales han declarado al menos en cuatro sentencias desde que se pronunció el TJUE sobre ello, la nulidad de las cláusulas IRPH y han sustituido dicho índice por el Euribor y recalculando las cuotas del préstamo como si estas no se hubiesen incluido¹¹⁰.

Si bien las cláusulas tratadas en los apartados anteriores han sido las más utilizadas por las entidades financieras en los últimos años, no han sido las únicas. En este sentido, cabe mencionar brevemente también las cláusulas que incluían intereses desproporcionados, siendo una práctica muy habitual fue la incluso de intereses de demora excesivamente elevados.

¹⁰⁸ “Cláusula IRPH” en Wolters Kluwers Guías Jurídicas, op, cit.

¹⁰⁹ CARRERO, S., “Claves para entender la Sentencia del TJUE sobre hipotecas referenciadas al IRPH” en Elderecho.com, 5 de marzo de 2020, disponible en: <https://elderecho.com/claves-entender-la-sentencia-deltjue-hipotecas-referenciadas-al-irph>

¹¹⁰ BERBELL, C., “Cuatro sentencias ya han anulado el IRPH y lo han sustituido por el Euribor” en CONFILEGAL, 27 de abril de 2020, disponible en: <https://confilegal.com/20200427-cuatro-sentencias-yahan-anulado-el-irph-y-lo-han-sustituido-por-el-euribor/>

Ello dio lugar a la promulgación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social¹¹¹, modificándose también el art. 114 de la Ley Hipotecaria, que enuncia que *‘en el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del período en el que aquel resulte exigible.*¹¹² Así mismo, destacan el uso de cláusulas multidivisa y de gastos hipotecarios.

6. CONCLUSIONES FINALES.

La realización de este Trabajo de Fin de grado me ha permitido adquirir y ampliar mi conocimiento acerca de la contratación bancaria, así como extraer una serie de conclusiones sobre la misma, también sobre de abusos que se dan en el tráfico socioeconómico y las perspectivas de futuro a las que nos enfrentamos en este ámbito.

I

En primer lugar, como señalé al principio del presente trabajo, las exigencias de transparencia y el deber de información en la contratación bancaria no siempre han sido consustanciales al contrato bancario, sino que su nacimiento es relativamente reciente, habiéndose intensificado en los últimos años en aras de otorgar una mayor protección al consumidor. Es decir, se ha producido una enorme transformación en el sector bancario en la última década, con la aparición de productos financieros más complejos que han provocado una gran litigiosidad debido a las prácticas abusivas que se han venido realizando.

II

Los contratos bancarios se caracterizan por estar dotados de los elementos que todo contrato ha de cumplir en el tráfico civil, pero gozan de una serie de peculiaridades. En la mayoría de ello, se establecen unas condiciones generales de contratación, que normalmente sirven para facilitar la elaboración de los contratos, pero también implican dotar de una situación de superioridad a la entidad financiera, dando lugar a desequilibrios en perjuicio de los intereses del consumidor y afectando a la libertad contractual.

III.

¹¹¹ BOE núm. 116, de 15/05/2013: Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

¹¹² Art. 3.2 Ley 1/2013 sobre Modificación de la Ley Hipotecaria, Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946.

De la anterior conclusión se deriva que estos posibles desequilibrios en la actividad contractual han de limitarse. Es por ello por lo que la actividad que realizan las entidades financieras está sujeta a una serie de límites, de legislación y de deberes que, como he reflejado, no siempre han sido respetados.

Por esta razón se promulgó la Ley 7/1998 de 13 de abril (LCGC) reguladora de las condiciones generales de contratación, así como el TRLGDCU, que regula los derechos básicos de los consumidores y usuarios. Así mismo, junto con el ordenamiento jurídico internacional, tenemos el ordenamiento comunitario encabezado por la Directiva 93/13/CEE.

IV

En el ámbito de los deberes a los que está sujeta la contratación bancaria, destaca el deber de información y de transparencia. Gran parte de los contratos bancarios versan sobre productos financieros complejos, que han sido comercializados por gran parte de los bancos españoles con clientes que tenían una nula experiencia inversora y carecían de conocimientos en materia financiera. En este sentido, queda más que claro que las entidades bancarias no han actuado con la debida diligencia y transparencia a la que están obligadas.

Sin embargo, considero que, desde el punto de vista del consumidor, hay una falta de cultura financiera y este aspecto debería mejorarse. Hay un increíble porcentaje de personas que contratan productos financieros sin tener nociones básicas de dichos productos, de forma que la balanza no puede inclinarse por completo hacia el cliente, sino que parte de la responsabilidad la tiene este también.

V

La situación de superioridad en la que se encuentran las entidades bancarias se ha manifestado mediante la introducción de cláusulas abusivas en los contratos, destacando especialmente las cláusulas de vencimiento anticipado, las cláusulas suelo y las cláusulas de IRPH. Cabe decir que muchas de estas cláusulas no son ilícitas como tal. Precisamente, el requisito de la transparencia ha sido crucial para determinar el carácter abusivo de muchas de ellas.

En torno a ellas se ha generado una jurisprudencia que en algunos casos no es del todo clara y que ha dejado ciertos frentes abiertos, especialmente desde el punto de vista del TJUE. Por ello, aunque la situación ha ido mejorando todavía, queda camino por hacer.

VI.

Por último, he de señalar que el sector bancario se enfrenta a una importante época de cambios. Por un lado, es necesaria una completa remodelación del modelo bancario tradicional. De esta forma, han aparecido nuevas formas de contratación tales como los "smart contracts", se ha incrementado la introducción de nuevas tecnologías, así como instrumentos de inteligencia artificial, que suponen una disrupción en la forma habitual de contratar.

Cabe decir también que las consecuencias de la guerra en Ucrania, así como de la crisis sanitaria aún son difíciles de predecir, lo que implica un importante grado de incertidumbre que sin duda va a conllevar consecuencias adversas y a situaciones inflacionistas, a las que el sector habrá de adaptarse, siempre abogando por la protección del consumidor.

En definitiva, a la hora de contratar debe primar la información al cliente, el principio de buena fe y el equilibrio de intereses entre ambas partes.

7. BIBLIOGRAFIA.

A) MANUALES.

ALFARO AGUILA REAL, "Las condiciones generales de contratación", Madrid, 1991.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. "Manual de derecho civil: contratos." Editorial Bercal S.A, 2021.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. "Condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas" Valladolid, editorial Lex Nova, 2000.

BOTANA GARCÍA, G. ; Ruiz Muñoz, M. "Curso sobre protección jurídica de los consumidores". Madrid: Editorial McGrawhill, 1999.

DÍEZ-PICAZO, L. "El pago anticipado". Editorial Cívitas, S.A., Madrid 1.980.

DUQUE DOMÍNGUEZ, J. "Condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas" Valladolid, editorial Lex Nova, 2000, p.464

GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. "Manual de derecho civil. Volumen II: Obligaciones y contratos. Teoría general." Editorial Wolters Kluwers, 2021.

GARCÍA CRUCES, J.A. "Contratación bancaria y consumo", RDBB, núm.30, 1998.

GARRIGUES, J. "Contratos bancarios". Madrid: Imp. Aguirre 1975.

HERNÁNDEZ-GIL, A. "Derecho de obligaciones" Tomo 3 Obras completas.

MARÍN LÓPEZ, J.J. *“Condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas”* Valladolid, editorial Lex Nova, 2000.

MELLADO RODRIGUEZ, M. *“Las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos bancarios de préstamo, apertura de crédito en cuenta corriente y fianzamiento”*. Tesis doctoral. Universidad Carlos III Madrid.

NIETO CAROL: *“Condiciones generales en los contratos bancarios”* Civitas, 1998, p-523.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. *“Compendio de Derecho Civil, Tomo II. Derecho de obligaciones”* Madrid, editorial universitaria Ramón Areces, 2009.

PETIT LAVALL, M. *“La protección del consumidor a crédito, las condiciones abusivas”*. Valencia, 1996.

REVISTA DE DERECHO INMOBILIARIO N.º.648 *“Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España”*. Septiembre Año 1994.

SÁNCHEZ MARTÍN, C. *“Comentario de la STS-Sala primera- de 9 de mayo de 2013 sobre nulidad de cláusulas suelo”* Comentarios jurisprudenciales en Revista del poder Judicial.

VÁZQUEZ GARCÍA, D. *“La contratación bancaria en la reciente doctrina del Tribunal Supremo”*, Editorial Wolters Kluwers, 2017.

B) LEGISLACIÓN

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, Directiva 93/13/CEE).

Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito

Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios.

Ley 1/2013 sobre Modificación de la Ley Hipotecaria, Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946.

Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la contratación (LCGC).

Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque.

Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

Orden ECC/2316/2015, de 4 de noviembre, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Libro IV- Título II- Capítulo II

Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias (TRLGDCU).

8. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.

- **Juzgados de Primera Instancia.**

Sentencia 25/2015 de 11 Feb. 2015 del Juzgado de Primera Instancia N.º 24 de Barcelona.

Sentencia 38/2015 de 9 de marzo 2015 del Juzgado de Primera Instancia N.º 2 de Zaragoza

Sentencia del Juzgado de instrucción N.º43 de Madrid “Caso Bankia”

Sentencia 25/2015 de 11 Feb. 2015 del Juzgado de Primera Instancia N.º. 24 de Barcelona.

Sentencia 38/2015 de 9 de marzo 2015 del Juzgado de Primera Instancia N.º2 de Zaragoza.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º2 de Sevilla, de 30 de septiembre de 2010. (Roj: SJM SE 76/2010).

- **Audiencia Provincial.**

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 17 de octubre de 1990.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 7 de octubre de 2011. (Roj: SAP SE 1470/2011)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 7 de abril de 2010.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 23 de julio de 2010.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra del 21 de abril de 1995.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid n.º38/2014 de 14 de febrero 2014.

- **Tribunal Supremo.**

Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala 1º), 20 de enero de 2014, rec.879/2012.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil,) N.º 669/2017 de 14 de diciembre de 2017, Rec. 1394/2016

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1º), núm.1084, de 19 de diciembre de 1995, ES:TS:1995:10752.

Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala de lo Civil, Sección 1º) , de 27 de noviembre de 1998, rec. 1257/1994.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno) nº769/2014, de 12 de enero de 2015.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 1 de octubre de 1986.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 3 de julio de 2007, rec. 2720/2000.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) del 17 de enero de 2015, Caso Banesto.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 12 de noviembre de 2004.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) del 20 de enero de 2014, rec.879/2012.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm840/2013 de 20 de enero de 2014.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno) de 30 de junio de 2015, rec.2780/13.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 20 de noviembre de 2015, rec.147/2012.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 23 de abril de 2015, núm. 207/2013.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 27 de marzo de 1999, Sala 1º.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de Pleno de 9 de mayo de 2013, rec.485/2012.

Sentencia de Pleno de 25 de marzo de 2015, rec.138/2014. ES:TS:2015:1280

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 23 de octubre 1992, rec.1746/1990.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 6 de febrero de 1978, 6 de febrero de 1999, 12 de julio de 2002, 17 de julio de 2006

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 2 de enero de 2006, 4 de junio de 2008 y 12 de diciembre de 2008

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 23 julio 2013, rec. 167/2011.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 23 de diciembre de 2015, Rec.2658/2013 y 18 de febrero de 2016, rec. 2011/2014.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 26 julio de 2000, rec.2925/1995.

- **Tribunal de Justicia de la Unión Europea.**

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016.

9. WEBGRAFIA.

- **Artículos y publicaciones.**

BERBELL, C., “*Cuatro sentencias ya han anulado el IRPH y lo han sustituido por el Euribor*” en Confilegal, 27 de abril de 2020, disponible en: <https://confilegal.com/20200427-cuatro-sentencias-yahan-anulado-el-irph-y-lo-han-sustituido-por-el-euribor/>

CARRERO, S., “*Claves para entender la Sentencia del TJUE sobre hipotecas referenciadas al IRPH*” en Elderecho.com, 5 de marzo de 2020, disponible en: <https://elderecho.com/claves-entender-la-sentencia-deltjue-hipotecas-referenciadas-al-irph>

CORDERO LOBATO, E. “*Nulidad de cláusulas suelo no transparentes ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos?*”, Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº6, 2013, págs. 129-133.

DELGADO, M. “*Jornadas de Derecho bancario: La transparencia en el sector bancario*” Colegio de abogados de Málaga, 2021. Disponible en <https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/IntervencionesPublicas/Subgobernador/Arc/Fic/delgado040621.pdf>

GONZÁLEZ BOSCH, M. “*Cláusulas abusivas en la contratación bancaria*”. Universidad Abat Oliba CEU. 2011. Disponible en [Microsoft Word - Mireia GONZÁLEZ BOSCH TFC Derecho.doc \(ceu.es\)](#)

HERVÁS COZAR, L.M. “*El dolo en la contratación bancaria*”. Universidad de Jaen. 2015 p.36

MELLADO RODRIGUEZ, M. “*Las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos bancarios de préstamo, apertura de crédito en cuenta corriente y afianzamiento*”. Tesis doctoral. Universidad Carlos III Madrid. p.76

PERIÓDICO EL CONFIDENCIAL (2021) “Los abusos bancarios en contratos según Víctimas del Crédito, la plataforma de ayuda al consumidor” Disponible en <https://www.elconfidencialdigital.com/articulo/an/abusos-bancarios-contratos-victimas-credito-https://www.elconfidencialdigital.com/articulo/an/abusos-bancarios-contratos-victimas-credito-plataforma-ayuda-consumidor/20210728121233265047.html>

SANZ ACOSTA, L. “*Alcance y contenido del control de transparencia tras las sentencias del TJUE de 21 de diciembre de 2016 y de 26 de enero de 2017 y la STS de 9 de marzo de 2017 ¿Cuándo una cláusula suelo es transparente?*”, CESCO (online), p.22-24

TRECET, J., “*Qué es el IRPH y cómo reclamarlo*” en FINECT, 3 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.finct.com/usuario/Josetrecet/articulos/que-irph-como-reclamarlo>.

RUIZ, R. *“A un paso de las 4000 sentencias estimatorias de preferentes de Bankia”* Arriaga Asociados, 2016, Disponible en <https://www.arriagaasociados.com/2016/11/preferentes-bankia-sentencias/>

- **Páginas web.**

Autoridad bancaria europea. Disponible en https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/institutions-and-bodies-profiles/eba_es

Banco de España. Transparencia de operaciones y protección a la clientela Disponible en https://www.bde.es/bde/es/secciones/normativas/Regulacion_de_En/Estatal/Transparencia_1f9672d6c1fd821.html

Diccionario económico BBVA. *“El depósito bancario”* Disponible en <https://www.bbva.es/diccionario-economico/d/deposito-bancario.html>

Economipedia. Definiciones de contrato bancario. Disponible en <https://economipedia.com/definiciones/contrato-bancario.html>

Guías jurídicas de Wolters Kluwers: *“Cláusula IRPH”*. Disponible en <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAA AAEAMtMSbF1jTAAAkNjMwMzc7Wy1KLizPw8WyMDQwsDcyNTkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAPYD3sg1AAAAWKE>

Guía jurídica de Wolters Kluwers. *“Contratos atípicos e innominados”*. Disponible en <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/>

Guía jurídica de Wolters Kluwers. *“Contratos bancarios”* Disponible en <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>

Guía jurídica Wolters Kluwers: *“Cláusula suelo.”* Disponible en https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAA AAEAMtMSbF1jTAAAUUsDUwtztlUouLM_DxbIwNDY0MjQyOQQGZapUtckhlQaptWmJOcSoAGj6cSzUAAAA=WKE.

Lección 2: Contratos de las entidades de crédito. “Contratos bancarios”. disponible en <file:///d:/6%c2%ba%20dade/tfg%20derecho/tema 2. contratos bancarios.pdf>

Memoria de reclamaciones 2020. Banco de España. Disponible en <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/20/MSR2020.pdf>

Real Academia Española. Definición de contrato bancario. Disponible en <https://dpej.rae.es/lema/contrato-bancario#:~:text=Contrato%20celebrado%20por%20una%20entidad,intermediaci%C3%B3n%20o%20en%20el%20cr%C3%A9dito.>

Tabla de los tipos oficiales del mercado hipotecario. Disponible en https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productosservici/relacionados/tiposinteres/guia-textual/tiposinteresefe/tabla_tipos_referencia_oficiales_mercado_hipotecario.html