



Consejo General  
del Poder Judicial

NÚMERO  
4  
AÑO 2018



CUADERNOS DIGITALES  
DE FORMACIÓN

**Condiciones generales de contratación**

## **Vademécum sobre condiciones generales de contratación**

# Vademécum sobre condiciones generales de contratación

## Palabras clave

Condiciones generales de contratación, Cláusula abusiva, Transparencia, Acción procesal, Consumidores

## ÍNDICE:

Legitimación para el ejercicio de la acción individual de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación

Acumulación de acciones, competencia y forma de alegar la nulidad de las cláusulas abusivas

Cosa juzgada en procesos declarativos y ejecuciones. Coordinación de acciones colectivas e individuales

Definición de los tipos de control, cuestiones terminológicas e identificación de la condición general de la contratación

Cuestiones relativas al concepto de consumidor

El control de oficio de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores

Cláusula suelo. Control de transparencia

Cláusula de repercusión de gastos y tributos en las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria

Otras cláusulas

Préstamo multidivisa e IRPH

El documento "Vademécum sobre condiciones generales de contratación" es el fruto del análisis llevado a cabo por el "Grupo de Trabajo de titulares de órganos de segunda instancia con competencia en materia de condiciones generales de contratación", constituido por el Consejo General del Poder Judicial con dos objetivos. En primer lugar, y esencialmente, se trataba de buscar y establecer pautas comunes en la interpretación

y aplicación de la norma por parte de los órganos de apelación en la materia. En segundo lugar, sobre la base de tales pautas, se perseguía facilitar y agilizar la labor de los juzgados especializados de condiciones generales de contratación, poniendo a su disposición un elenco de criterios homogéneos y fiables que pudieran aprovechar como guía en la respuesta ante los problemas que se presentan habitualmente en la resolución de los pleitos relativos a este sector. Tal elenco, a su vez, habría de servir como referente a los demás operadores jurídicos, facilitando de este modo la resolución extrajudicial de las controversias, con el consiguiente descenso de la litigiosidad ante los mencionados órganos.

Para la consecución de los objetivos señalados se estableció un grupo de diez magistrados, integrado por los directores del grupo de trabajo y otros ocho magistrados designados por ellos, con el cometido de identificar las cuestiones que han generado o pudieran generar mayores dudas interpretativas, establecer un esquema de análisis unificado, analizar a partir del mismo las respuestas dadas por los diferentes tribunales a las cuestiones previamente identificadas y formular una propuesta de respuesta común, plasmando todo ello en unos textos que sirvieran de base para los ulteriores trabajos.

En la fase siguiente, se procedió a constituir un segundo grupo integrado por magistrados destinados en órganos que conocen en segunda instancia de los litigios en materia de condiciones generales de contratación, designados por los presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia. El primer cometido de este grupo, integrado por dieciocho magistrados de otras tantas Audiencias Provinciales, era el de revisar los textos elaborados por el primer grupo.

La tercera fase consistió en un encuentro, con la participación de los integrantes de los dos grupos, que tuvo lugar los días 17 y 18 de abril de 2018. En el transcurso de estas jornadas se sometieron a discusión del plenario los documentos revisados. El precipitado de esas discusiones es el presente documento, el cual, siguiendo el esquema "cuestión - propuesta de solución", a modo de vademécum, refleja aquellos puntos en los que se logró un amplio consenso. Aquellos temas en los que no se alcanzó tal anuencia en cuanto a la respuesta jurídica ante una determinada problemática quedaron excluidos.

*Los directores del grupo de trabajo.*

\* \* \*

### **Directores**

GALGO PECO, Ángel. Presidente de la Sección 28.<sup>a</sup> Audiencia Provincial de Madrid.

GARNICA MARTÍN, Juan Francisco. Presidente de la Sección 15.<sup>a</sup> Audiencia Provincial de Barcelona.

### **Equipo de trabajo**

ARRIBAS HERNÁNDEZ, Alberto. Sección 28.<sup>a</sup> Audiencia Provincial de Madrid.

FERNÁNDEZ SEIJO, José María. Sección 15.<sup>a</sup> Audiencia Provincial de Barcelona.

GALGO PECO, Ángel. Presidente de la Sección 28.<sup>a</sup> Audiencia Provincial de Madrid.

GARNICA MARTÍN, Juan Francisco. Presidente de la Sección 15.<sup>a</sup> Audiencia Provincial de Barcelona.

GONZÁLEZ-CARRERÓ FOJÓN, Pablo Sócrates. Sección 4.<sup>a</sup> Audiencia Provincial de A Coruña.

MARTORELL ZULUETA, Purificación. Sección 9.<sup>a</sup> Audiencia Provincial de Valencia.

ORELLANA CANO, Nuria Auxiliadora. Sección 6.<sup>a</sup> Audiencia Provincial de Málaga.

PÉREZ BENITEZ, Jacinto. Sección 1.<sup>a</sup> Audiencia Provincial de Pontevedra.

RIBELLES ARELLANO, José María. Sección 15.<sup>a</sup> Audiencia Provincial de Barcelona.

VILLENA CORTÉS, Francisco de Borja. Sección 28.<sup>a</sup> Audiencia Provincial de Madrid.

### **Participantes**

ANDRÉS CUENCA, Rosa María. Presidenta de la Sección 9.<sup>a</sup> Audiencia Provincial de Valencia.

ANTÓN GUIJARRO, Javier. Sección 1.<sup>a</sup> Audiencia Provincial de Asturias.

ASTRAY CHACÓN, María del Pilar. Sección 1.<sup>a</sup> Audiencia Provincial de Ciudad Real.

BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Ildefonso Jerónimo. Presidente de la Sección 3.<sup>a</sup> Audiencia Provincial de Burgos.

COBO PLANA, Juan José. Presidente de la Sección 4.<sup>a</sup> Audiencia Provincial de Las Palmas.

DÍAZ MUYOR, Manuel. Sección 15.<sup>a</sup> Audiencia Provincial de Barcelona.

FERRER CRISTÓBAL, Ana Inmaculada. Presidenta Sección 3.<sup>a</sup> Audiencia Provincial de Navarra.

FUENTES DEVESA, Rafael. Sección 4.<sup>a</sup> Audiencia Provincial de Murcia.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Pedro María. Sección 28.<sup>a</sup> Audiencia Provincial de Madrid.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María del Mar. Sección 4.<sup>a</sup> Audiencia Provincial de Cantabria.

MARTÍNEZ ARESO, Alfonso María. Sección 5.<sup>a</sup> Audiencia Provincial de Zaragoza.

MONSALVE ARGANDOÑA, Cesáreo Miguel. Presidente Audiencia Provincial de Albacete.

PINAZO TOBER, Enrique Pablo. Sección 3.<sup>a</sup> Audiencia Provincial de Granada.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo. Sección 4.<sup>a</sup> Audiencia Provincial de Bizkaia.

SANTISTEBAN RUIZ, Alfonso. Presidente Audiencia Provincial de La Rioja.

SANTOS SÁNCHEZ, María Luisa. Sección 3.<sup>a</sup> Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.

SER LÓPEZ, Ana. Presidenta Audiencia Provincial de León.

SOLA RUIZ, María Covadonga. Sección 5.<sup>a</sup> Audiencia Provincial de Baleares.

\* \* \*

## **LEGITIMACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN (1)**

### **I. Legitimación activa de las asociaciones de consumidores para ejercitar las acciones individuales**

#### **1. Legitimación activa de las asociaciones de consumidores para ejercitar acciones individuales de la LCGC de asociados**

##### *Propuesta de solución unificada*

Admitir la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas para el ejercicio de las acciones individuales de la LCGC que puedan corresponder a sus asociados, siempre que en la demanda se identifiquen aquellos asociados por los que se actúa y quede determinada la condición de asociados de aquellos por los que se dice actuar.

#### **2. Ejercicio acumulado de acciones individuales de la LCGC por parte de una asociación de consumidores en el proceso en que ha ejercitado una acción de cesación**

##### *Propuesta de solución unificada*

Resulta admisible que una asociación de consumidores y usuarios ejercite acumuladamente con la acción de cesación acciones individuales de la LCGC de asociados, cuando concurren las condiciones señaladas en el precedente apartado 1.

## **II. Posibilidad de ejercicio de acciones individuales de la LCGC por parte de consumidores en el marco de un proceso en el que se ejercita una acción de cesación**

### *Propuesta de solución unificada*

En el supuesto de que se presente demanda por parte de una asociación de consumidores y usuarios y de consumidores individuales, ejercitando, la primera, una acción de cesación y, los segundos, acciones individuales de la LCGC, habrá de procederse en la forma señalada por el artículo 73.3 LEC, remitiendo a los titulares de la acción indebidamente acumulada a los órganos que resulten objetivamente competentes.

## **III. Legitimación de los garantes para el ejercicio de las acciones individuales de la LCGC en relación con las cláusulas del contrato garantido**

### **1. Legitimación de los fiadores/avalistas solidarios para el ejercicio de las acciones individuales de la LCGC en relación con las cláusulas del contrato garantido**

#### *Propuesta de solución unificada*

Admitir la legitimación del avalista/fiador solidario para el ejercicio de las acciones individuales de la LCGC reclamando la inoponibilidad de las cláusulas del contrato garantido que afecten a su responsabilidad.

### **2. Legitimación del hipotecante no deudor para el ejercicio de las acciones individuales de la LCGC en relación con las cláusulas del contrato garantido**

#### *Propuesta de solución unificada*

Admitir la legitimación del hipotecante no deudor para el ejercicio de las acciones individuales de la LCGC en los mismos términos que el avalista/fiador solidario.

## **ACUMULACIÓN DE ACCIONES, COMPETENCIA Y FORMA DE ALEGAR LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS (2)**

### **I. Acumulación de acciones**

#### *Propuesta de solución unificada*

1. Admitir, como regla, la acumulación subjetiva de acciones.
2. Seguir un criterio distinto en razón de cuál sea la concreta condición general objeto del proceso.
3. Ese criterio debe ser restrictivo en el caso de que las condiciones impugnadas exijan un examen individual de cada una de las acciones,

como es propio que ocurra en los casos de condiciones que afectan a elementos esenciales del contrato en los que es preciso hacer juicio de transparencia (ejemplos típicos: caso de cláusulas suelo y las propias de los préstamos multividiva). El número de afectados debe ser un criterio relevante, particularmente cuando sea previsible que se traduzca en problemas probatorios singularizados.

4. Exigir un criterio mucho más laxo o amplio en el caso de las restantes cláusulas, en las que no se exige un examen particularizado sobre la inserción en el contrato. En este caso, lo relevante no debe ser el número de afectados.

## **II. Competencia funcional (objetiva) de los órganos de segunda instancia. Forma de determinarla y problemas**

### *Propuesta de solución unificada*

1. Debe resolverse atendiendo exclusivamente a las acciones ejercitadas en la demanda. La reconvención es irrelevante.
2. Si la petición que se formula en la demanda es la de nulidad de una condición general, la competencia será de la sección especializada, cualquiera que sea el fundamento de la solicitud, lo que incluye los vicios en el consentimiento. Los errores en la calificación no son relevantes.
3. Si además de la acción de nulidad de la condición general, en la demanda se ejercita una acción de carácter contractual, la competencia corresponderá a la Sección especializada.
4. La competencia para conocer de los recursos de apelación procedentes de procesos iniciados por entidades financieras ejercitando acciones declarativas de carácter contractual corresponderán en todo caso a las secciones no especializadas, aunque se hubiera planteado la nulidad de alguna de las condiciones generales tanto por la vía de la excepción como la de la reconvención.

## **III. Acción declarativa de la entidad financiera para denunciar el contrato de préstamo. Posición del consumidor al alegar cláusulas abusivas (excepción o reconvención)**

### *Propuesta de solución unificada*

1. Para conocer de la acción declarativa instada por una entidad financiera la competencia le corresponde a los juzgados no especializados.

2. El consumidor demandado tanto puede cuestionar la validez de concretas cláusulas de los contratos por la vía de la excepción como la de la reconvención.
3. Los juzgados no especializados que estén conociendo de la acción declarativa de carácter contractual son competentes también para conocer de las acciones sobre condiciones generales que se puedan ejercitar por medio de reconvención. El [art. 406.2 LEC](#) no lo impide.
4. Si el juzgado no especializado ha rechazado esa competencia y el recurso de apelación insiste, se deberá decretar la nulidad de las actuaciones con reenvío al momento en el que así se hubiera acordado.

#### **IV. ¿Cómo debe determinarse la competencia objetiva entre los juzgados especializados y no especializados? ([art. 46 LEC](#)). Tratamiento procesal de los conflictos**

##### *Propuesta de solución unificada*

1. Los conflictos que se puedan plantear entre los órganos especializados de la primera instancia (caso de los JPI 101 de Madrid y 50 de Barcelona) y los no especializados se deben resolver como simples cuestiones de competencia, de acuerdo con lo que resulta del [art. 46 LEC](#).
2. Es admisible que la acción competencia del órgano especializado vaya acumulada a otras ajenas a la razón de su especialización. La competencia para conocer de todo ese proceso debe seguir el criterio de la especialidad y por tanto debe conocer el órgano especializado.
3. Si ha conocido el órgano en principio no competente (el no especializado), de ello no se derive nada trascendente. No se estaría ante el vicio de nulidad por infracción de norma imperativa del [art. 225 LEC](#).
4. La sustanciación de los conflictos debe hacerse siguiendo las reglas de la competencia territorial analizable de oficio, con remisión de las actuaciones en todo caso al tribunal que se considere competente.
5. Si el segundo tribunal también se considere incompetente, remitirá las actuaciones al tribunal jerárquico común, que este caso será siempre la sección de la audiencia provincial con competencias en la materia propia de la especialidad.

## **COSA JUZGADA EN PROCESOS DECLARATIVOS Y EJECUCIONES. COORDINACIÓN DE ACCIONES COLECTIVAS E INDIVIDUALES (3)**

### **I. Cosa juzgada y litispendencia**

#### **1. Respeto de la acción colectiva previa**

##### *Propuesta de solución unificada*

Para determinar la eficacia del dictado de sentencia firme estimatoria o desestimatoria de una acción colectiva sobre la acción individual de nulidad, descartada la apreciación automática de la cosa juzgada, ni en cuanto a la pretensión de nulidad ni en cuanto a sus efectos, debemos partir de la solución expuesta en la [STS de 8 de junio de 2017](#), reiterada en la [STS de 7 de noviembre de 2017](#). Debe tenerse en cuenta que estas consideraciones se realizan en la nulidad de la cláusula suelo por no superar el control de transparencia.

En el caso de sentencia desestimatoria de la acción colectiva, de conformidad con las [SSTS 127/2017, de 24 de febrero](#), [334/2017, de 25 de mayo](#), y [357/2017, de 6 de junio](#), los pronunciamientos de la sentencia desfavorables para el consumidor que no ha sido parte en el proceso en que se ejerció la acción colectiva respecto de un proceso posterior en el que tal consumidor ejercita una acción individual, carecen de la eficacia de cosa juzgada respecto de esos procesos posteriores donde el consumidor ejercita una acción individual, pues no puede perjudicarle un pronunciamiento desfavorable acordado en un proceso en el que no ha podido intervenir.

En caso de sentencia estimatoria de la acción colectiva, la consecuencia en aquellos litigios pendientes en los que se ejercita una acción individual, es como regla general, que el juez aprecie el carácter abusivo de la cláusula por las razones expresadas en aquella sentencia, salvo cuando consten en el litigio circunstancias excepcionales, referidas al perfil del cliente o a la información suministrada por el banco predisponente en ese caso concreto, que se aparten significativamente de lo que puede considerarse el estándar medio y justifiquen un fallo diferente.

Y en cuanto a los efectos de la nulidad, no cabe otorgar eficacia de cosa juzgada, negativa o positiva a la [Sentencia 241/2013, de 9 de mayo](#), para sobreseer el proceso ni para limitar la eficacia restitutoria plena a la declaración de nulidad de la cláusula suelo del préstamo hipotecario concertado con una de las entidades que fueron parte en dicho procedimiento.

#### **2. Respeto de una ejecución hipotecaria anterior**

La solución proviene de la aplicación de la [STS de 27 de septiembre de 2017](#) y sentencias que cita, pudiendo distinguirse tres supuestos:

1) Que en el momento de la oposición a la ejecución hipotecaria, no estuviera prevista en la legislación la oposición por abusividad de cláusulas contractuales que hubieran servido de fundamento al despacho de la ejecución, y no se hubiera dictado la [STJUE del caso Pannon GSM](#). No puede apreciarse la concurrencia de cosa juzgada en un proceso declarativo posterior, cuyo fundamento es la abusividad de determinadas cláusulas del contrato de préstamo con garantía hipotecaria.

2) Que en el momento de la oposición a la ejecución hipotecaria, no estuviera prevista en la legislación la oposición por abusividad de cláusulas contractuales que hubieran servido de fundamento al despacho de la ejecución, pero ya se hubiera dictado la [STJUE del caso Pannon GSM](#). Dos opciones:

A) Interpretación literal: parece desprenderse de la [STS de 27 de septiembre de 2017](#) que en dicho caso sí se produciría la cosa juzgada porque a partir de dicha STJUE la aplicación del control de oficio por el juez dejó de ser "una cuestión incontrovertida".

B) Interpretación finalista: la respuesta debe ser idéntica a la de caso anterior, como se deduce de la [STS de 27 de septiembre de 2017](#) y de la [STJUE de 26 de enero de 2017](#), cuando establece que debe resolverse sobre el carácter abusivo de la estipulación que "no ha sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada", sin que la legislación procesal vigente a dicha fecha -[Ley de Enjuiciamiento Civil \(LEC\)](#) en su redacción anterior a la [Ley 1/2013](#)- permitiese oponerse a la ejecución mediante la alegación de la existencia de cláusulas abusivas en el título; lo que excluye la aplicabilidad al caso del [art. 564 LEC](#), y como consecuencia apreciar cosa juzgada. En palabras de la [STS de 27 de septiembre de 2017](#): "Resultaría paradójico que una medida destinada a la protección del consumidor, como es el control de oficio de la abusividad contractual, pudiera acabar perjudicándole si no se ejerce por el tribunal".

Esta segunda es la postura asumida por los intervinientes de la Mesa.

3) Que en el momento de la oposición a la ejecución hipotecaria estuviera prevista en la legislación la oposición por abusividad de cláusulas contractuales que hubieran servido de fundamento al despacho de la ejecución.

La declaración de abusividad de una cláusula contractual del préstamo en el proceso de ejecución, produce excepción de cosa juzgada en el ulterior proceso declarativo, sin perjuicio de que el consumidor pueda pretender en un juicio declarativo posterior los efectos de la abusividad que no pudieron reclamarse en el proceso de ejecución (de forma que no puede cuestionarse en este procedimiento la declaración de abusividad por la entidad financiera).

## **II. Acciones colectivas e individuales: reglas de coordinación**

### *Propuesta de solución unificada*

Dado que las acciones individuales y colectivas tienen naturaleza y objetos diferentes, la tramitación de una acción colectiva de cesación no produce una suerte de prejudicialidad civil o litispendencia sobre los procedimientos en los que se ejerciten acciones individuales respecto de las mismas cláusulas y entidades financieras a las que afecta la acción colectiva, sin perjuicio de la incidencia que su resolución tiene en la acción individual en los términos de la [STS de 8 de junio de 2017](#), expuesto en el epígrafe I.1.

### **III. Suspensión de la ejecución. Tratamiento como medida cautelar**

#### *Propuesta de solución unificada*

En el procedimiento ordinario que pueda presentar el deudor solicitando la nulidad de una cláusula del préstamo hipotecario por abusividad, que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible, en el procedimiento de ejecución hipotecaria que este en trámite, no puede acordarse medida cautelar de suspensión del proceso de ejecución, sin que ni siquiera se prohíba al ejecutante que se hubiera adjudicado el bien, enajenarlo a un tercero hasta que sea firme la sentencia del declarativo.

### **IV. Juzgado que ha suspendido la ejecución a la espera de que se resuelva el juicio declarativo**

#### *Propuesta de solución unificada*

Ni antes ni después de la modificación de la [LEC](#) por [Ley 1/2013](#) resulta procedente la suspensión de la ejecución hipotecaria, por estar en trámite un procedimiento declarativo de nulidad de la cláusula contractual fundamento de la ejecución por abusividad, no estando contemplada dicha causa de suspensión, remitiéndonos a lo expuesto en el anterior tema.

## **DEFINICIÓN DE LOS TIPOS DE CONTROL, CUESTIONES TERMINOLÓGICAS E IDENTIFICACIÓN DE LA CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN (4)**

### **I. Definición de los diferentes tipos de control. Cuestiones terminológicas**

#### **1. La confusión terminológica**

##### *Propuesta de solución unificada*

Resulta conveniente unificar la terminología para utilizar el término control de incorporación para referirnos a la transparencia documental, al control de inclusión o

primer control de transparencia y transparencia material cuando aludimos al segundo control de transparencia o transparencia cualificada.

## **2. El control de transparencia material es un tipo de control autónomo o solo es la llave que abre la puerta del control de abusividad con relación a las cláusulas que definen el objeto principal del contrato**

*Propuesta de solución unificada*

Seguir la doctrina del Tribunal de Justicia y del Tribunal Supremo ([artículo 1.6 del Código Civil](#)).

La falta de transparencia material no implica por sí misma la abusividad de las condiciones generales incorporadas a contratos celebrados con consumidores, sino que permite el examen de la abusividad, sin perjuicio de que ésta pueda deducirse de la falta de transparencia con relación a aquellas cláusulas, como la cláusula suelo, en que así lo haya fijado la jurisprudencia.

## **3. El pseudocontrol de abusividad de las condiciones generales incorporadas a contratos celebrados con no consumidores**

*Propuesta de solución unificada*

Seguir la doctrina del Tribunal Supremo ([artículo 1.6 del Código Civil](#)), según la cual el control de abusividad no puede extenderse a cláusulas perjudiciales cuando el adherente es un profesional o empresario. Sin embargo, proclamado este principio, se admite, respecto de los contratos celebrados con no consumidores, la expulsión de determinadas cláusulas del contrato cuando suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato, con fundamento en el principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual ([artículos 1258 del Código Civil](#) y [57 del Código de Comercio](#)).

Se asume, en definitiva, la regla de la ineficacia de las "cláusulas sorprendentes", conforme a la cual son inválidas aquellas estipulaciones que, a tenor de las circunstancias y la naturaleza del contrato, son tan insólitas que el adherente no podía haberlas previsto razonablemente.

Para que pueda estimarse que concurren tales circunstancias, habrá que tomar en consideración el nivel de información proporcionado, pues una correcta información excluiría el factor sorpresivo, y la diligencia empleada por el prestatario adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas del préstamo y los posibles efectos futuros de la condición general discutida sobre el coste del crédito. Diligencia exigible al empresario adherente que dependerá, en gran medida, de sus circunstancias

subjetivas, como personalidad jurídico-mercantil, volumen de negocio, estructura societaria, experiencia, conocimientos financieros, asesoramiento, etc.

En los casos en que el adherente no es consumidor, operan las reglas generales de la carga de la prueba. Por lo que habrá de ser el prestatario que pretende la nulidad de una condición general desde el punto de vista de la buena fe, alegando la introducción de una estipulación sorprendente que desnaturaliza el contrato y frustra sus legítimas expectativas, quien acredite la inexistencia o insuficiencia de la información y quien, ya desde la demanda, indique cuáles son sus circunstancias personales que pueden haber influido en la negociación y en qué medida la cláusula le fue impuesta abusivamente.

#### **4. Acción de no incorporación vs. acción de nulidad**

##### *Propuesta de solución unificada*

Si lo que se pide en la demanda es la nulidad de una condición general de la contratación no cabe declarar la no incorporación salvo que la demanda, a pesar de pedirse la nulidad, se funde principalmente en argumentos propios del control de incorporación o en éstos junto con los de falta de transparencia material, en cuyo caso el tribunal puede declarar la no incorporación si aprecia que la cláusula no supera el control de incorporación.

## **II. Identificación de la condición general como condición general**

### **1. Determinación de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato**

#### *Propuesta de solución unificada*

- a. Las cláusulas que regulen un elemento esencial del contrato pueden tener la consideración legal de condición general de la contratación si concurren los requisitos para ello (contractualidad, predisposición, generalidad e imposición).
- b. Para identificar que una cláusula que es una condición general de la contratación integra el objeto esencial del contrato debe atenderse no al tipo de contrato en abstracto, sino al contrato en concreto sometido a enjuiciamiento.
- c. Son cláusulas que definen el objeto esencial del contrato aquellas que regulan las prestaciones esenciales del contrato y que, como tales, lo caracterizan, esto es, las "descriptivas" o "definidoras" del objeto principal del contrato en concreto de que se trate.
- d. Las cláusulas que definen el objeto principal del contrato pueden ser sometidas al control de abusividad, en beneficio de adherentes que tengan la condición de consumidores, si carecen de la necesaria transparencia material.

## 2. Identificación de la condición individual o la negociación individual

### A) Identificación de la condición individual

#### *Propuesta de solución unificada*

No parece que exista discrepancia sobre la cuestión, sólo indicar que la carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario y así lo indica expresamente la ya citada [Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013](#).

### B) Negociación individual

#### *Propuesta de solución unificada*

- a. No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación, aunque varias de ellas procedan del mismo empresario ([Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2015, 29 de noviembre de 2017 y 14 de diciembre de 2017](#)).
- b. Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios ([Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2015, 29 de noviembre de 2017 y 14 de diciembre de 2017](#)).
- c. Debe rechazarse un concepto restrictivo del requisito de la imposición, de este modo, la simple bajada del tipo del interés remuneratorio en la subrogación del consumidor en el préstamo hipotecario del promotor no elimina por sí misma el requisito de la imposición ([Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2018](#)).
- d. Conforme a las normas generales sobre distribución de la carga de la prueba del [artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil](#), acreditado por el adherente el carácter predispuesto de las cláusulas corresponde al predisponente acreditar que en su aceptación por el adherente no ha existido imposición ([Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014 y 29 de noviembre de 2017](#)).
- e. Los contratos en los que sus cláusulas han sido negociadas individualmente, de acreditarse cumplidamente, quedan sometidos al régimen común en cuanto a su interpretación, validez y eficacia, integrado sustancialmente por el [Código Civil](#) y, también, cuando se trata de consumidores, por la [LGDCU](#).

## **CUESTIONES RELATIVAS AL CONCEPTO DE CONSUMIDOR (5)**

### **Conclusiones finales**

1. La consideración de actuar el contratante con un propósito ajeno a su actividad económica, profesional o empresarial, debe darse al momento de la celebración del contrato.
2. De producirse una novación subjetiva en el contrato, con subentrada en la relación obligacional de un nuevo sujeto que actúe con propósito ajeno a su actividad económica, profesional o empresarial, a diferencia del anterior contratante, es cuando se produce la generación del deber para el predisponente de dotar de transparencia a las condiciones generales que tal contrato contuviese, y de expurgar su abusividad material.
3. En el caso de las personas jurídicas, para ser consumidor, no basta con destinar a fines ajenos a su actividad económica la operación, sino que, además, debe carecer de ánimo de lucro respecto a dicha operación.
4. Las sociedades con forma mercantil no pueden ser reconocidas como consumidores.
5. El ánimo de lucro en una concreta operación, no desvirtúa la condición de consumidor en la persona física.
6. Los fiadores personas físicas pierden la condición de consumidor si entre ella y el prestatario fiado, profesional, existen vinculaciones funcionales.
7. El cónyuge avalista pierde la condición de consumidor, si del régimen económico-matrimonial aplicable, surge una masa patrimonial de bienes que debe responder de las deudas resultantes del ejercicio empresarial del cónyuge fiado.
8. Respecto de los actos de naturaleza mixta, aquellos donde concurre finalidad empresarial con otra que no lo es, el contratante será considerado consumidor o no consumidor dependiente de la finalidad predominante en la operación, con criterios varios, que no tienen que atenerse únicamente al valor económico de cada interés.
9. Cuando el contratante sea una persona física, la carga de la prueba de que no es consumidor corresponderá al predisponente. En cambio, cuando sea una persona jurídica, si el predisponente niega justificadamente la condición de consumidor, será ésta quien deba soportar la carga de la prueba sobre tal condición.

## **EL CONTROL DE OFICIO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS CON CONSUMIDORES (6)**

## **I. Límites del control de oficio**

### **1. Límites subjetivos del control de oficio. Limitación a los contratos con consumidores**

#### *Propuesta de solución unificada*

Si bien resulta posible que el juez acuerde diligencias probatorias en el control de oficio de cláusulas abusivas, tal posibilidad debería utilizarse de una manera muy excepcional cuando el control de oficio se ejercite en el trámite de admisión de demandas ejecutivas o de solicitudes de monitorio, de modo que si no consta con claridad en este momento que el propósito del contratante es ajeno a toda actividad profesional o empresarial, debería esperarse a un momento ulterior del proceso, en particular en el caso de los actos mixtos. En el caso de fiadores o avalistas de un contrato entre profesionales, debería limitar la posibilidad del control de oficio en trámite de admisión a supuestos claros, en los que se pueda determinar con sencillez la vinculación funcional con el prestatario.

### **2. Límites objetivos del control de oficio. Técnicas de control**

#### *Propuesta de solución unificada*

El control de oficio es predominantemente un control de contenido de abusividad de las cláusulas insertas en contratos de adhesión con consumidores. Pero también resultaría posible un control de transparencia material en los casos en los que se cuente con todos los elementos de hecho o de derecho para su ejercicio.

La no superación del control de transparencia no determina la nulidad de la cláusula per se, deberá, por tanto, entrar a analizar el control de contenido.

El control de oficio puede extenderse, en casos claros, al control de incorporación.

### **3. Límites objetivos del control de oficio en los procesos de ejecución**

#### *Propuesta de solución unificada*

El control de oficio en los procesos de ejecución deberá limitarse al análisis de las cláusulas que constituyan el fundamento de la ejecución o que hayan servido para determinar la cantidad exigible.

El ámbito del control de oficio deberá limitarse a las cuestiones sugeridas a las partes en la resolución por la que se les confiere el traslado, que deberá precisar con claridad las cláusulas sujetas al examen de oficio.

Si el juez estima el carácter abusivo de una estipulación que determine la cantidad exigible, para el caso de que no se disponga de los elementos necesarios para cuantificar con exactitud la suma por la que deba proceder el despacho, debería requerir con carácter previo a la parte ejecutante para que recalcule, con arreglo a los parámetros que procedan, la cantidad reclamada.

## **II. La exigencia de contradicción en el control de oficio**

### *Propuesta de solución unificada*

Mayoritariamente se considera que el concepto de parte, a efectos del trámite de contradicción previo al control de oficio en trámite de admisión de las demandas de ejecución, sólo la tiene el ejecutante, no el ejecutado, a quien no se le debe dar ese traslado inicial, aunque el criterio no es unánime.

## **III. El control de oficio en el proceso monitorio. La posibilidad de extender el control de oficio a los intereses usurarios**

### *Propuesta de solución unificada*

No resulta posible, con carácter general, proyectar la técnica del control de oficio en trámite de admisión del monitorio, en el trámite previsto en el [art. 815.4 LEC](#), sobre el supuesto carácter usurario de los intereses remuneratorios.

## **IV. Control de oficio en los procesos declarativos: ¿cabe control de oficio en los casos en los que el consumidor actúa como demandante o como reconviniente?**

### *Propuesta de solución unificada*

No resulta admisible pronunciarse de oficio sobre peticiones no realizadas, o sobre cláusulas no cuestionadas en la demanda. Tampoco resultan admisibles pretensiones genéricas del tipo de que se anulen las cláusulas que el tribunal considere que puedan resultar abusivas.

## **V. El control de oficio en el concurso. Hitos procesales para el control de oficio**

### *Propuesta de solución unificada*

En el concurso debe actuarse el control de oficio de cláusulas abusivas, resultando idóneos los siguientes hitos procesales:

- a. En los casos en los que se formulen incidentes de exclusión o inclusión en la masa pasiva de créditos que documentados en contratos que puedan contener cláusulas abusivas ([art. 93 Ley Concursal \(LC\)](#)).
- b. En los casos de ejecuciones separadas de los [art. 56 y 57 LC](#).
- c. En los casos de incidentes concursales de resolución por incumplimiento o en incidentes de reconocimiento de créditos derivados de contratos, en las hipótesis de los [arts. 61 y 62 LC](#).

## **VI. Límites temporales: el momento procesal para actuar el control de oficio. La cosa juzgada**

### **1. Posible limitación temporal para actuar el control de oficio**

#### *Propuesta de solución unificada*

La presencia de límites temporales tras las reformas operadas en la **Ley de Enjuiciamiento Civil**, determina que si el juez no ha examinado de oficio la presencia de cláusulas abusivas en trámite de admisión, o si el ejecutado no plantea la abusividad en el trámite de oposición, y si en tal momento el juez tampoco considera el examen de oficio, ya no resulta posible que el juez declare de oficio la abusividad de cláusulas, pues existió tal posibilidad en los momentos anteriores, en los que el juez ya disponía de todos los elementos de hecho y de derecho.

## **2. La cosa juzgada**

*Propuesta de solución unificada*

No cabe enjuiciar de oficio cláusulas que ya fueron enjuiciadas en un proceso anterior.

## **CLÁUSULA SUELO. CONTROL DE TRANSPARENCIA (7)**

### **I. Juicio de transparencia. Consumidores**

#### **1. Criterios más relevantes a considerar en el caso del consumidor**

**Problema: ¿Existe un criterio especialmente relevante que se deba tomar en consideración para valorar la transparencia de cláusulas atinentes al objeto principal del contrato celebrado con consumidores?**

*Propuesta de solución*

El juicio de transparencia debe permitir la identificación de los términos económicos del acuerdo sobre los que el consumidor, en función de la información que el profesional le proporcionó, quiso realmente consentir, para lo que será especialmente ilustrativa, aunque no decisiva, la importancia y la posición relativa con la que la limitación se presente en los tratos y documentos precontractuales.

#### **2. Conocimiento de la existencia de la cláusula**

**Problema: ¿Es suficiente con acreditar que el consumidor conoció o pudo conocer la existencia de la limitación a la variabilidad del tipo de interés que la cláusula suelo comporta?**

*Propuesta de solución*

No es suficiente con acreditar que el consumidor adherente conoció la existencia de la limitación antes de o en el momento de prestar su consentimiento, si no consta que, además, el profesional le asignó la importancia que realmente tiene en la conformación del acuerdo económico que define el precio, de modo que el consumidor haya podido

comprenderla y elegir en función de esa comprensión. Por eso, el momento en el que el consumidor recibe la información relevante no debe ser tan avanzado que no le sea ya prácticamente posible buscar alternativas de financiación sin renunciar a la compra de la vivienda o incumplir sus compromisos con el vendedor.

### **3. Comprensión por el consumidor del alcance de la cláusula**

**Problema: ¿Qué importancia tienen los factores subjetivos del consumidor adherente en la valoración de la transparencia?**

*Propuesta de solución*

Supuesto el conocimiento de la existencia de la limitación, la intensidad de la información que precise un adherente consumidor con conocimientos sobre el funcionamiento de la cláusula puede ser menor que la generalmente exigible al banco predisponente con respecto al resto de sus clientes, y ello incluye tanto al consumidor "experto" como al consumidor "con experiencia", es decir, el que ha experimentado ya los efectos de una cláusula de esta naturaleza en una operación anterior.

En los casos de acuerdos novatorios de un préstamo anterior que tengan precisamente por objeto la reducción a la baja de la limitación impuesta por una cláusula suelo que accedió al contrato primitivo de forma no transparente, la cláusula resultante de la novación podrá ser combatida partiendo de que la nulidad de la cláusula abusiva es absoluta, apreciable de oficio y no susceptible de subsanación, bien entendido que, en general, el control de transparencia de cláusulas incorporadas al contrato con ocasión de una novación no presenta especialidades.

## **II. Juicio de transparencia en contratos celebrados con no consumidores**

**Problema: ¿Es posible alcanzar conclusiones semejantes en contratos con no consumidores a partir de la transparencia formal que es presupuesto de la válida incorporación de condiciones generales?**

*Propuesta de solución*

En contratos celebrados entre un profesional y un adherente no consumidor no cabe el control de transparencia cualificado que es propio del de abusividad y se fundamenta en el [artículo 4 de la Directiva](#). Supuesta la válida incorporación de la cláusula suelo, solo en casos muy excepcionales la técnica de identificación y exclusión de cláusulas sorprendentes permitirá invalidarla en contratos de préstamo celebrados con empresarios o profesionales.

## **III. El juicio de transparencia en el caso de subrogaciones en un crédito anterior**

## **1. Subrogación del comprador en el préstamo hipotecario cuando ya ha sido previamente consentida por el banco en el préstamo promotor**

**Problema:** ¿Está eximido del deber de información que asegure la comprensibilidad de la cláusula el banco que financió la promoción y consintió anticipadamente la subrogación de cualquier adherente, por ejemplo, la de cualquier cooperativista en el préstamo promotor concedido a la cooperativa?

### *Propuesta de solución*

El hecho de que el banco, en el contrato de préstamo celebrado con el promotor de una edificación, haya prestado su consentimiento anticipado e incondicional a la subrogación en la parte del préstamo hipotecario que corresponda a cada vivienda que se transmita a los futuros adquirentes, no neutraliza el derecho de los compradores que no hayan negociado con el banco a cuestionar la validez, por falta de transparencia, de la cláusula suelo que el contrato de préstamo pueda incluir.

## **2. Subrogación de un nuevo acreedor en el lugar del primitivo**

**Problema:** ¿Debe ser diferente la valoración de la transparencia en el caso de que el prestatario subrogue a otro banco en la posición de acreedor?

### *Propuesta de solución*

En el caso de subrogación de un nuevo acreedor en el lugar del primitivo, promovida por el consumidor al amparo de la [Ley 2/1994](#), subsisten con el mismo alcance los deberes de información que incumben al nuevo acreedor, sin perjuicio de la valoración que merezca el supuesto concreto de estar motivada la subrogación por la intención principal o única de reducir el suelo del préstamo primitivo.

## **IV. Condena en costas**

### **1. Criterios de aplicación (STS 4 de julio de 2017)**

**Problema:** ¿Cuáles son los límites de la doctrina jurisprudencial que proyecta el principio de efectividad de la directiva sobre el pronunciamiento sobre costas?

### *Propuesta de solución*

La doctrina jurisprudencial antes referida limita su aplicación a la regla del vencimiento y sus excepciones, pero no altera la norma conforme a la cual en el caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación o casación interpuesto por un consumidor no se condenará en las costas del recurso a ninguno de los litigantes.

### **2. Allanamiento**

**Problema: ¿Cualquier requerimiento extrajudicial dirigido al banco impone a éste las obligaciones de actuación que resultan del RD Ley 1/2017?**

*Propuesta de solución*

Cualquier forma de requerimiento extrajudicial es hábil para que se considere realizado el de devolución de las cantidades derivadas de la incorrecta aplicación de la cláusula suelo. Por lo tanto, cualquier requerimiento extrajudicial se entenderá que se ajusta al requisito de reclamación del RDL 1/2017.

**V. Sobre la necesidad de determinar la cantidad a devolver en el escrito de demanda. Efectos: ¿devolución o/y recálculo?**

**Problema: ¿La pretensión restitutoria del prestamista y la condena que se imponga al banco implican en todo caso el recálculo de la cuota correspondiente a los periodos de interés en los que rigió la cláusula suelo?**

*Propuesta de solución*

La pretensión restitutoria del consumidor con efecto de la estimación de la nulidad de la cláusula suelo se debe regir por la exigencia general del artículo 219.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Las operaciones aritméticas mediante las que se cuantifique exactamente el importe de lo reclamado o se haya de efectuar la liquidación en ejecución de sentencia habrán de respetar el sistema de amortización pactado.

**VI. La renuncia del consumidor al ejercicio de acciones como consecuencia de una negociación anterior plasmada en documento privado**

**1. Renuncia y novación modificativa**

**Problema. ¿Es eficaz la renuncia del consumidor a pretender judicialmente la nulidad de una cláusula suelo que accedió al contrato de forma no transparente?**

*Propuesta de solución*

Son ineficaces frente a la acción de nulidad por falta de transparencia las renunciaciones ligadas a novaciones modificativas del contrato de préstamo mediante las que se trate únicamente de preservar o moderar una cláusula suelo que accedió al contrato de forma no transparente.

**2. Transacción sobre la acción de nulidad por falta de transparencia**

**Problema: ¿Puede ser la controversia sobre la nulidad de la cláusula suelo y sus efectos materia de transacción?**

*Propuesta de solución*

Se han de diferenciar adecuadamente los casos de novación modificativa de los contratos transaccionales mediante los cuales el banco predisponente y sus clientes consumidores puedan evitar o poner fin a un litigio sobre la validez de la cláusula suelo y sus efectos (STS 11 de abril de 2018).

## **CLÁUSULA DE REPERCUSIÓN DE GASTOS Y TRIBUTOS EN LAS ESCRITURAS DE PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA (8)**

### **I. Nulidad de la cláusula de repercusión/imputación de gastos a la parte prestataria en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria**

**Problema:** ¿Cuándo procede la declaración de nulidad de la cláusula de repercusión de gastos?

*Propuesta de solución*

Examen particularizado en cada caso de la cláusula de imposición de gastos al consumidor a fin de determinar su eventual declaración de nulidad por abusividad por indeterminación del objeto conforme a los parámetros legales y jurisprudenciales que se vienen aplicando.

### **II. Gastos de notaría y registro: activación de la intervención notarial y registral**

**Problema:** No lo es tanto la eventual declaración de nulidad de la cláusula que repercute al prestatario la totalidad de tales gastos, sino los efectos de la declaración de nulidad en orden a quién debe soportar las consecuencias derivadas de la activación de la intervención de los profesionales.

*Propuesta de solución*

Ante la dificultad de determinar en cada caso quién ha activado la actuación notarial, situado el debate en la eventual repercusión de los gastos (al que se anuda, en muchos casos, la falta de especificación en las minutas notariales y registrales) parece haber unanimidad en que los gastos derivados de la inscripción registral corresponden al acreedor hipotecario (por razón del interés derivado del carácter constitutivo de la inscripción de la garantía).

En lo que concierne a los gastos de notaría, la posición mayoritaria se decanta por distribuir los gastos por mitad en lo que no sea claramente imputable a una u otra parte.

### **III. Gastos de gestor**

**Problema:** Determinación del efecto de la nulidad. ¿Quién debe asumir el coste de la gestoría ante la falta de normativa específica de atribución del gasto?

#### *Propuesta de solución*

La distribución por mitad en todos aquellos casos en que la actuación de la gestoría lo haya sido en beneficio de ambas partes contratantes.

### **IV. Impuestos**

**Problema: Declarada la nulidad de la cláusula, a la hora de la determinación de los efectos, ¿quién debe soportar su abono?**

#### **1. Transmisiones patrimoniales y actos jurídicos**

##### *Propuesta de solución*

Adoptar el criterio expresado por el Tribunal Supremo en [Sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15/03](#).

#### **2. ITP y AJD en caso de afianzamiento**

##### *Propuesta de solución*

Repercusión al acreedor afianzado por ser el sujeto pasivo del impuesto ([SAP Valencia 25/10/2017](#)).

### **V. Seguro asociado al préstamo**

**Problema: ¿Es desproporcionada o abusiva la atribución al consumidor de los gastos de contratación del seguro de daños?**

##### *Propuesta de solución*

Partiendo, ab initio, de la validez de la cláusula, examinar en cada caso concreto si el pacto va más allá del contenido examinado por el Tribunal Supremo, como acontece en el caso examinado por la [SAP Pontevedra de 14/05/2014](#).

### **VI. Gastos judiciales y extrajudiciales**

**Problema: Atribución al prestatario de todos los gastos judiciales y extrajudiciales, comprendiendo honorarios de abogado y procurador, aun cuando no fueran preceptivos.**

##### *Propuesta de solución*

No existiendo duda aparente sobre la nulidad por abusividad de la cláusula impositiva de tales gastos se apunta seguir el criterio fijado por el Tribunal Supremo en la [Sentencia de 23 de diciembre de 2015](#).

### **VII. Gastos varios**

**Problema: Determinar la repercusión de otros gastos incluidos en la cláusula de repercusión al prestatario, alegados con igual o menor frecuencia que los examinados hasta el momento.**

#### **1. Tasación**

*Propuesta de solución*

Distribución del importe de la tasación entre ambas partes contratantes.

**2. Gastos de correo**

*Propuesta de solución*

La imposición de todos los gastos de correo al prestatario es abusiva [SAP (4.ª) Asturias 29/11/2017].

**VIII. Criterios de distribución de los gastos**

**Problema:** ¿Constituye la distribución entre las partes una moderación de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de repercusión de gastos declarada abusiva? ¿La determinación de porcentajes es contraria a los criterios del TJUE?

*Propuesta de solución*

Nos remitimos a lo ya indicado en cada uno de los apartados reseñados anteriormente (notaría, registro, gestoría, tasación y otros gastos).

**1. Devengo de intereses**

*Propuesta de solución*

Estar a la petición concreta que sobre los intereses se contenga en el escrito de demanda. Si no hay petición, consecuencia *ex lege*.

**2. Particularidad relativa a las escrituras de compraventa con subrogación en préstamo hipotecario que ya gravaba el inmueble objeto de garantía**

*Propuesta de solución*

Hay que distinguir los supuestos: 1) Si solo se trata de compraventa con subrogación, queda al margen la entidad acreedora. 2) Si hubiera además novación del préstamo con ampliación de capital y de la responsabilidad hipotecaria, estaríamos a los criterios indicados hasta el momento diferenciando los conceptos que corresponden a cada operación.

**OTRAS CLÁUSULAS (9)**

**I. Cláusula de intereses moratorios**

*Propuesta de solución*

Los criterios comunes que se proponen:

- a. Acordar la nulidad de cláusulas con penalidad superior a 2 puntos respecto del interés remuneratorio, tanto en préstamos con garantía hipotecaria como en el resto.
- b. Efectos: la nulidad de la cláusula de interés moratorio produce la consecuencia de que se deje de aplicar la penalidad y se aplique el interés remuneratorio.
- c. Anatocismo: validez del pacto siempre que el consumidor haya sido informado de su existencia.

## **II. Cláusula de vencimiento anticipado**

### *Propuesta de solución*

1. Nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado por impagos generales que no sean trascendentes.
2. Efectos: La nulidad no resulta incompatible con la posibilidad de dar por resuelto el contrato anticipadamente cuando el incumplimiento pueda considerarse sustancial por el número de impagos (y su reiteración).
3. La regla general debe ser suspensión del juicio declarativo o del ejecutivo.

## **III. Fianza y aval**

### *Propuesta de solución*

A la vista de la jurisprudencia tanto del TJUE como del TS, no hay ningún problema en poder distinguir, a los efectos de aplicar la normativa de consumidores, entre el deudor principal no consumidor y el fiador consumidor.

Respecto de la identificación del vínculo funcional del fiador con el deudor principal, el TJUE lo circunscribe a la vinculación del avalista con la empresa avalada, el TS, sin embargo, extiende ese vínculo funcional a la relación familiar del avalista con el administrador o socio de la empresa.

Respecto de la posible nulidad por abusiva de la cláusula de renuncia al beneficio de excusión y solidaridad del fiador, no hay resoluciones suficientes como para poder determinar un criterio común. En función de cada caso concreto los tribunales han decidido si anulaban o no, aplicando de manera directa o indirecta el criterio del control de transparencia, partiendo de la información precontractual recibida por el fiador.

En materia de fianza, en concreto se propone:

1. Imposibilidad de apreciar la nulidad de la fianza como si fuera una condición general, carácter que no tiene, ya que integra un verdadero contrato, siquiera que accesorio.

2. Posibilidad de anular condiciones generales del contrato de fianza, si bien no consideramos nulas las cláusulas relativas a la renuncia al beneficio de excusión y la relativa al carácter solidario de la fianza.
3. Posibilidad de que el fiador pueda solicitar la nulidad de cláusulas del contrato de préstamo siempre que ostente la condición de consumidor y las cláusulas cuestionadas le afecten.

#### **IV. Otras cláusulas analizadas, sin establecer conclusiones precisas**

1. Cláusula por la que se calculan los intereses remuneratorios como referencia 360 días en vez del año natural.
2. Retracto de créditos litigiosos en caso de cesión.
3. Cláusula que prohíbe al prestatario arrendar el inmueble sobre el que se constituye la hipoteca.
4. Cláusula de tasación de la finca a efectos de subasta incorporada a una escritura de préstamo hipotecario.
5. Cláusula que permite el vencimiento anticipado del préstamo si la finca pierde más de un 20 % de su valor.
6. Cláusula de vencimiento anticipado del préstamo por no haberse podido inscribir la hipoteca.
7. Cláusula de compensación, por la que el prestamista puede aplicar cualquier saldo de cualquier cuenta abierta por el deudor al pago de las cuotas vencidas.
8. Cláusula de obligación de comunicar al prestamista cualquier obra o instalación que afecte al valor del inmueble.
9. Cláusula de apoderamiento irrevocable y cesión del apoderamiento irrevocable.
10. Cláusula de imposición al hipotecante del deber de conservación de la finca en correcto estado, obligación de actuación diligente del hipotecante.
11. Cláusula de imposición al hipotecante del deber de constituir un seguro de incendios o cualquier otro destinado a mantener el valor del inmueble.
12. Cláusula general en un contrato concertado con un consumidor, en el que se habilita al acreedor hipotecario para acudir a la ejecución extrajudicial del [artículo 129 LH](#) en caso de vencimiento anticipado.
13. Cláusula de destino del dinero prestado a la compra de la vivienda hipotecada y obligación de no variar el destino del inmueble sin autorización expresa del prestamista.
14. Cláusula de contratación telefónica de productos financieros.
15. Cláusula de liquidez, por la que se habilita al prestamista puede certificar unilateralmente el alcance de la deuda reclamada.

16. Cláusula por la que la entidad prestamista que, a su vez, facilita al consumidor una tarjeta de crédito, queda ajeno a las incidencias y responsabilidades derivadas de las operaciones hechas con la tarjeta.

17. La [STS de 16/12/2009](#) analiza también el conjunto de cláusulas que afectan a la exención de responsabilidades por uso indebido de las tarjetas de crédito vinculadas al préstamo hipotecario.

## PRÉSTAMO MULTIDIVISA E IRPH (10)

### I. Cláusula multidivisa

#### 1. Naturaleza del producto y forma en que debe analizarse la nulidad. Falta de transparencia o vicio de consentimiento

##### *Propuesta de solución*

La [Sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto C-312/14](#), declara que el préstamo multidivisa no constituye un servicio o una actividad de inversión sujeto a la normativa, por lo que debe analizarse la nulidad de las cláusulas multidivisa con arreglo a la [Ley de Condiciones Generales de la Contratación](#) y en atención a su posible carácter abusivo de acuerdo con el [RLGDCU](#).

#### 2. Cláusula multidivisa, como elemento esencial del contrato. Alcance del control de transparencia

##### *Propuesta de solución*

Tanto la [Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017 \(caso Andriuciu\)](#), como la [STS de 15 de noviembre de 2017](#) concluyen que el clausulado multidivisa integra el objeto principal del contrato. Por afectar al objeto principal del contrato, queda excluida la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas multidivisa "siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible" ([artículo 4.2.º de la Directiva 93/13](#)). La exigencia de transparencia no puede reducirse sólo al carácter comprensible de las cláusulas en un plano formal y gramatical, sino el nivel de información debe entenderse de manera extensiva, que permita al consumidor alcanzar un conocimiento real de las mismas y comprender todas sus consecuencias económicas y jurídicas.

Sobre el alcance de la información que deben proporcionar las instituciones financieras, el TS y el TJUE se pronuncian en parecidos términos. Deben proporcionar información al consumidor sobre los riesgos derivados del tipo de cambio y de la incidencia, tanto en la cuota como en el capital pendiente de devolución, de la fluctuación de las divisas. La intervención del Notario no supe por sí solo el cumplimiento del deber de transparencia

y el hecho de que el contrato permita cambiar de divisa no excluye el riesgo derivado de la fluctuación.

### **3. Carácter abusivo de la cláusula multdivisa. Momento en que debe analizarse el carácter abusivo de la cláusula multdivisa no transparente. Contenido del juicio de abusividad**

#### *Propuesta de solución*

Si el profesional cumple con el deber de transparencia, esto es, si la cláusula es clara y comprensible, queda excluida la abusividad, que no puede ser apreciada por referirse a un elemento esencial del contrato.

La falta de transparencia no produce como efecto directo la nulidad sino que posibilita la apreciación del carácter abusivo de la cláusula, esto es, la falta de transparencia es el punto de partido del control de abusividad entendido en el sentido del [artículo 3.1.º de la Directiva](#) y [artículo 82 de la LGDCU](#).

*Momento del juicio de abusividad.* Para valorar el carácter abusivo de la cláusula no transparente hay que estar a las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato. No puede depender de acontecimientos posteriores, como pudiera ser las variaciones del tipo de cambio.

*Contenido del juicio de abusividad.* Para apreciar el carácter abusivo de la cláusula multdivisa no basta con constatar que la entidad crédito ha incumplido el deber de informar sobre los riesgos de la operación en los términos que hemos reseñado al analizar el control de transparencia, sino que es necesario un plus de reproche o deslealtad en la actuación de profesional. El examen de la buena o mala fe de la entidad de crédito exige tomar en consideración "todas las circunstancias del litigio" y, en especial, "la experiencia y los conocimientos del profesional en lo que respecta a las variaciones de los tipos de cambio y a los riesgos inherentes a la suscripción" de este tipo de contratos. A partir de ello, habrá que determinar si el consumidor conformó de forma adecuada su voluntad y aceptó todos los riesgos (juicio de relevancia). Tomando en consideración aquellas circunstancias del litigio, la Sentencia del TJUE se refiere a ese juicio de relevancia en estos términos: "para saber si una cláusula como la controvertida en el litigio principal causa en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el juez nacional debe verificar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual" (apartado 57).

Como *circunstancias relevantes* para valorar la buena fe del profesional y el desequilibrio, podemos señalar las siguientes:

- La Sentencia del TJUE prioriza la experiencia y los conocimientos de la entidad de crédito en lo que respecta a las variaciones del tipo de interés. Es el único elemento que con claridad toma en consideración el Abogado General y el único concreto que menciona la STJUE, que añade, además, como elementos a valorar, a otras circunstancias del litigio (cláusula abierta). Podrá tenerse en cuenta, a este respecto, informes sobre la evolución de tipos de cambio que se hubieran hecho públicos o que pudieran estar a disposición del profesional. También puede ser un indicio relevante la evolución de la divisa en los meses inmediatamente anteriores y posteriores a la celebración del contrato.
- El perfil del consumidor, esto es, su formación en general y la financiera en particular; si está previamente informado sobre esta modalidad de préstamo; la moneda en la que percibe su salario y, más en general, si está acostumbrado a negociar o a utilizar divisas extranjeras.
- La iniciativa a la hora de suscribir el contrato. La iniciativa es relevante, dado que si es el consumidor quien solicita el préstamo en una divisa distinta al euro cabe presumir que dispone de conocimientos sobre ese tipo de préstamos y que la entidad de crédito no ha sido desleal al contratar aquello que se le ha solicitado. La iniciativa del consumidor favorece la transparencia y puede excluir por sí sola la mala fe del banco.
- El nivel de ingresos del consumidor y la repercusión que sobre ellos puede conllevar una alteración sustancial en el importe de las cuotas como consecuencia de la evolución del tipo de cambio.
- Las razones que pueden haber llevado al consumidor a suscribir un préstamo multidivisa, como puede ser su pertenencia a colectivos que han firmado acuerdos con entidades financieras.
- El grado de información sobre los riesgos inherentes al producto proporcionada al consumidor en el momento de contratar. La falta absoluta de información, en atención a las particulares circunstancias del consumidor (supuesto de la [Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017](#) de un prestatario que percibe su salario en euros, que destina el préstamo a cancelar préstamos anteriores y, en definitiva, que se encuentra en una situación económica difícil que le aboca a una ejecución hipotecaria), puede determinar por sí sola el carácter abusivo de las cláusulas multidivisa.

La carga de la prueba de estas circunstancias especiales le corresponde al predisponente.

#### **4. Efectos de la nulidad de la cláusula multidivisa**

### *Propuesta de solución*

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2015 establece como efecto la nulidad parcial del contrato, lo que implica la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros (apartado 53 del fundamento octavo). La nulidad del contrato perjudicaría al consumidor, que se vería obligado a restituir la totalidad del capital pendiente de amortizar. Por ello se sustituye la cláusula abusiva por un régimen previsto en el propio contrato (la posibilidad de que el capital esté denominado en euros). Como consecuencia de la nulidad parcial habrá que recalcular el importe de las cuotas como si el préstamo se hubiera concedido en euros y la entidad de crédito deberá restituir la diferencia entre la suma resultante y la cantidad efectivamente abonada por el consumidor.

## **II. IRPH**

### **1. Control judicial del IRPH. Carácter manipulable del índice de referencia**

#### *Propuesta de solución*

Las principales cuestiones que se han suscitado en relación con el IRPH han sido resueltas por la [Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017](#), a cuyas consideraciones estaremos. Por tratarse de un índice definido y regulado legalmente, la citada Sentencia descarta que los tribunales del orden civil puedan controlar un índice de referencia como el IRPH, cuya fiscalización corresponde a los órganos reguladores de la administración pública. La Sentencia cita al efecto el [artículo 4 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación](#), que excluye de su ámbito de aplicación las condiciones generales que reflejen disposiciones legales o administrativas, al igual que hace el [artículo 1.2.º de la Directiva 93/2013](#).

### **2. Alcance del control de transparencia**

#### *Propuesta de solución*

De acuerdo con el Tribunal Supremo, sólo puede controlarse que la condición general de la contratación por la que se incluye en un contrato con consumidores esa disposición o previsión legal (el índice de referencia) esté redactada de un modo claro y comprensible. Dado que el interés remuneratorio es el precio del contrato de préstamo, las cláusulas que lo define afectan a elementos esenciales del contrato que determinan su objeto principal. Por ello el Tribunal Supremo reitera su doctrina sobre el control de transparencia de las cláusulas que afectan elementos esenciales del contrato. Habrá que analizar si el consumidor era consciente, porque había sido informado, de que esa cláusula configuraba un elemento esencial, así como la manera en que se calculaba el interés variable, lo que la Sentencia presupone del carácter esencial de la cláusula

(apartado 8 del fundamento sexto). La Sentencia añade las siguientes consideraciones sobre el alcance del control de transparencia:

1. Descarta que el control de transparencia obligue a la entidad de crédito a informar sobre cómo se configura el tipo de referencia, dado que su elaboración estaba bajo la supervisión del Banco de España.
2. Tampoco se puede obligar a la entidad financiera a utilizar u ofrecer varios de los índices oficiales. La transparencia en la contratación mediante condiciones generales no exige que el predisponente tenga una oferta más o menos amplia.
3. No es relevante, a estos efectos, que otros índices de referencia, como el Euríbor haya tenido un comportamiento más favorable para el consumidor que el IRPH, dado que el momento al que debe referirse el control es el de la celebración del contrato.
4. La transparencia no exige que la entidad prestamista informe al cliente sobre el comportamiento futuro del IRPH, lo que por definición es imposible. Tampoco es posible deducir que el IRPH se ofreció por qué se conocía que iba a tener un comportamiento más favorable para el prestamista que el Euríbor.

### **3. Carácter abusivo del tipo fijo resultante, según contrato, tras la desaparición del IRPH cajas y el IRPH bancos**

#### *Propuesta de solución*

La [disposición adicional 15.<sup>a</sup> de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores](#), dispuso la desaparición, con efectos del 1 de noviembre de 2013, del IRPH Cajas y del IRPH Bancos, ordenando la aplicación al contrato del índice de referencia sustitutivo, si existiera y no se viera afectado por la desaparición, y, en caso contrario, la aplicación del índice de referencia previsto en la misma Ley. Se estima que la interpretación correcta de la [disposición adicional 15.<sup>a</sup>](#) determina que si el contrato no contiene un índice de referencia que subsista tras la desaparición de las distintas modalidades de IRPH (como el Euríbor), habrá que aplicar el índice de referencia que crea la Ley de Emprendedores, manteniéndose el préstamo a interés variable, antes que aplicar el tipo que se hubiera venido aplicando a partir de la última revisión y que implicaría la conversión del préstamo a tipo fijo. Por tanto, de acuerdo con esa interpretación, no se suscita ningún problema de abusividad.

---

## **Notas**

- (1) Ángel Galgo Peco. Magistrado.
- (2) Juan Francisco Garnica Martín. Magistrado.
- (3) Nuria Auxiliadora Orellana Cano. Magistrada.
- (4) Alberto Arribas Hernández. Magistrado.
- (5) Francisco de Borja Villena Cortés. Magistrado.
- (6) Jacinto José Pérez Benítez. Magistrado.
- (7) Pablo Sócrates González-Carreró Fojón. Magistrado.
- (8) Purificación Martorell Zulueta. Magistrada.
- (9) José María Fernández Seijo. Magistrado.
- (10) José María Ribelles Arellano. Magistrado.

## Información sobre el artículo

---

**Título del artículo:** "Vademécum sobre condiciones generales de contratación"

Incluido en el número monográfico sobre *Condiciones generales de contratación* de Cuadernos Digitales de Formación 4 - 2018 (Directores: Ángel Galgo Peco y Juan Francisco Garnica Martín)

**DOI:**

**Editor:** Consejo General del Poder Judicial (Madrid)

**Fecha de publicación:** 2018

Copyright 2018, Consejo General del Poder Judicial

License: