

Mireia GONZÁLEZ BOSCH

CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACIÓN
BANCARIA

*Trabajo Fin de Carrera
dirigido por
Adolfo LUCAS ESTEVE*

Universidad Abat Oliba CEU
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES
Licenciatura en Derecho

2011

Un banco es un sitio en el que le prestan un paraguas cuando hace buen tiempo y le piden que lo devuelva en cuanto empieza a llover.

ROBERT FROST

Resumen

El presente Trabajo Final de Carrera pretende llevar a cabo un estudio sobre las cláusulas más habituales en la contratación bancaria. La realidad socio-económica nos demuestra que la mayor parte de los contratos de este sector, se celebran a través de unas condiciones uniformes y predispuestas que, en numerosas ocasiones, sitúan en una posición de inferioridad a los clientes bancarios. En especial, se analizan algunas de las cláusulas más relevantes de la contratación bancaria, como son el vencimiento anticipado o las cláusulas sobre intereses. Para analizar las peculiaridades de este tipo de cláusulas, nos centraremos en la normativa sobre consumidores y usuarios, investigando a través de la doctrina y la jurisprudencia cuál es el tratamiento que merecen, de forma que se garantice una adecuada protección de los usuarios bancarios.

Resum

El present Treball de Fi de Carrera pretén dur a terme un estudi sobre les clàusules més habituals en la contractació bancària. La realitat socioeconòmica ens mostra que la majoria del contractes d'aquest sector, es celebren mitjançant unes condicions uniformes i predisposades que, en nombroses ocasions, situen en una posició d'inferioritat als clients bancaris. Concretament, s'analitzen algunes de les clàusules més rellevants de la contractació bancària, com són les clàusules de venciment anticipat o les clàusules sobre interessos. Per analitzar les peculiaritats d'aquest tipus de clàusules, ens centrarem en la normativa sobre consumidors i usuaris, investigant a través de la doctrina i la jurisprudència quin és el tractament que mereixen, de forma que es garanteixi una adequada protecció dels usuaris bancaris.

Abstract

This Ending Degree Project, has as objective to present a study about the most habitual clauses in contracts presented by banks. The social-economical reality shows us that, the majority of the contracts in this particular sector are created with standardized and prejudiced conditions that, in numerous occasions, locate the clients of these banks in an inferior position. Especially, we analyze a few of the most relevant clauses of contracts within the banking system, such as the anticipated expiration date or the

clauses concerning the interests. To analyze the peculiarities of these specific type of contracts, we will focus ourselves on the norms about consumers and users, through investigation of the basic principles and the body of law which would be the particular treatment they deserve, that would guarantee an adequate protection of formerly mentioned clients.

Palabras claves

Libertad contractual – Condiciones generales de la contratación – Consumidores y usuarios – Cláusulas abusivas – Contratación bancaria – Jurisprudencia – Equilibrio de prestaciones – Buena fe

Sumario

Introducción.....	9
I.- CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	11
1. Contratos bancarios.....	11
1.1 Concepto y características.....	12
1.2 Las partes contratantes.....	12
1.3 Elementos formales y requisitos de información.....	13
1.4 Normativa aplicable a los contratos bancarios.....	13
2. Condiciones generales de la contratación y el principio de libertad contractual...	14
3. Normativa general aplicable a las condiciones generales de la contratación y a las cláusulas abusivas.....	17
3.1 La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984.....	17
3.2 La Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.....	17
3.3 La Ley de Condiciones Generales de la Contratación.....	18
3.3.1 Ámbito objetivo.....	18
3.3.2 Ámbito subjetivo	20
3.4 El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.....	21
3.5 Normativa de consumidores vs. normativa de los contratos bancarios	22
4. Requisitos de las condiciones generales de la contratación.....	23
4.1 Requisitos de inclusión.....	23
4.1.1 Los requisitos de incorporación, la forma y las circunstancias de celebración del contrato.....	24
4.1.1.1 Contratos celebrados por escrito.....	23
4.1.1.2 Contratos que no requieren de forma escrita.....	25
4.1.1.3 Contratos celebrados telefónica o electrónicamente.....	25
4.1.2 El requisito de transparencia.....	26
4.2 Requisitos de interpretación	27
4.2.1 Criterio de prevalencia y condición más beneficiosa.....	28
4.2.2 Criterio de interpretación más favorable al adherente.....	29
4.2.3 Las disposiciones del CC sobre la interpretación de los contratos.....	29
4.3 Consecuencias negociales.....	30
5. Cláusulas abusivas.....	31
5.1 Instrumentos de control de abusividad.....	31
5.1.1 Cláusulas abusivas establecidas por el legislador.....	31
5.1.2 Control de contenido	33
5.2 Caracteres de las cláusulas abusivas.....	35
5.3 Criterios básicos para apreciar el carácter abusivo de una cláusula.....	36
	38
II.- ANÁLISIS PARTICULAR DE DETERMINADAS CLÁUSULAS BANCARIAS.....	
1. Cláusulas de vencimiento anticipado.....	38
1.1 Vencimiento anticipado cuando se produzca el impago de una sola cuota del préstamo.....	40

1.2 Resolución anticipada del préstamo por incumplimiento de prestaciones accesorias.....	41
1.3 Resolución anticipada del préstamo por imposibilidad de inscribir la garantía hipotecaria en el Registro.....	43
1.4 Vencimiento anticipado cuando se produzca el embargo de bienes del prestatario o resulte disminuida la solvencia por cualquier causa.....	44
2. Cláusulas de exoneración de responsabilidad.....	45
2.1 Exoneración de responsabilidad por el uso inautorizado de los instrumentos de pago debido a su pérdida o sustracción.....	45
2.1.1 Obligaciones de los usuarios.....	46
2.1.2 Obligaciones de los proveedores.....	50
2.1.3 El uso indebido del número de identificación personal (PIN).....	51
2.1.4 Carácter abusivo.....	52
2.2 Exoneración de responsabilidad por el comportamiento de los proveedores de bienes o servicios.....	53
3. Repercusión sobre el consumidor de fallos, defectos o errores administrativos.....	54
4. Imposición de garantías desproporcionadas.....	55
4.1 Cláusulas que imponen garantías desproporcionadas al riesgo asumido.....	56
4.1.1 Cláusulas de Cuenta Única.....	56
4.1.2 La emisión de pagarés en blanco.....	58
4.2 Cláusulas que invierten la carga de la prueba.....	59
5. Cláusulas sobre intereses.....	59
5.1 Cláusulas suelo.....	60
5.1.1 Carácter de las cláusulas suelo.....	61
5.1.2 Carácter abusivo de las cláusulas suelo por falta de reciprocidad en las prestaciones de las partes.....	63
5.1.3 Carácter abusivo de las cláusulas suelo por no estar redactadas de una forma clara y comprensible	63
5.2 Intereses moratorios.....	65
6. Cláusulas sobre comisiones.....	67
Conclusiones.....	68
Abreviaturas.....	74
Bibliografía.....	75

Introducción

El presente Trabajo Final de Carrera, titulado las cláusulas abusivas en la contratación bancaria, pretende analizar la licitud de las cláusulas contenidas en los contratos bancarios celebrados mediante condiciones generales de la contratación. El análisis pretendido obliga, pues, a profundizar en los argumentos aportados por la doctrina y la jurisprudencia, con la finalidad de establecer unas premisas que permitan garantizar la protección de los consumidores y usuarios.

El interés que me ha suscitado, y por el cuál he decidido escoger el presente tema, está motivado por la trascendencia y la complejidad que presenta el entramado de las relaciones comerciales, en especial, cuando intervienen consumidores y usuarios. La creciente importancia que ha ido ganando el principio de protección de los consumidores y usuarios, y la actual crisis económica, ha desembocado en un incremento del número de casos en los que se confrontan los intereses de las partes contratantes. Concretamente, uno de los sectores donde esta situación se ha manifestado con mayor fuerza, ha sido el sector bancario. Fue determinante la lectura de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009, dictada en casación en un procedimiento promovido por la OCU contra diversas entidades financieras, y en la que se examinaron la licitud de numerosas cláusulas insertas en los contratos bancarios.

Hoy en día, la contratación ha adquirido una importancia inimaginable en muchos ámbitos de la vida humana. Concretamente, en un momento u otro, todos llegamos a ser consumidores de servicios bancarios. Este sector se caracteriza por su gran magnitud y complejidad, pero también es conocido por sus usuarios como una trama de avisos publicitarios engañosos, falta de información y cláusulas abusivas. En base a lo expuesto, este trabajo analizará una serie de cláusulas que son habituales en la contratación bancaria, con la intención de determinar su carácter abusivo y ver si causan un desequilibrio entre las partes contratantes.

Se ha decidido estructurar el presente Trabajo Final de Carrera en dos bloques, uno teórico, y otro práctico-casuístico. La primera parte realiza un estudio del marco que envuelve los contratos celebrados mediante condiciones generales. En el primer epígrafe, se realiza una introducción al concepto de contrato bancario, a las peculiaridades que rodean este tipo de contrato y a su normativa concreta. En el segundo epígrafe, introducimos la definición de condiciones generales de la

contratación, y la relacionamos con el principio de libertad contractual, a efectos de ver las incidencias que éstas tienen sobre la voluntad de los contratantes. En el tercer epígrafe, conoceremos la normativa aplicable sobre condiciones generales y cláusulas abusivas. En el cuarto epígrafe, veremos cuáles son los requisitos que deben cumplir las condiciones generales de la contratación, a efectos de determinar si pasarán a formar parte del contenido contractual. De este modo, estudiaremos los requisitos de inclusión, las reglas de interpretación de las condiciones generales, y las consecuencias del incumplimiento de estos requisitos. Finalmente, en el quinto epígrafe, introduciremos el concepto de cláusulas abusivas, los instrumentos que nos servirán para analizar el carácter de este tipo de cláusulas, los requisitos comunes a todas ellas y los criterios que deberán seguirse para calificar a una cláusula como abusiva.

En la segunda parte, procederemos al análisis particular de algunas de las cláusulas bancarias más habituales en la actualidad. De esta forma, analizaremos algunas de las cláusulas que facultan a resolver de manera anticipada los contratos de préstamo. Seguiremos con las cláusulas relativas a la exoneración de responsabilidad de la entidad de crédito, ya sea en caso de pérdida o sustracción de la tarjeta de crédito no imputable al consumidor, así como por aquellos fallos que pudieran producirse en las relaciones con establecimientos de bienes y servicios. También exoneran de responsabilidad a la entidad, las cláusulas sobre los fallos o averías que pudieran producirse en los mecanismos de pago facilitados por la entidad. Por otro lado, analizaremos el carácter de una serie de cláusulas que se presumen desproporcionadas al riesgo asumido. Y finalmente, examinaremos la licitud de algunas de las cláusulas sobre comisiones e intereses.

I.- CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS BANCARIOS

1. Contratos bancarios

1.1 Concepto y características

Existen numerosas definiciones de contrato bancario en función del ámbito negocial en el que nos encontremos. En nuestro caso, adoptaremos una definición sencilla que nos servirá de base en el desarrollo de nuestro trabajo.

En primer lugar, hay que diferenciar las expresiones operación bancaria y contrato bancario. GARRIGUES¹ entiende por operación bancaria la relación real de la vida social entablada entre cualquier persona y una entidad crediticia, relación nacida para satisfacer dos intereses socio-económicos (y privados) simbióticos: para la entidad crediticia, la obtención del beneficio mediante la prestación de un servicio y, para su cliente, la necesidad particular (de financiación, de inversión, de custodia...) satisfecha con tal servicio.

El contrato bancario es "todo acuerdo de voluntades tendente a crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas incardinadas dentro de la actividad de intermediación crediticia indirecta típica de los bancos (relaciones jurídicas bancarias)"². Por tanto, el contrato bancario es el negocio que despliega los efectos de la relación jurídica bancaria, mientras que la operación bancaria es aquella relación jurídica que se inserta dentro de la actividad bancaria.

La mayoría de los contratos bancarios tienen unas características en común³: a) La mayor parte de la doctrina considera que son contratos mercantiles; b) Son contratos atípicos, en los que la autonomía de la voluntad y los usos juegan un papel importante; c) Son consensuales (a excepción del depósito y el préstamo bancario), onerosos, bilaterales (excepto el préstamo) y conmutativos; d) La mayoría son contratos de adhesión que se concertan utilizando condiciones generales predispuestas por las

¹ GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, Madrid: Imp. Aguirre, 1975, pp. 25, ss.

² JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., *Derecho mercantil 2 vol.2*, Barcelona: Editorial Ariel S.A, 2009, p. 476.

³ BONET SÁNCHEZ, J., en NIETO CAROL, U., *Contratos bancarios y Parabancarios*, Valladolid: Lex Nova, 1998, p. 86.

entidades de crédito; e) Son contratos en los que debe regir la mutua confianza y la buena fe para el cumplimiento de los deberes y prestaciones accesorias que se integran en el contrato.

1.2 Las partes contratantes

Las partes que intervienen en un contrato bancario son la entidad financiera y sus respectivos clientes.

Las entidades de crédito son aquellas empresas que tienen como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza. Asimismo, también puede tratarse de una empresa que emita pagos en forma de dinero electrónico. Conforme a esta definición, son Entidades de Crédito el Instituto de Crédito Oficial, los Bancos, las Cajas de Ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorro, las Cooperativas de Crédito, los Establecimientos Financieros de Crédito y las Entidades de Dinero Electrónico (art.1 RD 1298/1986).

Por otro lado, los clientes o usuarios de servicios bancarios son aquellos que se subsumen en la definición de consumidor establecida en el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (que veremos más adelante). En este sentido, son consumidores, aquellas personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Sin embargo, el consumidor de crédito no estará sometido a las disposiciones de esta Ley, sino a las de la Ley de Crédito al Consumo.

1.3 Elementos formales y requisitos de información

Para determinar la forma que deben adoptar los contratos bancarios, habrá que atender a las reglas sobre la forma establecidas en el Código de Comercio y, subsidiariamente, a las normas recogidas en el Código Civil. De acuerdo con las mismas, los contratos bancarios están regidos por el principio de libertad de forma, salvo algunas

excepciones⁴. Contrariamente, tanto los contratos de crédito al consumo, como el devengo de intereses de cualquier préstamo, deberán figurar por escrito.

La transparencia debe ser uno de los principios inspiradores de las actuaciones de las entidades de crédito, de modo que los usuarios bancarios puedan conocer y comprender los términos de los contratos que celebran. Es por ello, que la obligación de información debe estar presente en los distintos momentos de las relaciones contractuales de las entidades con sus clientes.

La información previa a la celebración del contrato es esencial para que el cliente, durante el periodo de reflexión, pueda hacer comparaciones con las ofertas presentadas por otras entidades. Asimismo, la información y las condiciones recogidas en los contratos deberán estar redactadas en términos fácilmente comprensibles y de forma clara y legible. La entrega al cliente del contrato será obligatoria siempre que lo solicite el cliente. Si bien, las normas de transparencia bancaria exigen como buena práctica bancaria, que se recojan por escrito las instrucciones y los contratos que formalizan las entidades de crédito con sus clientes.

1.4 Normativa aplicable a los contratos bancarios

Nuestro ordenamiento jurídico carece de una regulación general de los contratos bancarios. Se trata de una normativa difusa y dispersa. Por este motivo, la autonomía de la voluntad tiene una gran importancia en este tipo de contratos.

Con independencia de la protección otorgada por la normativa de consumidores y usuarios, los clientes de las entidades bancarias pueden beneficiarse en algunos supuestos, de la protección que otorga la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo⁵. La Ley se aplica a aquellos contratos en los que una persona física o jurídica, en el ejercicio de su actividad, profesión u oficio, conceda o se comprometa a conceder a una persona física un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación, para satisfacer

⁴ En este sentido, el Art. 7.2 de la Orden Ministerial, de 12 de diciembre de 1989, y la norma 6ª.1 de la Circular del Banco de España, de 7 de septiembre de 1990, establecen una serie de contratos que deben formalizarse por escrito.

⁵ Sin embargo, la actual legislación de crédito al consumo seguirá vigente hasta la entrada en vigor de la Ley 16/2011, de 24 de junio. Esta Ley nacerá con el fin de armonizar las regulaciones en esta materia del resto de países europeos, así como ampliar los mecanismos de protección de los consumidores.

necesidades personales de la misma al margen de su actividad comercial o profesional (art.1), con excepción de aquellos contratos que quedan excluidos por la Ley (art.3).

Otras normas que afectan al ámbito de nuestro estudio son: la Orden de 12 de diciembre de 1989 sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito; la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela; la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios; la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de Servicios de Pago; la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización de servicios financieros destinados a los consumidores; y a nivel comunitario, las Recomendaciones 88/590/CEE, relativa a los sistemas de pago y la 97/489, sobre Código de buena conducta en materia de pago electrónico.

2. Condiciones generales de la contratación y el principio de libertad contractual

El principio de autonomía de la voluntad es un principio básico del Derecho Privado que se manifiesta a través de la libertad contractual en el ámbito negocial. De acuerdo con ella, el individuo tiene la opción de decidir si contrata o no y respecto a quien lo hará. Además, la libertad contractual alcanza la libertad de establecer pactos, cláusulas y condiciones que las partes estimen convenientes, es decir, de fijar el contenido del contrato según queda de manifiesto en el artículo 1255 CC. No obstante, este principio no es absoluto, sino que tiene como principales limitaciones, las leyes, la moral y el orden público. Asimismo, han aparecido nuevas limitaciones como consecuencia de una mayor intervención estatal en el tráfico privado, la contratación colectiva y como veremos a continuación, por la aparición de las condiciones generales de los contratos.

La evolución económica y social experimentada en los últimos tiempos, ha dado lugar a una serie de mutaciones importantes en el régimen jurídico de los contratos. Aparecen así los llamados contratos en masa o contratos-tipo, "que vienen determinados por una producción masiva de bienes y servicios, que hace imposible la discusión individualizada con cada usuario o consumidor"⁶. De esta nueva situación nacen los

⁶ DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil vol.2*, Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p. 32.

contratos de adhesión, contratos por formulario o contratos con condiciones generales. Por tanto, el predisponente, empresario-vendedor, redactará un contrato que se presentará a la otra parte contratante para que lo firme adhiriéndose al mismo, o rechazándolo. Este contrato estará formado por un conjunto de reglas dictadas por el empresario con la intención de establecer un contenido uniforme para todos los contratos que celebre.

Esta situación ha cobrado gran importancia en el sector bancario, donde prácticamente toda la contratación se realiza mediante contratos de adhesión. Las condiciones generales permiten racionalizar la actividad de las entidades financieras desempeñando una serie de funciones⁷:

a) Reducción de los costes de contratación: El empleo de condiciones generales permite simplificar y acelerar la celebración de contratos, reduciendo los costes de negociación en términos de tiempo, personal negociador y actividad. De esta manera, la celebración del contrato se convierte en un proceso prácticamente automático una vez hay acuerdo en la prestación y el precio.

b) Facilitación de la división de tareas: Con el uso de las condiciones generales de la contratación todos los contratos serán idénticos (tal y como fueron redactados por el personal jurídico especializado) para todas las sucursales y agencias de una entidad. El personal comercial únicamente se encargará de la conclusión de los contratos.

c) Facilita la coordinación en el seno de la entidad financiera: Se puede organizar internamente de una manera moderna y eficiente.

d) Posibilita el cálculo anticipado de costes.

e) Las condiciones generales proporcionan seguridad jurídica a las partes, pues a través de ellas, se obtiene una reglamentación analítica, exhaustiva y clara que elimina los motivos de incertidumbre, y con ellos posibles controversias que no harían sino aumentar la litigiosidad, aumentándose así, los costes a ella asociados⁸.

⁷ BALLESTEROS GARRIDO, J., Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad, Barcelona: J. M. Bosch Editor, S.A, 1999, pp. 31-36.; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., Las condiciones generales de la contratación, Madrid: Editorial Civitas, S.A, 1991, pp. 28-36.

⁸ PAZ-ARES, C., "La economía como jurisprudencia racional", Anuario de Derecho Civil, Núm. 3, 1981, p. 677.

Como vemos, las condiciones generales se han convertido en un instrumento indispensable del tráfico mercantil, sin el cuál, las empresas en general, no podrían acceder masivamente al mercado. “Los contratos ya no se celebran individualmente, negociándose en función de la capacidad y situación de cada parte y momento, sino como algo automático, fungible, no solo en cuanto acto jurídico sino también en cuanto al contratante-consumidor”⁹.

Pero, ¿cómo limita este fenómeno a la libertad contractual? El contrato tiene su fundamento en el consentimiento manifestado por ambas partes contratantes: La entidad financiera presenta al usuario bancario las condiciones generales, y en el caso de estar de acuerdo, las firmará y se adherirá a las mismas. Por tanto, estamos ante un contrato plenamente válido.

Sin embargo, podemos afirmar que las partes no se encuentran en una posición de igualdad. Las entidades bancarias redactan el condicionado de los contratos que celebran haciendo uso de su libertad contractual, excluyendo en ocasiones, algunas previsiones legales dispositivas. Por otro lado, los clientes bancarios no podrán modificar, ni negociar los términos establecidos en el contrato. Su única opción es decidir si contratan o no. Se dice que “la mera adhesión implica la emisión del consentimiento preciso para la formación del contrato, su deseo de convertirlo en *lex contractus*, sin que tenga ninguna relevancia el que no haya gozado de la menor oportunidad para discutirlo o modificarlo”¹⁰.

En conclusión, este tipo de contratación sitúa normalmente en unas condiciones de inferioridad al cliente o consumidor, cuyos derechos contractuales se ven recortados o disminuidos y sus obligaciones aumentadas, mientras ocurre justamente lo contrario respecto a la posición de la parte predisponente¹¹. Por tanto, queda limitada la libertad contractual del adherente por no participar de la elaboración del contrato o su negociación, de manera que pudiera adaptarse mejor a sus expectativas.

⁹ BALLESTEROS GARRIDO, Op.cit., p.52.

¹⁰ BALLESTEROS GARRIDO, Op.cit., p.52.

¹¹ MORLES HERNÁNDEZ, A., *Curso de derecho mercantil vol. 1*, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1998, p. 136.

3. Normativa general aplicable a las condiciones generales de la contratación y a las cláusulas abusivas

La base legal de la protección de los consumidores y usuarios se encuentra fijada en el artículo 51.1 de la Constitución Española, considerado como un principio informador de nuestro ordenamiento jurídico. En este artículo se pone de manifiesto la preocupación del legislador por los consumidores y usuarios, ya que señala que para proteger su seguridad, salud e intereses económicos, los poderes públicos deberán establecer una serie de procedimientos. Asimismo, promoverán su información, educación, y fomentarán sus organizaciones oyéndolas en las cuestiones que pudieran afectarles.

3.1 La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984

Con el fin de dar cumplimiento al precepto constitucional, fue redactada la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), hoy en día derogada. Los objetivos de la Ley se concretaban en:

- a) Establecer sobre bases firmes y directas, los procedimientos eficaces para la defensa de los consumidores y usuarios.
- b) Disponer del marco legal adecuado para favorecer un desarrollo óptimo del movimiento asociativo en este campo.
- c) Declarar los principios, criterios, obligaciones y derechos que configuran la defensa de los consumidores y usuarios y que, en el ámbito de sus competencias, habrán de ser tenidos en cuenta por los poderes públicos en las actuaciones y desarrollos normativos futuros, en el marco de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional.

3.2 La Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores

Debemos tener en cuenta que las Directivas no son instrumentos de aplicación directa, sino que son directrices que se dan a los Estados Miembros para que armonicen sus legislaciones en un plazo determinado, con los medios que estimen convenientes. Considerando que las legislaciones de los países miembros que regulaban las

cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores presentaban unas diferencias considerables y con el objetivo de establecer un mercado único, se creó la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas.

Como queda de manifiesto en su exposición de motivos, el ámbito de aplicación de esta normativa está claramente delimitado desde el punto de vista objetivo por las cláusulas abusivas, y desde el punto de vista subjetivo, por los consumidores y usuarios.

La transposición de la Directiva se llevó a cabo a través de la redacción de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC). Asimismo, la transposición supuso una modificación de la entonces vigente, LGDCU.

Como vemos, la Ley española fue muy ambiciosa, ya que fijó dos regulaciones para la protección de los consumidores y usuarios. Dejando a un lado los debates sobre si la existencia de las dos leyes era necesaria, nuestro panorama legislativo quedó de la siguiente manera: Por un lado, la LGDCU, aplicable únicamente a aquellas personas que tuvieran la consideración de consumidores. Por otro, la LCGC, aplicable con independencia de la cualidad de consumidor de una de las partes, en los contratos celebrados mediante condiciones generales.

3.3 La Ley de Condiciones Generales de la Contratación

3.3.1 Ámbito objetivo

Son condiciones generales de la contratación, las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea exclusivamente imputable a una de las partes (el predisponente), 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 (art.1.1 LCGC).

La Ley aplica este concepto a todo tipo de contratos, con excepción de aquellos expresamente excluidos en el artículo 4, entre los que se encuentran los contratos administrativos, los contratos de trabajo, los contratos que regulan relaciones familiares, los contratos sucesorios y los contratos relativos a constitución y estatutos de

sociedades, así como las cláusulas o condiciones generales que reproduzcan disposiciones legales o reglamentarias de cualquier tipo.

De esta definición se pueden extraer una serie de notas características comunes a todas las condiciones generales: a) son cláusulas predispuestas, b) cuya incorporación al contrato se hace por una de las partes, (c) habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. A continuación, desarrollaremos cada una de estas características.

a) En primer lugar, el requisito de predisposición consiste en la redacción previa (con anterioridad a la negociación del contrato) y unilateral del contenido contractual por parte del profesional. Es indiferente, “a los efectos de su consideración como condiciones generales de la contratación, que éstas hayan sido redactadas por quien las utiliza y se vale de ellas o por un tercero”¹².

Asimismo, no es necesario que las condiciones generales estén fijadas de antemano por escrito sobre un soporte material¹³. No obstante, esta cuestión puede ser objeto de discusión debido a la referencia que hace la LCGC a que las condiciones generales deben tener una apariencia externa. En los siguientes apartados de este trabajo, concretamente en el de análisis de los requisitos de incorporación de las condiciones generales al contrato, podremos ver que no es necesario que el condicionado general tenga forma escrita en el momento de la predisposición.

b) En segundo lugar, las cláusulas predispuestas son incorporadas al contrato por parte del predisponente (imposición). Este requisito pone de manifiesto la situación de superioridad en la que se encuentra el empresario, ya que en el caso de que el adherente quisiera obtener la prestación que se ofrece a través del contrato, deberá adherirse a las condiciones generales impuestas, sin posibilidad de que ninguna de ellas fuera sustituida por otras que las partes hubieran negociado. Es decir, en los contratos celebrados mediante condiciones generales, no existe negociación entre las partes. Asimismo, “será indiferente que el adherente pudiera o no encontrar en el mercado, el servicio o el bien objeto del contrato sin tener que aceptar la cláusula que se le impone e incluso con mayores ventajas”¹⁴.

¹² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1986”, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Núm. 11, Abril-Agosto 1986, p. 3663

¹³ ALFARO ÁGUILA-REAL, Op.cit., p.121

¹⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra: Editorial Aranzadi, S.A, 1999, p. 27.

Con carácter general, no puede hablarse de imposición cuando las cláusulas hayan sido negociadas individualmente por las partes contratantes. En este caso, quedarían excluidas del ámbito de la LCGC. Sin embargo, el artículo 1.2 de la Ley establece que, el hecho de que una o varias cláusulas se hayan negociado individualmente, no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.

c) Finalmente, las condiciones generales deben ser redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos (contractualidad). No basta con la incorporación a un solo contrato, sino que es preciso que se incorporen a varios de los contratos que otorga un profesional concreto, aunque pertenezcan a diversas clases o tipos, aunque ello sea con varios clientes, o con uno sólo¹⁵.

Por tanto, es evidente que no es suficiente el haber incorporado el condicionado a un solo contrato. No obstante, la Ley no define cuál es el número de contratos al que debemos incorporar el clausulado. Se puede sostener la idea de que no es necesario que se apliquen a un número mínimo de contratos, y que basta con la intención de aplicarlas a una pluralidad de contratos¹⁶. En mi opinión, la pluralidad ha de verse cumplida con la incorporación de las condiciones a un mínimo de dos contratos¹⁷.

Siempre que concurren estas características, nos hallaremos ante condiciones generales de la contratación, al margen de que pudiera haber otros elementos concurrentes como son su apariencia externa o su extensión, y con independencia de la denominación que les hubiesen otorgado las partes. Además, este concepto es válido no solo a los efectos de esta Ley, sino en todo el ordenamiento jurídico español. Cuando una normativa de ámbito estatal, autonómico o local se refiera a condiciones generales, entenderemos que cumplen con los requisitos que acabamos de exponer.

3.3.2 Ámbito subjetivo

La Ley será de aplicación a todos aquellos contratos celebrados entre un profesional-predisponente y un adherente-consumidor (art. 2 LCGC).

¹⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Op.cit., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, p. 29.

¹⁶ RODRÍGUEZ ARTIGAS, S., en ESPIAU ESPIAU, S., *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1999, p. 64.

¹⁷ MARÍN LÓPEZ, J., en NIETO CAROL, U., *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 138.

El profesional es toda persona jurídica que actúa dentro del marco de una actividad profesional o empresarial (pequeños, medianos o grandes empresarios), ya sea pública o privada (art. 2.2 LCGC). El predisponente, al configurar el contenido del contrato, actúa sin control del mercado, lo que le permite establecer condiciones ventajosas para él mismo. “Es esta superioridad funcional que supone el empleo de condiciones generales lo que justifica el control y no la diferencia de poder económico entre los contratantes”¹⁸.

El adherente, persona física o jurídica, puede ser un profesional pero sin necesidad de que actúe dentro del ámbito de su actividad profesional (art. 2.3 LCGC). Por tanto, no resulta necesario que el adherente sea un consumidor.

Como vemos, también pueden emplearse condiciones generales en aquellos contratos celebrados entre empresarios. No obstante, la protección otorgada por la Ley a los consumidores es muy diferente a la otorgada al resto de adherentes. Se presume que los empresarios “tienen la capacidad necesaria para valorar la conveniencia o no de la adquisición, teniendo intacta su libertad o poder de contratar y de influir en la reglamentación contractual”¹⁹.

3.4 El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

La Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, concedió un plazo de 12 meses para refundir en un único texto la LGDCU y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos²⁰.

De este modo, la LGDCU estuvo vigente hasta el 1 de diciembre del año 2007, momento en el que entró en vigor el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de

¹⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL, Op.cit., p.176.

¹⁹ SERRA RODRÍGUEZ, A., *Cláusulas abusivas en la contratación: En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, Madrid: Editorial Aranzadi, S.A, 2002, p. 23.

²⁰ Anteriormente, la Disposición final cuarta de la Ley 23/2003, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo había habilitado al Gobierno para proceder a la refundición del texto de la LGDCU en un plazo de 3 años.

noviembre por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU).

El TRLGDCU sólo es de aplicación a las relaciones entre consumidores y empresarios (art. 59), quedando excluidas las relaciones entre particulares, que sí estaban englobadas en la anterior LGDCU.

En este sentido, son consumidores, las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional (art.3). La normativa española, a diferencia de la comunitaria, considera que las personas jurídicas pueden ser tratadas como consumidores. No obstante, será preciso que el objeto social de tales entes no incorpore una actividad profesional o empresarial. Más aún, no basta el objeto social, sino que será decisivo el tipo de personificación. Una SA o una SRL no pueden ser nunca consumidores, aunque se hayan constituido y registrado para desarrollar una actividad sin ánimo de lucro²¹.

De la Ley podemos deducir que, los consumidores y usuarios deberán ser protegidos de los abusos producidos no solo por condiciones generales de la contratación, sino también por cláusulas no negociadas individualmente, aunque no se encuentren dentro de unas condiciones generales de la contratación.

Por otro lado, se define al empresario como toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada (art.4)²².

3.5 Normativa de consumidores vs. normativa de los contratos bancarios

Como hemos visto, en nuestro trabajo concurren dos tipos de legislaciones. Por un lado, la normativa sectorial bancaria, y por otro lado, la normativa general de protección de los consumidores y usuarios.

²¹ CARRASCO PERERA, A., "Texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ámbito de aplicación y alcance de la refundición", *Aranzadi Civil*, Núm. 5, 2008, pp. 3-4.

²² El artículo 4 no define que se entiende por actividad empresarial. En este sentido, podríamos adoptar la definición que se da en otros ámbitos del derecho: <<Aquellas actividades que impliquen la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos o de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios>>.

En este sentido, el artículo 59.2 del TRLGDCU establece que la regulación sectorial de los contratos con consumidores, en todo caso, deberá respetar el nivel mínimo de protección dispensada en esta norma. Por tanto, el principio *lex posterior specialis derogat generali* será aplicable siempre y cuando se respete la protección mínima otorgada por la normativa de consumidores y usuarios.

Concretamente, el TRLGDCU debe, en todo caso, analizarse desde la perspectiva de haber venido completado con las normas de transparencia bancaria, en las que se amplía el círculo de las personas protegidas, no solo a los consumidores, sino también a los clientes bancarios²³.

4. Requisitos de las condiciones generales de la contratación

4.1 Requisitos de inclusión

“Son requisitos de inclusión las exigencias de naturaleza formal que ha de cumplir quien utiliza condiciones generales, a fin de que éstas se incorporen válidamente al contrato, o sea, formen parte de él”²⁴. De esta manera, el control de incorporación persigue únicamente la correcta formación de la voluntad contractual de la parte adherente, de forma que pueda tener a su alcance los elementos de juicio suficientes para poder conocer el contenido contractual de la relación jurídica que entabla²⁵.

Los requisitos de inclusión deberán aplicarse a aquellas cláusulas del contrato que reúnan los requisitos señalados en el artículo 1.1 de la LCGC, “con independencia del elemento contractual al que se refiera”²⁶. De acuerdo con esta definición, entendemos que estarán sujetas al control de inclusión aquellas cláusulas que definen los elementos esenciales del contrato, concretamente las relativas a la descripción del objeto, prestación y contraprestación.

²³ CUÑAT EDO, V., *Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias 2*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006, p. 50.

²⁴ DUQUE DOMÍNGUEZ, J., “*La protección de los derechos económicos y sociales en la LGDCU*”, Estudios sobre Consumo, Núm. 3, 1984, p. 65.

²⁵ ARROYO MARTÍNEZ, I.; MIQUEL RODRÍGUEZ, M., *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid: Editorial tecnos, 1999, p. 55.

²⁶ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra: Editorial Aranzadi, S.A, 1999, p. 144.

Los requisitos de inclusión de las condiciones generales se encuentran regulados en el artículo 5 de la LCGC, que guarda una estrecha relación con el artículo 7 de la misma Ley, y en el artículo 80 del TRLGDCU. Nuestro estudio comprenderá dos aspectos: por un lado, los requisitos de incorporación, la forma y las circunstancias de celebración del contrato para que las condiciones lleguen a formar parte del contenido contractual; y por otro lado, el requisito de transparencia en la redacción de las condiciones que se pretenden incorporar.

4.1.1 Los requisitos de incorporación, la forma y las circunstancias de celebración del contrato

Los requisitos contenidos dentro de este epígrafe, están contemplados en los cuatro primeros apartados del artículo 5 de la LCGC, y están encaminados a garantizar un consentimiento formal por parte del adherente.

4.1.1.1 Contratos celebrados por escrito

Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando cumplan los siguientes requisitos (art. 5.1 LCGC): a) El adherente debe aceptar la incorporación de las condiciones al contrato, entendiéndose que las acepta cuando lo firma (debe estar firmado por ambos contratantes); b) El predisponente deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas; c) Además, deberá facilitar al adherente un ejemplar de las mismas (el original o una copia).

La referencia a las condiciones generales que exige el mencionado artículo, debe entenderse como “información expresa acerca de su existencia”²⁷. Se entenderá que se cumple con este requisito de información, “cuando las condiciones generales estén insertas por completo en el documento contractual y consten antes de la firma del adherente”²⁸. En el caso de que las condiciones generales se encontraran por debajo de la firma del adherente o en el reverso del documento contractual, será necesario que en el texto del contrato se realice una referencia expresa a las condiciones generales.

²⁷ GONZÁLEZ PACANOWSKA, Op.cit., p. 154.

²⁸ CLAVERÍA GOSALBEZ, L., *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*, Barcelona: Editorial Bosch, S.A, 2008, p. 43.

En este sentido, si las condiciones generales figuraran en un documento anexo, deberá haber una referencia perceptible y comprensible a las mismas en el documento contractual. Este documento anexo deberá entregarse al cliente con carácter previo o simultáneo a la celebración del contrato.

Las ulteriores modificaciones que pudiera realizar el empresario sobre las condiciones generales, deberán ser consentidas por el adherente, así como cumplir con los requisitos de incorporación.

4.1.1.2 Contratos que no requieren de forma escrita

En el caso de aquellos contratos que no deban formalizarse por escrito, el predisponente deberá entregar un resguardo justificativo (o tíquet) de la contraprestación recibida. De este modo, bastará para la incorporación de las condiciones generales que el predisponente garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración (art. 5.3 LCGC). Este requisito de conocimiento se entiende cumplido si el predisponente anuncia las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio o si las inserta en la documentación del contrato que acompaña a su celebración.

4.1.1.3 Contratos celebrados telefónica o electrónicamente

Con la aparición de Internet y el desarrollo tecnológico de los últimos años, ha surgido la contratación electrónica, en la que la presencia física de los contratantes se sustituye por la comunicación a través de la línea telefónica u otros medios electrónicos. Este es el caso de la contratación de algunos servicios bancarios.

Dado que las circunstancias que concurren en esta forma de contratación no son las mismas que en los contratos escritos, es necesaria la adaptación del régimen que regula el control de incorporación de las condiciones generales. Con ese fin, se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico el artículo 5.4 de la LCGC²⁹.

²⁹ Quedan fuera del ámbito de aplicación de este artículo, aquellas operaciones del sector bancario, que se encargan o realizan telefónica o electrónicamente, pero sobre la base de un contrato escrito previamente celebrado entre las partes.

De acuerdo con este artículo, las condiciones generales se entenderán incorporadas a los contratos celebrados de forma telefónica o electrónica cuando concurren los siguientes requisitos: a) Que conste la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato (en los términos reglamentariamente previstos), sin necesidad de firma convencional.; b) Que se envíe directamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada en la que se hagan constar los términos de la misma.

Con carácter general a la mayoría de contratos, el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales dispone en que términos se debe llevar a cabo la aceptación de las cláusulas del contrato. Dado que su ámbito de aplicación es un tanto limitado, los contratos bancarios están excluidos. En este caso, la normativa aplicable es la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización de servicios financieros destinados a los consumidores³⁰.

4.1.2 El requisito de transparencia

El artículo 5.5 de la LCGC, establece que la redacción de las condiciones generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Por otro lado, el artículo 80.1 del TRLGDCU, añade a los ya citados, los requisitos de posibilidad de comprensión directa y legibilidad. Todos ellos tienen como finalidad, garantizar que el adherente tenga un conocimiento efectivo de los términos del contrato.

Se puede decir que la transparencia es el requisito en el que se encuentran comprendidos los criterios de claridad, concreción y sencillez. Este requisito puede referirse tanto a una cláusula concreta, como a la totalidad del contrato.

El requisito de claridad debe considerarse como *claridad visual*, es decir, que el usuario se pueda percatar fácilmente de su existencia y de su contenido con un solo golpe de vista, bien porque se encuentre situada en un lugar preferente del documento contractual, o bien porque, aun estando colocada en un ángulo del mismo, se emplee por el empresario un tipo de letra lo suficientemente grande como para poder ser vista y

³⁰ Serán aplicables los artículos 7,8 y 9 de esta Ley.

leída sin dificultad por un usuario medio³¹. Además, el hecho de que un contrato no estuviera redactado de una forma clara, sería indicio de que el predisponente tiene la voluntad de esconder el contenido de alguna estipulación.

Por otro lado, la claridad opera en la forma de presentación del contrato y en el lenguaje empleado. Con referencia a la presentación, “es preciso que las condiciones generales se concreten en apartados y números debidamente separados y expresivos de su contenido”³². Respecto al lenguaje, se podrán emplear términos técnicos, pero sin utilizar expresiones cuyo entendimiento sólo está al alcance de expertos.

Con la exigencia de concreción, señala PAGADOR³³, se trata de impedir que el predisponente obtenga ventajas adicionales e injustificadas a consecuencia de la vaguedad e imprecisión con que se redactan una o varias cláusulas, especialmente cuando éstas están destinadas a imponer obligaciones al adherente a favor del predisponente.

Finalmente, el cumplimiento de los requisitos de sencillez, comprensibilidad y legibilidad estará íntimamente ligado con una correcta aplicación de los criterios anteriores.

4.2 Requisitos de interpretación

La interpretación de los contratos es una actividad encaminada a determinar el significado de una declaración negocial, sus efectos y consecuencias en el orden jurídico. En la práctica, muchas veces nos podemos encontrar que la interpretación de los contratos se hace en un sentido estricto (según los términos contractuales). En cambio, los criterios interpretativos contenidos en la LCGC (artículo 6) tienen como finalidad la protección de los intereses del consumidor perjudicado cuando estos entren en conflicto con los del predisponente en una relación contractual determinada. A continuación, analizaremos cuáles son estos criterios.

³¹ SAP de Toledo, de 31 de diciembre de 1993. [Adherente medio es persona de no grandes conocimientos, que proceden, de ordinario, sin prestar gran atención a la letra del contrato y que en cualquier caso están necesitadas de dinero]

³² LARROSA AMANTE, M., *Derecho de consumo*, Madrid: El Derecho Editores, S.A, 2011, p. 304.

³³ PAGADOR LÓPEZ, J., “Incorporación de las condiciones generales al contrato. Aplicación jurisprudencial y práctica”, Cuadernos de Derecho y Comercio, Núm. 19, Abril 2006, p. 221.

4.2.1 Criterio de prevalencia y condición más beneficiosa

No es propiamente una regla de interpretación de los contratos, por cuanto su finalidad no es la averiguación del sentido de los mismos o de las estipulaciones que lo integran, sino que “se trata fundamentalmente de una norma de carácter imperativo”³⁴.

A falta de una excepción expresa, la regla del artículo 6.1 de la LCGC, es aplicable tanto a aquellos contratos que se han formalizado por escrito, como a aquellos que no requieren de forma específica. Dentro de esta regla se distinguen dos partes: una regla general y la excepción a la misma.

Para que pueda aplicarse esta regla, debe haber contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares incluidas en el contrato. Las condiciones particulares son “aquellas que se limitan a operar como concreción de determinados extremos que han sido objeto de previsión genérica o de definición en las condiciones generales y que ahora simplemente se particularizan para ese específico contrato”³⁵.

Aunque ambos tipos de condiciones pueden ser predispuestas por el empresario, la regla general otorga preferencia a las declaraciones de voluntad particulares frente a otras de carácter general, ya que las primeras expresarán mejor la voluntad de las partes para ese contrato determinado.

No obstante, la excepción a la regla general expone que en el caso de que las condiciones generales concedieran unos mayores beneficios (desde el punto de vista económico o jurídico) al consumidor, se aplicarán éstas, en lugar de las condiciones particulares.

Como hemos visto, la regla se refiere a la contradicción entre condiciones generales y condiciones particulares. Pero, ¿qué sucedería si hubiera contradicción entre dos condiciones generales? Esta cuestión es objeto de discusión por parte de la doctrina. En mi opinión, se deberá aplicar aquella cláusula que tuviera una mayor trascendencia en el contrato, y que además, resultara beneficiosa para el adherente.

³⁴ PARDO GATO, J., *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*, Madrid: Editorial Dijusa, 2004, p. 171.

³⁵ ROCA GUILLAMON, J., en NIETO CAROL, U., *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid: Lex Nova, 2000, p.324.

4.2.2 Criterio de interpretación más favorable al adherente

Según el artículo 6.2 de la LCGC, cuando nos encontremos ante condiciones generales oscuras, la interpretación de las mismas no podrá beneficiar a la parte que redactó el contrato (predisponente) sino que se hará una interpretación favorable al consumidor o adherente.

Para poder aplicar esta regla, deberán cumplirse cuatro requisitos³⁶:

- a) En primer lugar, que la cláusula sea dudosa, ambigua u oscura. Serán consideradas cláusulas dudosas aquellas que de su interpretación puedan deducirse dos o tres significados diferentes, es decir, que sean indeterminadas, inciertas, y que las palabras empleadas en su redacción tengan varios significados admitidos, de manera que no permitan conocer el significado concreto de la cláusula.
- b) Las dudas suscitadas deben ser imputables al predisponente. En este sentido, las reglas de interpretación intentarán dilucidar lo que, de acuerdo con el principio de buena fe, la otra parte creyó que se le ofrecía.
- c) No deben haberse aplicado las restantes reglas de interpretación.
- d) Finalmente, para poder aplicar esta regla de interpretación. Deberá haberse ejercitado con carácter previo, una acción de cesación individual (art. 80.2 TRLGDCU).

4.2.3 Las disposiciones del CC sobre la interpretación de los contratos.

El artículo 6.3 de la LCGC dispone que con carácter subsidiario, se aplicarán las disposiciones del Código Civil sobre la interpretación de los contratos (art. 1281-1289). En este sentido, analizaremos los artículos más relevantes para la interpretación de contratos celebrados mediante condiciones generales.

El artículo 1281 del CC pone de relieve la primacía de la intención común de los contratantes. Sin embargo, en los contratos con cláusulas predispuestas, únicamente

³⁶ http://www.unmsm.edu.pe/derecho/revistas/pdf/10_leyva.pdf

podremos conocer la voluntad del predisponente. Por ello, esta regla solo será aplicable para aquellas cláusulas que hubieran sido determinadas por ambos contratantes, como las relativas al objeto del contrato.

El artículo 1282 del CC señala que para analizar la intención de los contratantes, se deberá atender principalmente, a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato, es decir, dicho análisis deberá realizarse atendiendo a las circunstancias concretas del caso.

El artículo 1286 del CC establece que las palabras que puedan tener distintas acepciones, serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato.

Las reglas establecidas en el artículo 6.2 LCGC han sustituido dentro de su ámbito a lo dispuesto por el artículo 1288 del CC. Finalmente, de acuerdo con el 1289 del CC, si el contrato planteara dudas sobre el objeto principal del mismo, en la medida de lo posible, se deberá continuar usando la regla de interpretación más favorable al adherente. Sin embargo, en aquellos casos en los que fuera imposible delimitar el objeto del contrato, se deberá proceder a la declaración de nulidad del mismo.

4.3 Consecuencias negociales

La LCGC distingue entre ineficacia por no incorporación (artículo 7) y nulidad (artículo 8), para seguidamente regular las consecuencias negociales en sus artículos 9 y 10.

La no incorporación debida a que el adherente no ha tenido la oportunidad real de conocer de manera completa las condiciones generales al tiempo de celebración del contrato se refiere al incumplimiento de los requisitos formales de incorporación establecidos en el artículo 5 LCGC. Además, la no incorporación no se limita a cláusulas a cuyo conocimiento no puede accederse, o aquellas que no cumplen con los requisitos de transparencia, sino que también afecta a las cláusulas ambiguas e incomprensibles. En cambio, cuando las condiciones generales no superen el correspondiente control de contenido (que veremos a continuación), serán nulas de pleno derecho³⁷.

³⁷ GONZÁLEZ PACANOWSKA, Op.cit., p. 239.

Asimismo, para que se aplique la regla de ineficacia parcial, se requiere que ésta afecte a todas o algunas de las condiciones generales o cláusulas predispuestas incluidas en el contrato. La parte del contrato afectada por la ineficacia se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 CC y el principio de buena fe objetiva (art.83.2 TRLGDCU).

Por tanto, se puede decir que con carácter general, la ineficacia de una o varias condiciones generales, no afecta a la subsistencia del contrato. Sin embargo, cuando la nulidad de éstas o su no incorporación afecte a uno de los elementos esenciales del contrato (consentimiento, objeto o causa), o cause un perjuicio apreciable para el consumidor, se puede declarar la ineficacia total del contrato.

5. Cláusulas abusivas

Son cláusulas abusivas, todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causan, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato (art. 82.1 TRLGDCU).

5.1 Instrumentos de control de la abusividad

La protección de los adherentes o consumidores frente a condiciones abusivas se organiza a través de dos instrumentos: mediante un control de contenido (cláusula general), y por otro lado, mediante la enunciación de una serie de supuestos concretos que el legislador español ha declarado abusivos³⁸.

5.1.2 Cláusulas abusivas establecidas por el legislador

De acuerdo con lo dispuesto por el legislador, en todo caso, serán abusivas las cláusulas que:

³⁸ De todas formas, ambos instrumentos se apoyan mutuamente. Por ejemplo, en la interpretación de una cláusula general, podemos tener en cuenta los requisitos que determinan el carácter abusivo de las condiciones abusivas enumeradas por el legislador, y viceversa.

a) Vinculen el contrato a la voluntad del empresario: Quedan englobadas aquellas cláusulas que permiten al empresario decidir unilateralmente sobre la validez, interpretación, modificación, exigibilidad y resolución del contrato.

b) Limiten los derechos del consumidor y usuario: Quedan recogidas aquellas cláusulas que excluyan o limiten los derechos que, de acuerdo con las normas dispositivas o imperativas, corresponden a los consumidores o usuarios en caso, entre otros de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones del empresario (art.86 TRLGDCU).

c) Determinen una falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe en perjuicio del consumidor y usuario (art. 87 TRLGDCU).

d) Impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas al riesgo asumido o le impongan indebidamente la carga de la prueba. No obstante, se presume 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) Resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato: Entre las mismas se encuentran las declaraciones de adhesión del consumidor y usuarios a cláusulas de las cuáles no ha tenido conocimiento real antes de la celebración del contrato, 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 contenidos en la Ley de Crédito al Consumo (art. 89 TRLGDCU).

f) Contravengan las reglas sobre competencia mediante la previsión de pactos de sumisión expresa a arbitrajes, Jueces o Tribunales y derecho aplicable en perjuicio del consumidor (art. 90 TRLGDCU).

5.1.1 Control de contenido

La cláusula general será aplicable cuando las condiciones que se presuman como abusivas, no se puedan subsumir en ninguno de los casos enunciados en la Ley. El control de contenido es aquel conjunto de operaciones de naturaleza preeminentemente valorativa, destinadas a determinar si la regulación material recogida en las condiciones generales es o no admisible, es decir, compatible con el principio de buena fe³⁹. Por ello, “el control sobre la validez se realiza atendiendo a unas normas específicas más exigentes que las que de manera general controlan la validez de los contenidos contractuales”⁴⁰. Si el resultado de este control fuese negativo, la cláusula se calificará como abusiva.

Sin embargo, no todas las cláusulas están sometidas a este control de contenido. Estarán excluidas del mismo, las cláusulas declarativas en las condiciones generales de la contratación y las cláusulas negociadas individualmente. Por otro lado, y tal como veremos a continuación, la aplicación de este control a las cláusulas que se refieren al objeto principal del contrato, será discutible.

En primer lugar, el artículo 4.2 de la Directiva de cláusulas abusivas establece que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá al objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

Dicho artículo no fue transpuesto al ordenamiento jurídico español. Por ello, en un principio existía la duda de si los órganos jurisdiccionales españoles podían resolver sobre el carácter abusivo de una cláusula referente al objeto principal. La mayor parte de la doctrina se inclinaba por considerar que “las estipulaciones que formaban parte del núcleo obligacional del contrato, no podían ser declaradas abusivas, en cuanto a que el legislador entiende que respecto a ellas deben jugar la libre autonomía de las partes y las reglas del mercado”⁴¹. Finalmente, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, con Sentencia de 3 de junio de 2010, resolvió que los órganos jurisdiccionales nacionales podrán decidir sobre la abusividad de este tipo de cláusulas.

³⁹ BOTANA GARCÍA, G.; RUIZ MUÑOZ, M., *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid: Editorial McGrawHill, 1999, p. 179.

⁴⁰ MIQUEL GONZÁLEZ, M., en CAMARA LAPUENTE, S., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Madrid: Editorial Colex, S.A, 2011, pp. 714, ss.

⁴¹ <http://www.senado.es/legis9/publicaciones/pdf/senado/bocg/I0457.PDF>

En segundo lugar, quedan fuera del control de contenido aquellas cláusulas declarativas en las condiciones generales de la contratación tal y como determina el artículo 4 LCGC⁴².

Finalmente, quedan excluidas del control de contenido aquellas cláusulas que han 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 del control de contenido al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.

La negociación individual de estas cláusulas puede colocar al consumidor en una situación de desprotección. Dicha situación puede ser aprovechada por el predisponente, que afirmará que una o varias cláusulas han sido negociadas individualmente con la intención de evitar el control del contenido. Por ello, es importante delimitar cuál es el alcance de la negociación individual. Por tanto, para que una cláusula pueda ser eximida del control referente a su contenido “deberá formularse una propuesta de negociar con una voluntad seria de llegar a un acuerdo”⁴³.

La doctrina ha enumerado una serie de supuestos que no pueden considerarse como cláusulas negociadas, aunque, por su apariencia externa o por las circunstancias concurrentes en la celebración del contrato, pudieran parecerlo. En este sentido, no se considerarán cláusulas negociadas, aquellos casos en los que el profesional ofrece al consumidor varios modelos predispuestos unilateralmente para que elija uno de ellos; aquellos casos en los que el consumidor declare que determinados términos del contrato han sido negociados individualmente cuando la cláusula no corresponda a la realidad, sino que sea una cláusula de carácter formal; o la sola firma de las cláusulas, entre otros supuestos⁴⁴.

⁴² En este sentido, apartado 3.1.1 de este trabajo.

⁴³ DUQUE DOMÍNGUEZ, J., en NIETO CAROL, U., *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 492.

⁴⁴ DUQUE DOMÍNGUEZ, Op.cit., *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, p. 493.

5.2 Caracteres de las cláusulas abusivas

Tras haber definido el concepto de cláusula abusiva, podemos concluir que estas condiciones cumplen los siguientes requisitos⁴⁵:

a) Están contenidas en contratos celebrados entre empresarios y consumidores: Los contratos celebrados entre empresarios no están sometidos al control de contenido, sino a los límites generales de la autonomía privada.

b) Se trata de condiciones o cláusulas no negociadas individualmente.

c) Debe existir un desequilibrio importante entre las prestaciones del profesional y el consumidor, en perjuicio de este último. Este desequilibrio se determinará mediante la ponderación de los derechos y obligaciones de cada una de las partes del contrato⁴⁶.

d) Debe producirse una contradicción con las exigencias de la buena fe como consecuencia del desequilibrio entre las dos partes del contrato. El cumplimiento de este requisito implica que el contratante que redacte las cláusulas no abuse de poder, debiendo tratar a la otra parte de una manera leal, equitativa y teniendo en cuenta sus intereses. Sin embargo, "no es necesario que exista un ánimo de perjudicar al consumidor"⁴⁷, es decir, una cláusula puede ser declarada como abusiva, con independencia de cuál sea la voluntad del predisponente.

El desequilibrio entre las prestaciones de las partes y el quebranto de la buena fe son dos elementos vinculados entre sí pero independientes el uno del otro. Por lo tanto, "son dos elementos de la ilicitud de la cláusula que tienen que concurrir simultáneamente, para que la desvalorización pueda recaer sobre la cláusula impugnada"⁴⁸.

⁴⁵ CUÑAT EDO, Op.cit., p. 58.; CANDELARIO MACIAS, I., en ESPIAU ESPIAU, S., *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, S.A, 1999, p. 121.

⁴⁶ La ponderación se puede realizar desde el punto de vista jurídico, como desde el punto de vista económico.

⁴⁷ DUQUE DOMÍNGUEZ, Op.cit., *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, p. 474.

⁴⁸ DUQUE DOMINGUEZ, Op.cit., *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, p. 475.

La consecuencia del incumplimiento de estos requisitos es la nulidad radical de las condiciones generales, que se integrarán de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1258 CC y el principio de buena fe objetiva. No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes que no pueda ser subsanada, se declarará la ineficacia del contrato.

5.3 Criterios básicos para apreciar el carácter abusivo de una cláusula

Como se ha explicado en el apartado anterior, el criterio principal para determinar el carácter abusivo de una cláusula, es que se produzca un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes contenidos en el contrato, en detrimento del consumidor.

Para determinar si existe buena fe, se tendrá que realizar un análisis, atendiendo a los criterios que se derivan del articulado de la Directiva sobre cláusulas abusivas.

a) Análisis de la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato: Tiene que haber un equilibrio real entre la prestación y la contraprestación, así como en el cumplimiento de los derechos y obligaciones de cada una de las partes. No bastará con que las partes estén en posesión de los mismos derechos, ya que los efectos reales, podrían ser distintos para cada una de ellas.

Estos criterios no alcanzan únicamente a los contratos celebrados individualmente, sino que también serán aplicables a aquellos contratos celebrados con un colectivo de consumidores. En este caso, deberán analizarse los intereses comunes del grupo.

b) Las circunstancias concurrentes en la celebración del contrato, tanto de carácter objetivo, como de carácter subjetivo: Deberá valorarse si los bienes o servicios fueron demandados por el consumidor o si éste fue inducido por la otra parte para que celebrara el contrato.

Otra circunstancia a tener en cuenta es si la cláusula objeto de discusión es una condición general o simplemente una cláusula predispuesta. Si estuviéramos ante una condición general, el juicio sobre su abusividad dependerá menos del caso concreto. En cambio, si estamos hablando de una cláusula predispuesta para un único contrato, las circunstancias de la celebración del contrato deberán considerarse sin limitaciones⁴⁹

c) El contenido del contrato en su totalidad: Pese a que a priori puede parecer que el análisis del contenido del contrato en su totalidad es ventajoso para los consumidores, al mismo tiempo, puede suponer un detrimento en la protección de sus intereses. Esta situación, puede suponer que los efectos de una condición que se presume como abusiva, puedan compensarse con unos efectos más beneficiosos del resto de las cláusulas del contrato.

d) Los eventuales contratos conexos: Cuando se examina una cláusula que se presume como abusiva, no sólo se debe realizar un análisis del contrato en el que está contenida, sino que también deben analizarse los contratos conexos en el caso de que existan. Es indiferente que estos contratos conexos estén en el mismo documento o en documentos distintos al principal, lo importante es que haya un “nexo fuerte de accesoriadad”⁵⁰ entre ellos.

Una vez comprobada la licitud o ilicitud de una cláusula de uno de los contratos, se extenderán sus efectos al otro contrato cuando exista una conexión de carácter legal.

⁴⁹ MIQUEL GONZÁLEZ, Op.cit., p. 749

⁵⁰ DUQUE DOMINGUEZ, J., Op.cit., *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, p. 483.

II.- ANÁLISIS PARTICULAR DE DETERMINADAS CLÁUSULAS BANCARIAS

Después de haber examinado el marco general aplicable a las relaciones contractuales entre consumidores y usuarios, procedemos al análisis particular de algunas de las cláusulas más habituales en la contratación bancaria.

1. Cláusulas de vencimiento anticipado

En todos los contratos de naturaleza crediticia, aparecen cláusulas de resolución anticipada por distintos motivos, que van desde los supuestos contemplados en el Derecho positivo a los meramente contractuales⁵¹.

Siguiendo a MELLADO RODRÍGUEZ⁵² podemos clasificar las causas de resolución anticipada de la siguiente forma:

a) Según si la decisión de declarar el vencimiento anticipado depende del acreedor o no: Cláusulas de vencimiento anticipado que operan ipso iure con independencia de cuál sea la voluntad de los contratantes y cláusulas facultativas en las que la decisión de instar el vencimiento anticipado depende del acreedor.

b) Según el motivo que va a permitir al acreedor instar el vencimiento anticipado: Sancionadoras por un incumplimiento del deudor que no tiene por qué poner en peligro la seguridad del crédito; aquellas que presumen que al llegar el vencimiento, el deudor no tendrá suficiente capacidad económica para hacer frente a la deuda; y aquellas cláusulas que afectan a la seguridad de las garantías prestadas al acreedor en el momento de realizar el contrato y que influyeron en la concesión del plazo.

c) Según el origen donde se contemple el vencimiento anticipado: Cláusulas legales previstas en una norma jurídica, que operan con independencia del pacto de los contratantes y cláusulas contractuales convenidas entre las partes.

⁵¹ MELLADO RODRÍGUEZ, M., "El vencimiento anticipado", 1997, p.440.

⁵² MELLADO RODRÍGUEZ, M., Op.cit., p. 455.

De estas cláusulas, las más relevantes para nuestro estudio, son aquellas que consisten en la resolución unilateral del contrato por parte del acreedor. En su momento, GARRIGUES⁵³ anticipó la posible ilicitud de estas cláusulas por ser contrarias al artículo 1256 del Código Civil, que prohíbe dejar al arbitrio de una de las partes la validez y el cumplimiento del contrato.

De acuerdo con el artículo 85.4 del TRLGDCU, la determinación del carácter abusivo de las cláusulas de resolución anticipada por parte del acreedor, varía en función de la duración del contrato.

En primer lugar, la Ley determina que serán abusivas, aquellas cláusulas que faculten al empresario a resolver los contratos de duración indefinida, en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable.

En este sentido, partiendo de la base de que una relación obligatoria no puede ser indefinida, el CIRBE ha venido manteniendo que constituye una facultad discrecional de las entidades de crédito proceder a la resolución unilateral de contratos de duración indefinida, siendo preciso en estos casos, la comunicación a su cliente con la necesaria antelación⁵⁴.

Por tanto, la problemática se centra en los contratos de duración determinada. La jurisprudencia ha venido justificando su ilicitud argumentando que dichas cláusulas conculcaban lo dispuesto en los arts. 1125, 1127 y 1129 CC, ya que esos preceptos indican claramente que las obligaciones a plazo no serán exigibles hasta el día que llegue, que el plazo se establece en beneficio de acreedor y deudor, y que se perderá el derecho a plazo en los supuestos que enumera, entre los que no se encuentra el incumplimiento por parte del obligado de sus obligaciones⁵⁵.

Siguiendo con los contratos de duración determinada, la Ley establece que serán abusivas las cláusulas que autoricen al empresario a resolver anticipadamente un

⁵³ GARRIGUES, J., Op.cit., p. 210.

⁵⁴ http://www.bde.es/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/09/Fich/Criterios_generales.pdf

⁵⁵ BOTANA GARCÍA, G., “Cláusulas abusivas en la contratación bancaria”, Editorial La Ley, Actualidad Civil, Núm. 16, 2ª Quincena Septiembre 2005, pp. 2018, ss.

contrato de duración determinada, si al consumidor o usuario no se le reconoce la misma facultad⁵⁶.

Pero, ¿qué pasaría si hubiera una cláusula que otorgara la facultad de resolver el contrato a ambas partes? Aparentemente, puede parecer que sería equitativo, pero hemos de tener en cuenta que la resolución no tendría los mismos efectos para ambos. En el caso de que el cliente bancario fuera quien resolviera el contrato, lo cuál es lo más improbable debido a la finalidad del mismo, la entidad de crédito vería reducido su beneficio económico, pero los fondos quedarían libres para su reinversión. En cambio, si la entidad resolviera el contrato exigiendo la totalidad de la deuda, supondría para el cliente un grave perjuicio, ya que probablemente no pueda afrontar el pago de la misma, además de la dificultad que tendría para conseguir nueva financiación de otras entidades⁵⁷. Por ello, únicamente se considerará válida aquella cláusula que no sea contraria al justo equilibrio de las prestaciones entre las partes.

Finalmente, será necesario que la cláusula de resolución anticipada se apoye en una justa causa, que deberá cumplir una serie de requisitos. En primer lugar, se exige que sea concreta, es decir, que no resulte tan abstracta o genérica que prive de fundamento concreto a su ejercicio⁵⁸. En segundo lugar, desde el punto de vista cualitativo, el incumplimiento por el cliente ha de ser de obligaciones principales (impago de cuotas de amortización, intereses, comisiones), no de prestaciones accesorias de escasa entidad que no impidan la obtención por la entidad del fin económico perseguido por el contrato⁵⁹. En último lugar, el incumplimiento no debe ser insuficiente⁶⁰, es decir, debe haber una proporción entre el incumplimiento y sus efectos.

1.1 Vencimiento anticipado cuando se produzca el impago de una sola cuota del préstamo

De acuerdo con lo expuesto, la doctrina jurisprudencial más reciente ha declarado con base al artículo 1255 del Código Civil, la validez de las cláusulas de vencimiento

⁵⁶ El derecho de resolución es reconocido al consumidor en el ámbito de la Ley de Crédito al Consumo en su artículo 10 relativo al reembolso anticipado. En este caso, no se podrán exigir al consumidor intereses no devengados por el préstamo.

⁵⁷ NIETO CAROL, U., *Contratos bancarios y Parabancarios*, Valladolid: Lex Nova, 1998, p. 199.

⁵⁸ GARCÍA CRUCES, J., "Contratación bancaria y consumo", *Revista de derecho bancario y bursátil*, Núm. 30, 1988, p. 294.

⁵⁹ ANDREU MARTÍ, M., *La protección del cliente bancario*, Madrid: Editorial Tecnos, 1998, p. 89.

⁶⁰ SAP de Asturias, de 21 de noviembre de 2001. Dicha sentencia basa sus argumentos en autores como García Cruces, Nieto Carol y Díaz Alabart.

anticipado cuando se cumplan dos requisitos: que exista justa causa y haya habido un incumplimiento de las obligaciones de carácter esencial del prestatario, en este caso el impago de las cuotas de amortización del préstamo.

No existe un criterio para valorar cuantas cuotas deberían quedar impagadas para que el acreedor pueda instar lícitamente la resolución del contrato, puesto que ello dependerá de las circunstancias de cada caso concreto. Asimismo, no se tendrán en cuenta los motivos por los cuáles el prestatario no ha procedido al pago de las cuotas convenidas.

“En modo alguno cabe estimar la pretensión de nulidad del Sr. S, en tanto el vencimiento anticipado de la póliza deriva única y exclusivamente de la falta de pago de cuatro cuotas, que no una, del préstamo, lo que hace imposible calificar dicha cláusula y sus consecuencias de abusivas a lo que, desde luego no obsta, las razones por las que el prestatario no haya procedido al pago de las mensualidades convenidas”⁶¹.

Por otro lado, hemos de tener presente que la licitud de las cláusulas de vencimiento anticipado por impago de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario, fijada en el artículo 693 LEC, no será aplicable a las cláusulas contenidas en contratos de préstamo como el que hemos analizado. En este caso, hay un equilibrio entre la facultad de la entidad de crédito de resolver el contrato y las facultades otorgadas al deudor. De otro modo, no sería justificable la licitud de este tipo de cláusulas.

Por tanto, únicamente podrán declararse abusivas, aquellas cláusulas que hagan referencia a un incumplimiento irrelevante por parte del consumidor, una vez se hayan analizado las circunstancias de cada contrato, como la suma prestada, el número total de cuotas del préstamo o la periodicidad de las mismas. Asimismo, la evaluación de estas circunstancias no deberá dejarse al puro arbitrio de la entidad bancaria.

1.2 Resolución anticipada del préstamo por incumplimiento de prestaciones accesorias

Para determinar el carácter abusivo de esta cláusula se deben tener en cuenta, algunos de los razonamientos utilizados en el apartado anterior. La cláusula otorga la facultad de resolver el contrato a la entidad bancaria, por tanto, para evaluar su carácter

⁶¹ SAP de Valencia, de 14 de febrero de 2005.

abusivo, deberemos comprobar si se produce un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes, y si concurre justa causa o no.

Lo que determina el carácter abusivo de la cláusula es su referencia a cualquier tipo de incumplimiento. De acuerdo con la jurisprudencia que interpreta el artículo 1124 CC, únicamente tendrán eficacia resolutoria, aquellos incumplimientos de obligaciones de carácter esencial, y que por ende, frustren las expectativas económicas del acreedor en el contrato.

“Entre las causas que podemos considerar justas, al no depender de la arbitraria y discrecional voluntad de la parte que ostenta la facultad resolutoria y guardar la debida proporcionalidad y adecuación con el fin negocial perseguido, siendo su concurrencia racionalmente previsible por la parte a quien perjudique, puesto que, en definitiva, tiene su fundamento legal último en la implícita facultad de resolver las obligaciones bilaterales o recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpla lo que le incumbe, contemplada en el artículo 1124 del CC, se encuentra la resolución anticipada del contrato por haber incumplido el deudor acreditado y adherente alguna de las obligaciones esenciales que se deriven del contrato”⁶².

Por otro lado, podría entenderse que este tipo de cláusulas atribuyen a la entidad de crédito, la facultad de interpretación sobre que se entiende por incumplimiento esencial, lo cuál sería abusivo.

En este sentido, como estas cláusulas no tienen bien definidos sus límites, podrían considerarse no incorporadas al contrato por no superar el requisito de la concreción exigido por el artículo 5.5 LCGC⁶³.

En conclusión, las cláusulas que otorguen a la entidad financiera la facultad de resolución anticipada por incumplimiento de prestaciones accesorias, causan un desequilibrio en las prestaciones del prestatario y por ello son abusivas.

⁶² SAP de Pontevedra, de 4 de noviembre de 2005.

⁶³ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, en CÁMARA LAPUENTE, S., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Madrid: Editorial Colex, S.A, 2011, p. 812.

1.3 Resolución anticipada del préstamo por imposibilidad de inscribir la garantía hipotecaria en el Registro

La constitución de la garantía hipotecaria por su inscripción en el Registro de la Propiedad constituye un elemento esencial de la configuración de la voluntad del prestamista. Asimismo, ambas partes pueden disfrutar de las ventajas que se derivan de la inscripción. Por un lado, el prestatario estará interesado en que el Registro refleje el estado de propiedad, cargas y derechos del inmueble. Por otro lado, en el caso de que el prestamista otorgase el préstamo sin la citada inscripción, estaría asumiendo un riesgo mayor al debido por la falta de garantías. Además, si quisiera recuperar las cantidades prestadas, la entidad no podrá recurrir a un proceso ejecutivo sumario, sino a un procedimiento declarativo de menor eficacia y rapidez que aquél.

Este tipo de cláusulas suelen adoptar la siguiente forma:

Vencimiento anticipado “cuando se deniegue la inscripción de la escritura en el registro de la propiedad por cualquier causa”.

El principal problema de la cláusula es que otorga a la entidad de crédito la facultad de resolver el préstamo si no puede inscribirse la escritura de la hipoteca por cualquier motivo. Cierto es, que en numerosas ocasiones, las entidades condicionan el otorgamiento del préstamo a la constitución de la garantía de la hipoteca. Sin embargo, las cláusulas no contemplan una distinción en referencia a quien resulta imputable (a la entidad de crédito o al cliente) la imposibilidad de inscribir la escritura de la hipoteca en el Registro. Es más, “lo que se deduce de la cláusula es que el prestamista no responde en ningún caso, ni siquiera cuando el error deriva de la actuación de sus agentes⁶⁴”. Por ello, la entidad financiera deberá tener la carga y la diligencia de realizar las comprobaciones que considere pertinentes, en el caso de que quiera condicionar la concesión del préstamo a su inscripción en el Registro.

De acuerdo con lo expuesto, podemos concluir que la cláusula causa un desequilibrio con respecto a las obligaciones de las partes, lo que determina su carácter desproporcionado y abusivo.

⁶⁴ STS, de 16 de diciembre de 2009.

1.4 Vencimiento anticipado cuando se produzca el embargo de bienes del prestatario o resulte disminuida la solvencia por cualquier causa

A rasgos generales, los supuestos incluidos dentro de esta cláusula son el concurso de acreedores (anteriormente conocidos como quiebra y suspensión de pago) y el embargo total de los bienes del deudor. En estos casos, está suficientemente justificado que la entidad resuelva anticipadamente el contrato, ya que ha habido una pérdida ostensible de solvencia por parte del deudor.

En este sentido, el ya comentado artículo 1129 CC establece que el deudor perderá todo derecho a utilizar el plazo cuando: a) después de contraída la obligación, resulta insolvente, salvo que garantice la deuda; b) cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviere comprometido; c) cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desapareciera, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras.

No obstante, “una cláusula que permitiera ejercitar la facultad de resolución anticipada cuando variaran las circunstancias económicas del cliente sin más especificación, sería abusiva”⁶⁵. La entidad financiera no tendrá derecho a ejercitar la resolución anticipada de un contrato en aquellos casos en que pese a la existencia de un embargo sobre los bienes del deudor, éste siguiera haciendo frente a sus obligaciones de pago, o no se hubiera otorgado la posibilidad al deudor de constituir nuevas garantías. “Es preciso que la situación de insolvencia descrita implique un peligro cierto para el cumplimiento de las obligaciones contraídas con el empresario”⁶⁶.

Asimismo, haciendo hincapié en la redacción, la cláusula podría calificarse como abusiva por ser excesivamente genérica, ya que deben definirse cuáles son los supuestos en los que el acreedor estará facultado para solicitar la resolución. Por tanto, tal y como está redactada la cláusula resulta ser desproporcionada y abusiva, en la medida que no se refiere a la insolvencia o al embargo total de los bienes, sino a un acuerdo de embargo o a una disminución de la solvencia del deudor.

⁶⁵ PETIT LAVALL, M., *La protección del consumidor de crédito: las condiciones abusivas de crédito*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1996, p. 260.

⁶⁶ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Op.cit., p. 907.

2. Cláusulas de exoneración de responsabilidad

En nuestro ordenamiento jurídico no existe ninguna disposición de rango legal, ni de rango reglamentario, que regule todos los extremos de los contratos de tarjeta de crédito. En su lugar, se suceden varias leyes que no ofrecen una adecuada protección a los intereses de los consumidores y usuarios. Es por ello, que la jurisprudencia sobre este tipo de contratos tiene una especial importancia en la práctica.

2.1 Exoneración de responsabilidad por el uso inautorizado de los instrumentos de pago debido a su pérdida o sustracción

Serán consideradas abusivas aquellas cláusulas sobre tarjetas de crédito que supongan una exención total de la responsabilidad de las entidades de crédito emisoras, por el uso inautorizado de la tarjeta (de crédito o de débito) o de la libreta, como consecuencia del extravío o sustracción de las mismas, antes de que el titular notifique su pérdida.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de diciembre de 2009, ha declarado la nulidad, por abusivas de algunas cláusulas de diversos contratos de tarjeta de crédito y débito, celebrados entre entidades financieras y sus clientes.

"El titular será responsable sin limitación alguna del uso de la tarjeta antes de la notificación de la pérdida o sustracción....":

- *"[Si ésta no se ha efectuado] de forma inmediata"*

- *"El robo, hurto, extravío, deterioro o falsificación de la tarjeta o el conocimiento del número de identificación contra su voluntad, por otras personas, el titular debe comunicarlo urgentemente en cualquiera de estos teléfonos..."*

- *"[Si los hechos no se denuncian] antes de transcurridas veinticuatro horas de u acaecimiento"*

- *"[Si la notificación al Banco no se produce] a la mayor brevedad" (en una tarjeta de débito)"*

- *"[Si la notificación al Banco no se produce] de inmediato"(en una tarjeta de crédito)"*

"En caso de sustracción o extravío de alguno de éstos [cheques, libretas, tarjetas y demás documentos de disposición entregados por el Banco], se compromete [el titular] a dar aviso

al Banco con la mayor urgencia [...] Si tal aviso no se produjera, el Banco no será responsable si efectúa algún pago...".

- "En caso de hurto o extravío de [la libreta, el titular de ésta] se compromete/n a comunicarlo inmediatamente y por escrito [...] quedando [la entidad] relevada de toda responsabilidad si atendiera operaciones con cargo a la misma antes de recibir dicho aviso".

- "[El titular] deberá comunicar inmediatamente al Banco cualquier extravío, robo o uso indebido de la Libreta en Cajeros por un tercero [...]"

- "El titular será responsable de las extracciones de efectivo por Cajero Automático efectuadas por terceros en los casos de extravío, sustracción o uso indebido de la libreta por Cajero Automático, hasta la oportuna notificación (confirmada por escrito) al Banco del hecho acaecido".

Para determinar la abusividad de estas cláusulas, en primer lugar, debemos analizar cuáles son las obligaciones de las partes contratantes.

2.1.1 Obligaciones de los usuarios

De acuerdo con el artículo 27 de la Ley de Servicios de Pago, las obligaciones del usuario de los servicios en relación con sus instrumentos de pago son las siguientes: a) Utilizar el instrumento de pago de acuerdo con las condiciones que regule su emisión y utilización; b) Cuando reciba el instrumento de pago, el usuario deberá tomar las medidas razonables a fin de proteger los elementos de seguridad personalizados de que vaya provisto; c) En caso de extravío, sustracción o utilización no autorizada del instrumento de pago, notificarlo sin demoras indebidas al proveedor de servicios de pago o a la entidad que éste designe, en cuanto tenga conocimiento de ello.

Por tanto, el usuario de servicios de pago tiene como obligación ser diligente en la custodia de los instrumentos, así como en la comunicación de su pérdida o sustracción. Ambos deberes de diligencia están relacionados entre sí, puesto que si una persona tiene un control de sus instrumentos de pago, podrá ser diligente en la comunicación de su pérdida o sustracción.

En primer lugar, analizaremos que se entiende por diligencia en la custodia de un instrumento de pago. Para ello, veremos tres casos resueltos por las Audiencias Provinciales.

La jurisprudencia ha entendido que la diligencia exigible es la definida en el artículo 1104 del Código Civil, “que establece como módulo de diligencia el que corresponde a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, y que la doctrina considera como la diligencia de un buen padre de familia”⁶⁷.

En consecuencia, podemos afirmar que la determinación de la debida diligencia se realizará atendiendo al caso concreto. En mi opinión, y tal como veremos a continuación, no se sigue un criterio claro y definido, sino que más bien, es una opinión subjetiva del Tribunal.

El supuesto de hecho que contiene la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 25 de abril, consiste en la sustracción de unas tarjetas de crédito que se encontraban en el interior de un bolso. La titular de las mismas, se encontraba trabajando en su consulta sita en una clínica, considerada como lugar de atención al público. Su bolso estaba perfectamente cerrado en la cajonera de su mesa. El contenido de la cajonera donde se ubicaba el bolso, en el que a su vez guardaba el billetero con las tarjetas, no era visible al público pero no era un cajón cerrado con llave, lo cerrado era el bolso. Haciendo memoria, la titular estaba plenamente convencida de que las tarjetas fueron sustraídas por cuatro personas que entraron en la consulta y que mostraron una actitud bastante sospechosa (mientras la titular atendía a una de ellas, los otros se movían continuamente cambiando de lugar, le quitaban visibilidad...). Además, la titular manifestó que no solía utilizar las tarjetas habitualmente.

La sentencia de la Audiencia declaró que tratándose de un lugar de atención al público el bolso que contenía el billetero con las tarjetas debía estar, no solo oculto a la vista de terceros, sino en un compartimiento cerrado al que no pudiera acceder un tercero en contra de la voluntad de la actora sin llamar su atención, o, en otro caso, en lugar siempre visible para dicha actora, de modo que cualquier acción sobre el bolso pudiera ser advertida por ella; además el extraño comportamiento de las cuatro personas debió poner sobre aviso a la titular de las tarjetas, al menos comprobando sus objetos personales de valor una vez abandonaron la clínica. De esta manera, se hubiera percatado de la sustracción de las tarjetas, e incluso podría haber llegado a impedirla.

⁶⁷ SAP de Islas Baleares, de 25 de junio de 1999; SAP de Salamanca, de 1 de junio de 2004; SAP de Castellón, de 5 de noviembre de 2004.

Tras lo expuesto, mi pregunta es ¿por qué debería comprobarlo? Como señala la jurisprudencia, “sería exagerado el pretender que el titular comprobase cada hora del día se ha extraviado o le ha sido sustraída una tarjeta de crédito o pretender medidas excepcionales para evitar la sustracción o pérdida”⁶⁸. Asimismo, es destacado por la doctrina que la exigencia de una diligencia mayor y más específica pudiera tener sentido si, paralelamente a la experiencia acumulada por el emisor, se diesen por éste titular o usuario instrucciones más precisas sobre el cuidado de la tarjeta⁶⁹. En este caso, la Audiencia consideró que las medidas exigidas no eran excepcionales, porque se trataba de un lugar de atención al público y en estos lugares es frecuente que se produzcan hechos como los acaecidos. Además, la anómala actitud de las cuatro personas exigía sospechar fundadamente una posible sustracción y comprobar que las tarjetas continuaban en el bolso.

Debo manifestar mi disconformidad con esta resolución. De acuerdo que la clínica es un lugar de atención al público, pero hay que tener en cuenta que la sustracción se produjo en la consulta de la titular. No creo que se deba calificar una consulta como lugar de atención al público en el sentido estricto de la palabra. ¿Cuántas personas suelen o pueden llegar a entrar en la consulta de un médico a la vez? Normalmente, entre una y tres personas. Sin embargo, la posibilidad de que entraran cuatro personas no es tan disparatada. Por otro lado, tenemos que considerar que una consulta no es un lugar típico para cometer un robo de unas tarjetas. ¿Tenía que pensar la titular que aquellas personas con una conducta extraña iban a robarle? Yo pienso que no. Finalmente, la resolución hace mención de que la titular debería haber guardado el bolso en un lugar más seguro o al menos, haberlo mantenido a la vista. En mi opinión, la cajonera de su mesa no es un lugar al que pueda acceder cualquiera, y no queda fuera del alcance visual de la titular.

No obstante lo expuesto, continuemos viendo supuestos donde se discute sobre la diligencia en la custodia que debe cumplir el titular de los instrumentos de pago.

El siguiente caso se contempla en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 24 de septiembre. En el mismo, unos ladrones forzaron el coche del titular de la tarjeta de crédito, llevándose consigo la citada tarjeta, el DNI, así como otros objetos personales. La Audiencia manifestó que el hecho de que el número

⁶⁸ SAP Baleares, de 25 de junio de 1999.

⁶⁹ SAP Baleares, de 25 de junio de 1999. [En aquellos casos en los que las cláusulas de los contratos se limiten a reproducir lo establecido en las Recomendaciones o no establecieran ningún requisito adicional para la custodia y la comunicación, no se podrá exigir al usuario ese añadido].

secreto o PIN, se pudiera averiguar con facilidad a través de la fecha de nacimiento señalada en el DNI, pone de manifiesto la falta de diligencia en la custodia del instrumento de pago.

En este sentido, la jurisprudencia señala, que sin perjuicio de cualesquiera otros supuestos, “se entiende que concurre negligencia grave cuando el dato del PIN está de tal modo unido a la tarjeta que el robo o extravío de ésta conlleva información del PIN”⁷⁰.

Para finalizar con el análisis de los supuestos sobre falta de diligencia en la custodia de los instrumentos de pago, examinaremos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 15 de febrero. En este caso, el titular poseía varias tarjetas electrónicas que portaba en su cartera, la cuál estaba en el bolsillo de su chaqueta. A su vez, dejó la chaqueta dentro de su vehículo, que estaba estacionado en el aparcamiento del restaurante al que había ido. Los ladrones entraron en el vehículo forzando la puerta delantera derecha y sustituyeron las tarjetas robadas, por otras que habían sido sustraídas a terceros.

A priori, este supuesto podría ser analizado desde el mismo punto de vista que el anterior, puesto que en ambos casos, las tarjetas fueron sustraídas del interior de un vehículo. De este modo, la conducta del titular sería considerada como negligente. Sin embargo, en este caso había un elemento añadido por el cuál debían ponderarse todas las circunstancias que rodearon a la sustracción. Los terceros se apoderaron de las tarjetas, accedieron al vehículo por la puerta del copiloto sin que conste dejaran huellas externas que avisaran de su forzamiento, y lo que es más importante, no se llevaron dinero en metálico y sustituyeron las tarjetas sustraídas por otras, provocando una apariencia de normalidad. Por tanto, no podía considerarse que la conducta del titular fuera negligente.

En este caso, debo mostrar mi conformidad con el razonamiento seguido por la Audiencia. En mi opinión, el hecho de que las tarjetas sustraídas fueran intercambiadas por otras, es determinante. Este argumento no solo podría ser utilizado para este supuesto concreto. Se podría presumir que para otros casos, en los que habiendo sustracción de las tarjetas de crédito y los ladrones hubieran creado una apariencia de normalidad sustituyéndolas por otras, no habría conducta negligente por parte del titular.

⁷⁰ SAP de Madrid, de 25 de abril de 2006.

En segundo lugar, y tal como hemos dicho, el deber de custodia está íntimamente ligado con el deber de comunicar la sustracción a la entidad. En este sentido, la Recomendación 88/590/CEE y la Ley de Servicios de Pago, reflejan la necesidad de que dicha comunicación se lleve a cabo sin demora indebida en cuanto se tenga conocimiento de ello.

Es por ello que las fórmulas “de forma inmediata”, “urgentemente”, “de inmediato”, “a la mayor brevedad”, son imprecisas, inciertas y abusivas, y deben sustituirse por la de “sin demora indebida en cuanto se tenga conocimiento del hecho”. Por otro lado, la fórmula ‘veinticuatro horas de su acaecimiento’ también se considera abusiva, no por el límite temporal que fija, sino por que señala “de su acaecimiento”, lo que puede ser abusivo en casos en que no se conoció la pérdida o extravío sin existir mala fe, ni falta de diligencia⁷¹.

Tras lo expuesto, la primera pregunta que me surge es, ¿cómo se evalúa si la comunicación se realizó dentro de los parámetros de demora debida? Es obvio que se deberán analizar las circunstancias de cada caso, pero no deja de ser una valoración bastante subjetiva. Por otro lado, no puedo estar más de acuerdo en que una cláusula que estableciera un plazo desde el acaecimiento sería abusiva, puesto que se convertirían en plazos muy inmediatos y difíciles de cumplir. Además, el hecho que no se cumplieran, no significa que hubiera mala fe por parte del usuario.

2.1.2 Obligaciones de los proveedores

De acuerdo con el artículo 28 de la Ley de servicios de pago, las obligaciones de los proveedores de servicios serán las siguientes: a) Garantizar que en todo momento estén disponibles medios adecuados y gratuitos que permitan al usuario de servicios de pago efectuar la comunicación conforme se ha producido la sustracción de su tarjeta o libreta, o solicitar un desbloqueo con arreglo a lo dispuesto en la misma Ley. A este respecto, el proveedor de servicios de pago facilitará, también gratuitamente, al usuario de dichos servicios, cuando éste se lo requiera, medios tales que le permitan demostrar que ha efectuado dicha comunicación, durante los 18 meses siguientes a la misma. Si el proveedor de servicios no tuviera disponibles los medios adecuados para que pudiera notificarse en todo momento el extravío o la sustracción de los instrumentos de pago, el

⁷¹ STS, de 16 de diciembre de 2009.

ordenante (titular de la tarjeta o libreta) no será responsable de las consecuencias económicas que se deriven de la utilización de dicho instrumento de pago, salvo en caso de que hubiera actuado de manera fraudulenta (artículo 32.4 Ley 16/2009); b) La entidad financiera deberá impedir cualquier utilización del instrumento de pago una vez efectuada la notificación de la sustracción.

Las entidades financieras pueden alegar que solo es posible conocer de la sustracción a través de la comunicación de sus clientes. Sin embargo, si la entidad financiera actuara con diligencia, aún sin la comunicación del cliente, puede conocer de la sustracción o extravío de los instrumentos de pago. Concretamente, hay casos en los que las entidades de crédito han advertido de usos indebidos o de intentos de usos indebidos. De esta manera, se podrían evitar muchos de los cargos que se intentan realizar sobre la cuenta de sus clientes.

2.1.3 El uso indebido del número de identificación personal (PIN)

Pese que para esta cuestión, es aplicable el análisis que hemos realizado sobre la diligencia en la custodia de los instrumentos de pago, conviene realizar una serie de precisiones.

El titular de la tarjeta deberá soportar la pérdida económica que se produzca por operaciones inautorizadas que exigen el marcaje del número secreto, salvo que demuestre que se vio obligado a revelarlo por fuerza mayor o coacción.

De todas formas, esta afirmación parece no agotar todos los supuestos posibles, ya que existen casos en los que con un equipo técnico adecuado, resulta innecesario conocer el número secreto. “Frente a estas captaciones subrepticias del PIN, poco puede hacer el usuario, sin que medie coacción o fuera mayor en sentido estricto”⁷²

⁷² CASTILLA CUBILLAS, M., “Sobre la abusividad de determinadas cláusulas en ciertos contratos bancarios y la pretendida intensificación de la protección judicial de sus adherentes”, Aranzadi Doctrinal, Núm. 5, 2010, p. 7.

2.1.4 *Carácter abusivo*

Serán consideradas abusivas, aquellas cláusulas que eximan totalmente de responsabilidad a la entidad bancaria, de manera indiscriminada, sin matización o modulación. Este hecho, causaría un perjuicio al consumidor, además de ir en contra del principio de buena fe objetiva. Por otro lado, también serían abusivas aquellas cláusulas que exoneraran de responsabilidad al consumidor o usuario en su totalidad.

La Recomendación 88/590/CEE, establece para el caso de sustracción o pérdida, un sistema de responsabilidad objetiva del titular pero limitado en la cuantía, hasta que notifique la desaparición, salvo que concurra negligencia por su parte.

Asimismo, la Recomendación 87/598, sobre el Código de buena conducta en materia de pago electrónico, la Recomendación 97/489, que la revisa y la actualiza, y la Ley de Servicios de Pago, contemplan la responsabilidad del titular de la tarjeta durante el tiempo que media entre su pérdida o sustracción ilegítima hasta la notificación de este hecho al emisor en solo 150 euros, excepto cuando haya actuado de forma fraudulenta o negligentemente grave en el cumplimiento de sus obligaciones de uso y cuidado adecuados del instrumento electrónico, mantenimiento del secreto sobre su PIN o demora en la notificación al emisor de la pérdida, sustracción o falsificación del instrumento electrónico⁷³.

No obstante, según lo dispuesto en el artículo 3.1 CC, la interpretación de estas Recomendaciones debe realizarse atendiendo a las circunstancias concretas de cada supuesto.

La doctrina considera que la razón para establecer este sistema de limitación de responsabilidad del usuario de instrumentos de pago se justifica en que el sistema para el funcionamiento de las tarjetas lo dispone el emisor o un tercero con el que el emisor contrata su uso en beneficio propio y el sistema operativo de las tarjetas electrónicas no es completamente seguro; en el estado actual no se puede garantizar una seguridad absoluta y quien tiene el primer deber de impedir el mal uso de la tarjeta es el emisor que ha puesto en marcha el sistema y de ahí su responsabilidad por circunstancias relativas al funcionamiento del sistema cuyos riesgos y limitaciones él

⁷³ SAP de Asturias, de 15 de febrero de 2005.

conoce y que no deben ser imputados al usuario, y, de ahí, también que sea de su cargo la prueba de la mala fe o negligencia grave del usuario o titular de la tarjeta⁷⁴.

2.2 Exoneración de responsabilidad por el comportamiento de los proveedores de bienes o servicios

Para analizar el carácter abusivo de este tipo de cláusulas, deberemos tener en cuenta los tipos de relaciones existentes. En primer lugar, la entidad financiera y el titular de la tarjeta tienen una relación de tipo contractual. Por otro lado, la relación entre el titular de la tarjeta y el establecimiento de un tercero mantendrán una relación estrictamente comercial. Finalmente, la entidad financiera y el establecimiento tienen una relación contractual “a través de la común adhesión al sistema o de la existencia de convenios específicos”⁷⁵.

Este tipo de cláusulas pueden adoptar la siguiente forma:

“El banco permanecerá ajeno a las incidencias y responsabilidades que pueden derivarse de la operación realizada entre el establecimiento y el titular de la tarjeta”

El Tribunal Supremo ha entendido que esta cláusula se refiere a las operaciones realizadas entre el titular de la tarjeta y el establecimiento donde la pretende utilizar como medio de pago. Por tanto, no habría un incumplimiento de las obligaciones de la entidad financiera. Asimismo, entiende que quedan fuera de esta cláusula, aquellos supuestos en que se exima de responsabilidad a la entidad emisora de las tarjetas cuando no se puedan utilizar por causas imputables a dichas entidades⁷⁶.

Por otro lado, según CASTILLA⁷⁷, debemos tener en cuenta que “el propósito de los artículos 14 y 15 LCC y de toda técnica de la conexión contractual, es vincular al financiador de la adquisición de un bien o servicio, con el comportamiento de quien lo proporciona”. En este sentido, SÁNCHEZ-CALERO⁷⁸ señala que cualquier anomalía que determine un perjuicio para el consumidor motivado por un mal funcionamiento del sistema determinará una responsabilidad propia de la entidad emisora, sin que deba

⁷⁴ SAP de Madrid, de 25 de abril de 2006.

⁷⁵ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Tarjetas de crédito y tutela del consumidor”, Revista de derecho bancario y bursátil, Núm. 98, 2005, p. 104.

⁷⁶ STS, de 16 de diciembre de 2009.

⁷⁷ CASTILLA CUBILLAS, Op.cit., p. 10.

⁷⁸ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Op.cit., p. 105.

admitirse la limitación o exoneración de esa responsabilidad por la vía de las condiciones generales aplicables.

No puedo estar más de acuerdo con las argumentaciones de la doctrina. Las entidades de crédito son titulares de los medios tecnológicos que ponen a disposición de sus clientes. Por tanto, deberán responder frente a los clientes de cualquier fallo que se pudiera producir en sistemas de terceros vinculados con la tarjeta, así como por aquellos fallos relativos al desgaste de la banda magnética o del chip. Por otro lado, debo mostrar mi disconformidad con lo expuesto por el Tribunal Supremo, ya que no justifica el motivo por el cuál la cláusula no comprende aquellos supuestos en los que no se pudieran utilizar las tarjetas por causas imputables a las entidades. De acuerdo con lo expuesto, considero que la cláusula debería ser declarada abusiva.

3. Repercusión sobre el consumidor de fallos, defectos o errores administrativos

Dentro de este supuesto se encuadran los defectos, errores o averías producidos en los mecanismos establecidos por entidades bancarias, ofertados a sus clientes como medio para realizar operaciones de ingresos o extracciones de fondos.

El artículo 30 de la Ley de Servicios de Pago señala que cuando un usuario de servicios de pago niegue haber autorizado una operación de pago ya ejecutada o alegue que ésta se ejecutó de manera incorrecta, corresponderá a su proveedor de servicios de pago demostrar que la operación de pago fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico o cualquier otra deficiencia. A estos efectos, el registro por el proveedor de servicios de la utilización del instrumento de pago no bastará, necesariamente, para demostrar que la operación de pago fue autorizada por el ordenante, ni que éste actuó de manera fraudulenta o incumplió deliberadamente o por negligencia grave con sus obligaciones de diligencia en la custodia y en la comunicación.

“En estos expedientes, los reclamantes se dirigieron a la entidad para mostrar su disconformidad con ciertas cantidades que había adeudado en sus cuentas, requiriendo la exhibición de los justificantes correspondientes a esos apuntes, a fin de conocer su origen y procedencia, sin que el banco reclamado facilitara la información solicitada. Esta actuación

se estimó impropia de la transparencia y claridad que debe presidir, en todo caso, la operativa bancaria y, como tal, contraria a las buenas prácticas bancarias⁷⁹.

Habiendo probado que el ordenante no actuó con culpa o mala fe, la entidad de crédito deberá hacerse cargo de las consecuencias de la operación.

“Una cliente, a quien le habían robado su libreta de ahorros efectuando posteriormente con la misma varias disposiciones en cajero, afirmaba que ni contaba con número secreto ni había operado nunca en cajero con la libreta. El Servicio entendió ante las discrepancias manifestadas, que correspondía a la entidad- que afirmaba que su cliente había activado esta opción- acreditar que la activación de la libreta para operar en cajeros contaba con el consentimiento de su cliente y, al no hacerlo, se estimó que la entidad se había apartado de las buenas prácticas bancarias, no considerándose tampoco correcto que le repercutiera las disposiciones efectuadas con la libreta sustraída⁸⁰.

Por tanto, serán consideradas abusivas aquellas cláusulas que repercutan sobre los usuarios, fallos o defectos que no les fueran directamente imputables. Asimismo, serán abusivas aquellas cláusulas que hagan recaer sobre el ordenante la carga de probar el fallo.

4. Imposición de garantías desproporcionadas

Según el artículo 88 del TRLGDCU, serán abusivas aquellas cláusulas que impongan garantías desproporcionadas al riesgo asumido. Sin embargo, se presume que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica. Asimismo, serán abusivas aquellas cláusulas que atribuyan la carga de la prueba al consumidor y usuario en los casos que debía corresponder a la otra parte contratante.

⁷⁹<http://www.bde.es/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/02/2002msr.pdf>, p. 55

⁸⁰<http://www.bde.es/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/02/2002msr.pdf>, p. 42

4.1 Cláusulas que imponen garantías desproporcionadas al riesgo asumido

Con carácter general, las entidades financieras exigen a sus clientes dos tipos de garantías:

a) Aquellas que se derivan de la concesión de un préstamo⁸¹, como las que no permiten al prestatario celebrar contratos de arrendamiento sin consentimiento del banco, cuando se pacten unas rentas inferiores al 5% o 6%, la constitución de fianzas solidarias o los bloqueos de cuentas bancarias. En nuestro caso, analizaremos la licitud de las cláusulas que permiten a las entidades compensar cualquier clase de saldos.

b) Aquellas que se obtienen al firmarse un pagaré en blanco por los usuarios. La emisión de este pagaré se produce en el momento de formalización del contrato de préstamo. Posteriormente, la entidad lo rellenará unilateralmente según resulte del estado de cumplimiento del préstamo concertado entre ambos.

4.1.1 Cláusulas de Cuenta única

En el sector bancario, es frecuente que las entidades de crédito incluyan en sus contratos las llamadas cláusulas de cuenta única, que constituyen como garantía a favor de la entidad todas las cuentas corrientes del cliente, incluso las que puedan tener mancomunada o solidariamente con terceros. En consecuencia, las cuentas constituyen una unidad, de forma que el saldo deudor que pudiera haber en una de ellas, será compensado con el saldo acreedor de otra. Este tipo de cláusulas, suelen adoptar la siguiente forma:

“Las posiciones acreedoras que el Cliente mantenga con el Banco, cualquiera que sea su naturaleza, garantizan a aquellas deudoras, abarcando esta garantía a todos los titulares del contrato y a todas las posiciones de los mismos, incluso las que puedan tener mancomunada o solidariamente con terceros”.

“Todas las cuentas y depósitos de efectivo o valores que el titular tenga o pueda tener en el Banco en las que figure como titular único o indistinto, quedan afectas al cumplimiento de las

⁸¹ PIAON PULIDO, J., *Derecho de los Consumidores y Usuarios*, Valladolid: Editorial Lex Nova, 2010, p. 187.

obligaciones derivadas de este contrato, pudiendo el Banco compensar y garantizar entre sí dichas cuentas y depósitos⁸².

La licitud de este tipo de cláusulas puede ser analizada desde distintos puntos de vista. En primer lugar, las cláusulas sobre compensación de saldos pueden ser abusivas si se permite realizar la compensación sin cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 1196 CC: a) Que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro; b) Que ambas deudas sean dinerarias, fungibles, de la misma especie y calidad (si ésta se hubiese designado); c) Que las dos deudas estén vencidas; d) Que sean líquidas y exigibles; e) Que sobre ninguna de ellas haya retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor.

En segundo lugar, la jurisprudencia ha sostenido el carácter abusivo de este tipo de cláusulas cuando se faculta a la entidad, la posibilidad de compensar saldos de cuentas que el titular tiene en el mismo banco como autorizado o como titular, con independencia de cuál sea la disposición de dichas cuentas.

“Resulta evidentemente inadmisibile que en una cuenta, aunque sea indistinta o solidaria, cuando presenta un saldo deudor, pueda el Banco cargar nuevas cantidades adeudadas por uno de los titulares obligando al otro a hacer efectivos los correspondientes importes en virtud de la solidaridad derivada del mero hecho de ser asentadas en aquéllas⁸³.

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de diciembre de 2009, señala que no existe en nuestro ordenamiento jurídico norma alguna, que impida al cotitular de una cuenta, debidamente informado, asumir voluntariamente la responsabilidad de otro cotitular deudor, ya que esto forma parte de su libertad contractual. El único requisito exigible es que quien acepta la compensación lo haga de forma voluntaria y teniendo pleno conocimiento del alcance de lo que asume.

Esta situación nos lleva a considerar si el titular dispone de la información necesaria, para tener un conocimiento efectivo de lo que está asumiendo. Según el Tribunal Supremo, estas cláusulas deberán cumplir con los requisitos de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

⁸² STS, de 16 de diciembre de 2009.

⁸³ STS, de 14 de junio de 1991.

No estoy de acuerdo en que el juicio sobre la abusividad de este tipo de cláusulas, se centre en analizar si se cumplen los requisitos de transparencia. Como hemos visto, para determinar si hay un justo equilibrio entre las partes, se deberá realizar un control del contenido de la cláusula, cuya validez dependerá principalmente de la naturaleza de la cuenta, si es individual, solidaria o mancomunada. Asimismo, se deberá exigir un mayor nivel de información y transparencia, a efectos de que un adherente medio pueda conocer de manera efectiva, los extremos del contrato que está celebrando.

4.1.2 La emisión de pagarés en blanco

La emisión de pagarés en blanco es una práctica habitual en el tráfico cambiario. De este modo, es posible emitir un pagaré como garantía del cumplimiento de la obligación existente entre el firmante y el tomador. En estos casos, “el título no se destina a la circulación, sino que se constituye como un título ejecutivo utilizable, siempre de acuerdo con los pactos existentes entre las partes, en caso de incumplimiento”⁸⁴. Sin embargo, el uso de los pagarés en blanco en las relaciones con consumidores debe tratarse de un modo diferente.

En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia menor han cuestionado y enjuiciado negativamente esta práctica. “Mediante el procedimiento descrito, las entidades financieras pueden obtener un título que lleve aparejada ejecución a través del juicio cambiario”⁸⁵. De esta forma, las entidades de crédito obtienen una serie de ventajas, entre las que se encuentra la innecesaria intervención del fedatario público (o Corredor de Comercio).

Las cláusulas contractuales que implican la emisión de un pagaré en blanco para garantizar el cobro de un préstamo, reservan a favor de la entidad de crédito, “un amplio poder unilateral de determinación de la cuantía de la deuda que coloca a los prestatarios en una posición con escasas garantías de defensa”⁸⁶. La obligación cambiaria del firmante deberá entenderse ineficaz cuando sea aplicable la normativa sobre consumidores y usuarios. Además, este tipo de cláusulas deberán ser declaradas nulas de pleno derecho, y por ende, abusivas.

⁸⁴ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Op.cit., p. 127

⁸⁵ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Ibid.

⁸⁶ PIAON PULIDO, Op.cit., p. 187.

4.2 Cláusulas que invierten la carga de la prueba

El artículo 88 TRLGDCU establece que serán abusivas aquellas cláusulas que atribuyan la carga de la prueba al consumidor, en los casos que debía corresponder a la otra parte contratante.

En este sentido, a lo largo de este trabajo hemos contemplado una serie de casos en los que existirá el deber de una de las partes, de probar los hechos y las circunstancias en los que se desarrollaron dichos supuestos.

Tal como hemos visto, la carga de la prueba de los errores, defectos o averías que hubieran podido producirse en los mecanismos que la entidad de crédito pone a disposición de sus clientes, corresponderá a la misma entidad.

Por otro lado, la carga de la prueba de una fuerza mayor o coacción (en la sustracción de una tarjeta), corresponde al que la sufrió, porque en otro caso, se crea para la entidad una situación de *probatio diabólica* atribuyéndole las consecuencias de una falta de prueba de un hecho negativo de imposibilidad probatoria⁸⁷. Sin embargo, en aquellos supuestos en los que se produjeron captaciones subrepticias para averiguar el PIN, habrá que atender a cada supuesto concreto, para determinar a quien le corresponde la carga de la prueba.

Debo mostrar mi conformidad con las argumentaciones expuestas. No obstante, considero que sería conveniente que la Ley estableciera un listado de supuestos que determinara con carácter general, a quien le corresponde la carga de la prueba en cada uno de ellos.

5. Cláusulas sobre intereses

La normativa relativa a la intervención y disciplina de las entidades de crédito descansa en los principios de libertad de mercado y libertad de competencia. Así queda reflejado en el artículo 1 de la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, que establece que los intereses de las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito serán los

⁸⁷ STS, de 16 de diciembre de 2009.

que libremente se pacten, cualquiera que sea la modalidad y plazo de la operación y la naturaleza del sujeto con el que se concierten.

5.1 Cláusulas suelo

En los últimos años, las condiciones generales relativas a los intereses bancarios han sido objeto de discusión por parte de la jurisprudencia y la doctrina, debido a la incorporación en los contratos de préstamo hipotecario de las cláusulas <<suelo>>.

La licitud de estas cláusulas se ha puesto en entredicho debido a que impiden que los prestatarios puedan beneficiarse de las bajadas de tipos de interés que se están dando en la actualidad económica.

Cuando un préstamo se pacta con un tipo de interés variable, estará sometido a las fluctuaciones de los tipos de interés (a diferencia de si se hubiera pactado un tipo de interés fijo). Se partirá de un tipo de interés inicial, que se irá revisando según el comportamiento de los tipos. De esta manera, cuanto mayor sea el tipo de interés, mayor será el capital a devolver por el prestatario, y viceversa.

A partir de aquí, existe la posibilidad de contratar un préstamo con un tipo de interés variable, pero acotado según determinados parámetros, y mediante diferentes dispositivos contractuales. De este modo, se modifican las consecuencias de las fluctuaciones del índice de referencia que afectan a las obligaciones netas de pago del prestatario.

Dentro de esta posibilidad, podemos contratar tres modalidades diferentes⁸⁸:

a) Techos: Los tipos de interés aplicables al préstamo únicamente podrán ascender hasta una cifra máxima predeterminada. Por tanto, mitigan el riesgo para el prestatario.

b) Suelos: se restringen los descensos del índice de referencia, es decir, se establece un límite mínimo por debajo del cual no puede bajar el tipo de interés aplicable a la correspondiente operación, dejando inoperable la variabilidad que pueda producir en el

⁸⁸ CASTILLA CUBILLAS, M., "Sobre la abusividad de las cláusulas de <<suelo>> hipotecario y el Informe al respecto del Banco de España", Aranzadi Doctrinal, Núm. 1, 2011, p. 3.

índice de referencia. Desde el punto de vista de los prestatarios, se incrementa el riesgo ya que las cantidades a pagar no se verán reducidas por debajo de una determinada cantidad.

c) Horquillas: Los intereses se pactan con un <<suelo>> y un <<techo>> de manera conjunta.

Como hemos dicho, el núcleo de nuestro análisis se centrará en las cláusulas <<suelo>>. El carácter abusivo de estas cláusulas puede ser analizado desde dos puntos de vista diferentes. No obstante, con carácter previo a este análisis deberemos determinar si las cláusulas <<suelo>> forman parte de los elementos esenciales del contrato.

5.1.1 Carácter de las cláusulas suelo

Esta cuestión es ampliamente discutida por parte de la jurisprudencia y la doctrina.

Según ALFARO⁸⁹, la cláusula que establece un suelo forma parte del 'precio' del préstamo, ya que es una práctica que los bancos han empezado a utilizar, como consecuencia de que hoy en día, el Euribor está en términos negativos debido a las políticas monetarias anticrisis.

Por otro lado, las sentencias del Juzgado Mercantil de Sevilla, de 30 de septiembre de 2010 y del Juzgado Mercantil de León, de 11 de marzo de 2011, razonaron en sus fallos que las cláusulas <<suelo>> eran abusivas por falta de proporcionalidad entre las prestaciones de las partes. Al haber realizado el control de contenido, presumimos que entendieron que estas cláusulas no definían el objeto principal del contrato y quedaban excluidas del precio.

Finalmente, la doctrina jurisprudencial manifiesta que la exclusión del control de contenido solamente es predicable de los pactos que fijan la extensión del precio, es decir, tratándose de un contrato de préstamo, respecto de las cláusulas que fijan la

⁸⁹<http://www.derechomercantilesmana.blogspot.com/>

magnitud del tipo de interés, pero no de las cláusulas que solamente inciden en su cálculo o determinación⁹⁰.

Dado que no existe una opinión unánime, y la jurisprudencia todavía no ha aplicado de forma clara, el control de contenido sobre los elementos esenciales de un contrato, la abusividad de las cláusulas suelo puede ser determinada desde dos puntos de vista.

En primer lugar, si consideramos que las cláusulas no definen el objeto principal del contrato y por tanto, están sujetas al control de contenido, las cláusulas podrán ser declaradas abusivas por falta de reciprocidad entre las partes. En este sentido, el artículo 85.3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece que serán abusivas aquellas cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo que concurran motivos válidos especificados en el contrato.

No obstante, en los contratos referidos a servicios financieros, este criterio se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el empresario se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el empresario esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna.

Este precepto deberá entenderse en relación con el artículo 82 del Texto Refundido que establece que se considerarán abusivas aquellas cláusulas que conlleven un desequilibrio importante de los derechos y las obligaciones de las partes.

En cambio, si consideramos que las cláusulas definen el objeto principal del contrato y están contenidas en el precio, únicamente podrán ser declaradas abusivas por no estar redactadas de una manera clara y comprensible.

⁹⁰ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *“Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”*, Aranzadi Civil, Núm. 9, 2011, p. 4.

5.1.2 *Carácter abusivo de las cláusulas suelo por falta de reciprocidad en las prestaciones de las partes*

Como ya hemos adelantado, las sentencias del Juzgado Mercantil de Sevilla, de 30 de septiembre de 2010 y del Juzgado Mercantil de León, de 11 de marzo de 2011, consideraron abusivas las cláusulas <<suelo>> en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable. No obstante, las resoluciones de estas sentencias han sido calificadas de erróneas por gran parte de la doctrina. Según CASTILLA⁹¹, el hecho de que el riesgo del préstamo se gestione con <<techos>> o <<suelos>> no implica en sí mismo una pérdida de la equivalencia de las prestaciones del negocio. Asimismo, declara, que no es preciso para el equilibrio de las prestaciones, que el <<suelo>> y el <<techo>> fijados sean simétricos, es decir que disten los mismos puntos porcentuales respecto del tipo de interés inicial.

Del criterio utilizado por ambas resoluciones, se pueden extraer las siguientes conclusiones⁹²:

- a) En el caso de que existiera suelo pero no techo, la cláusula suelo debe considerarse siempre abusiva por falta de reciprocidad entre la entidad prestamista y el prestatario.
- b) Además, la cláusula suelo sería lícita si las acotaciones se mantuvieran en un umbral razonable.

“Solo cabría reputar en principio la licitud de todo pacto de cobertura o de limitación de riesgos de variabilidad, que cubriera recíprocamente a ambas partes en igual o análoga medida o alcance”

5.1.3 *Carácter abusivo de las cláusulas suelo por no estar redactadas de una forma clara y comprensible*

De acuerdo con el artículo 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, las estipulaciones que forman parte del objeto del contrato, no son susceptibles de ser catalogadas como abusivas, porque con respecto a ellas, juega un papel importante la

⁹¹ CASTILLA CUBILLAS, Op.cit., “Sobre la abusividad de las cláusulas de <<suelo>> hipotecario y el Informe al respecto del Banco de España”, p. 3.

⁹² PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Op.cit., “Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, p. 2.

autonomía de la voluntad de las partes. Por tanto, cuando el juzgador quiera determinar la abusividad de una cláusula suelo, no deberá realizar una comparativa de precios con otras entidades, ya que el precio y su correspondiente contraprestación han sido libremente elegidos por el consumidor. Por ello, la única cuestión a analizar en estos casos, es si la cláusula fue redactada de una forma clara y comprensible.

El ordenamiento jurídico entiende que las cláusulas suelo son lícitas si resultan de un acuerdo entre las partes y cumplen con los requisitos fijados por la Orden Ministerial sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios⁹³. Los requisitos formales que deben cumplir son: a) La oferta vinculante de la entidad financiera debe formularse por escrito y deberá contener los límites mínimo y máximo a las variaciones de los tipos de interés; b) El derecho de que el prestatario pueda examinar el proyecto de escritura de préstamo en el despacho del Notario durante los tres días hábiles anteriores al otorgamiento de la misma; c) Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés. En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes.

En la valoración que realiza el Informe del Banco de España, se considera que el cumplimiento de estos requisitos formales es suficiente para garantizar que los usuarios bancarios puedan conocer el alcance del contrato de préstamo hipotecario y sus respectivas cláusulas. No obstante, al tratarse de una materia relativa a consumidores y usuarios, lo establecido en la Orden se entenderá con independencia de lo establecido en el TRLGDCU (artículo 2.2 O.M 5 de mayo de 1994)⁹⁴.

En conclusión, las normas contenidas en la Orden Ministerial no son suficientes para determinar si una cláusula se redactó de forma clara y comprensible para el cliente bancario.

El deber de transparencia en la fijación del precio impone una responsabilidad a las entidades financieras en el diseño de sus ofertas contractuales que asegure un conocimiento efectivo por parte del cliente típico del coste real del crédito en su integridad, sin que sea suficiente que aquéllas ofrezcan una mera posibilidad de

⁹³ <http://www.senado.es/legis9/publicaciones/pdf/senado/bocg/l0457.PDF>

⁹⁴ El artículo 4 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación excluye de su ámbito de aplicación aquellas condiciones que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes. Las cláusulas suelo no se encuentran contenidas en este precepto ya que la Orden Ministerial no las impone, ni dice imperativamente cuáles han de ser los límites mínimos y máximos a las variaciones del tipo de interés.

conocer todos los elementos integrantes del precio para los clientes que sean especialmente diligentes o precavidos⁹⁵.

Por otro lado, la falta del requisito de claridad y comprensibilidad no deriva únicamente de la redacción de la cláusula, sino de una disminución de las expectativas que se había formulado el cliente bancario.

Es aquí cuando se puede haber producido un error en el consentimiento del cliente bancario. Si durante la fase precontractual, las entidades financieras informan a sus clientes sobre el diferencial aplicable al tipo de referencia, o incluso de la cuota a aplicar en la primera liquidación del préstamo, pero omiten la información referente a las cláusulas suelo que limitan a la baja las variaciones de los tipos de interés, se producirá una alteración del precio del crédito que él creía haber contratado.

Antes de la celebración del contrato, el cliente deberá tener un conocimiento efectivo de los elementos esenciales del mismo, para poder otorgar su consentimiento. De hecho, el perfecto conocimiento sobre estos elementos, en los que se incluyen el precio y las cláusulas suelo, será lo que determinará la decisión de contratar por parte del usuario bancario.

En definitiva, las cláusulas <<suelo>> pueden ser declaradas abusivas en la medida que pueden suponer una alteración sorpresiva en el precio del crédito contratado. De haberlo conocido el usuario, podría haber cambiado su decisión de contratar. Esta alteración supone una disminución de las expectativas legítimas de los usuarios, además de ser contrarias a la buena fe.

5.2 Intereses moratorios

Los intereses pactados en las cláusulas suelo tienen una función de retribución. A diferencia de éstos, los intereses moratorios tienen una función indemnizatoria. Su causa se encuentra en el comportamiento moroso del deudor.

Pese a su naturaleza sancionadora, el interés moratorio debe moderarse para mantener un justo equilibrio de las prestaciones de las partes. En este sentido, no existe en

⁹⁵ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., Op.cit., “*Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario*”, p. 9.

nuestro ordenamiento jurídico ninguna norma que con carácter general, sirva de referencia para determinar cuál debe ser el interés moratorio en cada contrato de préstamo. Son de dudosa aplicación las prescripciones de la Ley de Represión de la Usura y el artículo 1108 CC⁹⁶. Por otro lado, tiene valor orientativo el artículo 19.4 de la Ley de Crédito al consumo.

“A los efectos de valorar si los intereses pactados pueden ser tachados de desproporcionados, un sector mayoritario de las Audiencias Provinciales sostiene que parece adecuado el tener en cuenta, con un carácter orientativo, los criterios manejados por el legislador en supuestos próximos y así el art. 19.4 de la Ley 7/1995, de Crédito al Consumo, vino a disponer que en ningún caso se podrá aplicar a los créditos que se concedan en forma de descubiertos en cuentas corrientes un tipo de interés que de lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero⁹⁷.”

En todo caso, no debemos olvidar que pese a tratarse de tipos de interés altos, cumplen con una función indemnizatoria por incumplimiento del deudor. Por tanto, podrá ser elevado, siempre y cuando, sea proporcional al interés retributivo fijado en el contrato y no vaya en contra de la reciprocidad entre las partes.

De acuerdo con lo expuesto, para la determinación de la ilicitud de las cláusulas relativas a los intereses moratorios, se deberán examinar las circunstancias de cada caso concreto.

De este modo, la Audiencia Provincial de Madrid en su Sentencia de 28 de junio de 2003 declaró que un interés moratorio del 29% es abusivo, puesto que comparándolo con el interés retributivo del 8,5% que se daba en el caso, la mora supone una diferencia de más del 20%. En cambio, la Sentencia de la Audiencia de Valencia de 14 de febrero de 2005, declaró válido un interés de demora que supere en 10 puntos al interés legal del dinero.

⁹⁶ En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2001 ha señalado que los intereses moratorios no tienen la consideración de intereses reales ni se les debe aplicar la Ley de Represión de la Usura. En cambio, la sentencia del mismo Tribunal de 7 de mayo de 2002 mantiene que <<...aunque el hecho de que los pactos sobre intereses de demora, anatocismo y cláusula penal son permitidos por el CC, no escapan a la aplicación de la L. 23 Jul. 1908, que se refiere en el art.1 a la estipulación de un interés sin distinguir clase o naturaleza>>.

⁹⁷ SAP Tenerife, de 26 abril de 2006.

6. Cláusulas sobre comisiones

El artículo quinto de la Orden Ministerial de 1989, manifiesta el principio de libertad de fijación por parte de las entidades de crédito de los intereses y comisiones aplicables en los contratos bancarios.

No obstante, las entidades de crédito deben tener en cuenta un doble requisito a la hora de fijar sus comisiones: a) En ningún caso podrán cargar comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente; b) Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o gastos habituales.

Las entidades de crédito establecerán y harán públicas, previo registro en el Banco de España unas tarifas de comisiones y gastos repercutibles con indicación de los supuestos y, en su caso, periodicidad, con que serán aplicables. Por tanto, en aquellos casos en los que el Banco elevará sus comisiones por encima de la tarifa publicada, será aplicable la regla de la condición más beneficiosa. En este caso, la condición general prevalecerá sobre la condición particular, ya que la primera es más beneficiosa para el consumidor o usuario de servicios bancarios.

Los casos más habituales que han conocido nuestros Tribunales en materia de comisiones, concretamente en el ámbito de la normativa de consumidores y usuarios, han estado relacionados con la oscuridad de la redacción de las cláusulas bancarias, así como de la vulneración de las entidades de crédito, de los requisitos esenciales de información y publicidad a sus clientes.

Conclusiones

En este trabajo, se han analizado la licitud de una serie de cláusulas habituales en la contratación bancaria, pudiéndose formular las siguientes conclusiones finales.

La realidad económica y social demuestra que la mayor parte de los contratos bancarios contienen condiciones generales de la contratación, que son un conjunto de reglas que el empresario bancario establece con el fin de uniformar el contenido de los contratos que celebra. Este hecho, afecta a la libertad contractual de los usuarios bancarios, que se sitúan en una posición de inferioridad, ya que no podrán negociar, ni modificar los términos establecidos en el contrato. De ahí, que en ocasiones, los empresarios bancarios abusen de su superioridad, redactando condiciones que causan un patente desequilibrio entre las prestaciones de las partes, perjudicando de forma clara al consumidor.

Por este motivo, en los últimos años han aumentado los litigios en los que se confrontan los intereses de los consumidores y usuarios frente a los empresarios bancarios. Con el fin de analizar el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato bancario, el juzgador deberá seguir una serie de pasos comunes a todos los litigios.

En primer lugar, deberá determinar si se trata de unas condiciones generales. Para ello, deberá comprobar que cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 1.1 LCGC, es decir, deben ser cláusulas predispuestas, cuya incorporación al contrato se realice por una de las partes, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

En segundo lugar, el juzgador deberá delimitar el contenido contractual comprobando que las cláusulas reúnan los requisitos de inclusión previstos en el artículo 5 LCGC. De este modo, las cláusulas deberán haber sido entregadas correctamente al adherente, y redactarse conforme a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. El resultado negativo del control de inclusión, supondrá la no incorporación de las cláusulas al contrato.

Una vez determinado el contenido contractual, deberá proceder a la aplicación de las reglas de interpretación. En este sentido, deberá realizar dos distinciones. Primero, deberá comprobar si concurren condiciones generales con condiciones particulares. En este caso, se aplicarán las condiciones particulares, salvo que las condiciones generales fueran más beneficiosas. Por otro lado, si se encuentra ante cláusulas

dudosas, oscuras o ambiguas, donde deberá interpretar el contrato en un sentido favorable al consumidor.

Una vez haya delimitado el contenido contractual, deberá indagar a través de los instrumentos de control, si es abusivo o no lo que se dispone en la correspondiente cláusula. El primero de estos instrumentos consiste en declarar abusivas todas aquellas cláusulas que se subsuman en los tipos establecidos por el legislador en la Ley. En el caso de que no se pudieran subsumir en ninguno de los casos enunciados, se llevará a cabo un control de contenido, que consiste en desempeñar una serie de operaciones de naturaleza valorativa, con la finalidad de ver si la regulación material recogida en la cláusula es conforme al principio de buena fe objetiva. Si el resultado negativo de este control, fuese negativo, la cláusula se calificará como abusiva y por ende, nula de pleno derecho.

En nuestro estudio, hemos podido ver como el juzgador se encuentra ante un sinfín de cláusulas bancarias cuya naturaleza es dudosa, o presumiblemente abusiva. En este sentido, es discutible el carácter lícito de algunas cláusulas de vencimiento anticipado, de aquellas que exoneran de responsabilidad a las entidades de crédito del uso inautorizado de la tarjeta o libreta debido a su pérdida o sustracción, de aquellas que repercuten sobre el consumidor fallos, defectos o errores administrativos que se puedan producir en los mecanismos establecidos por las entidades bancarias, aquellas que imponen garantías desproporcionadas, como las cláusulas de cuenta única o la emisión de pagarés en blanco, las cláusulas suelo, las cláusulas sobre intereses moratorios o las cláusulas sobre comisiones bancarias.

En la mayoría de contratos de naturaleza crediticia aparecen cláusulas que otorgan al empresario bancario la facultad de resolver el contrato. Pese a que en principio, la problemática se centra en los contratos de duración determinada. No obstante, las cláusulas que permitan al empresario resolver los contratos de duración indefinida en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable, serán abusivas.

Las cláusulas relativas al vencimiento anticipado en los contratos de duración determinada presentan motivos muy variados, de los cuáles, hemos analizado cuatro.

En primer lugar, serán abusivas aquellas cláusulas que faculden al empresario a resolver anticipadamente un contrato cuando se produzca el impago de una sola cuota del préstamo. En este sentido, no existe ningún criterio para valorar cuantas cuotas

deben quedar impagadas para que la entidad de crédito pueda resolver lícitamente el contrato. Por tanto, de acuerdo con las circunstancias de cada caso concreto, serán abusivas aquellas cláusulas que hagan referencia a un incumplimiento irrelevante por parte del consumidor.

Un razonamiento similar se adopta para determinar el carácter lícito de las cláusulas que facultan al empresario bancario para resolver el contrato en caso de que se produzca cualquier tipo de incumplimiento. Este tipo de cláusulas serán consideradas abusivas, ya que únicamente tienen eficacia resolutoria, aquellos incumplimientos de obligaciones de carácter esencial (cuotas, intereses o comisiones), en ningún caso accesorias o irrelevantes.

Siguiendo con nuestro análisis, la resolución anticipada del préstamo por imposibilidad de inscribir la garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad es abusiva. De la cláusula se deduce que la entidad financiera no responde en ningún caso, atribuyendo la carga de la inscripción al consumidor. Por este motivo, esta cláusula es desproporcionada y abusiva, ya que en el caso de que la entidad quisiera condicionar la concesión del préstamo a su inscripción, deberá realizar las comprobaciones que estime pertinentes, a efectos de determinar que fue lo que la imposibilitó.

Para terminar con las cláusulas de vencimiento anticipado, debemos afirmar que una cláusula que permita ejercitar la facultad de resolución anticipada cuando varían las circunstancias económicas del cliente sin más especificación, será abusiva. De este modo, creemos que el embargo de bienes o la pérdida de solvencia del prestatario, no son motivos suficientes para que la entidad ejercite la facultad de resolución anticipada.

El siguiente tipo de cláusulas analizadas, son aquellas que exoneran de responsabilidad a la entidad de crédito por el uso inautorizado de instrumentos de pago debido a su pérdida o sustracción. La Ley determina que la responsabilidad del titular de la tarjeta durante el tiempo que media entre su pérdida o sustracción ilegítima hasta la notificación de este hecho al emisor, será únicamente de 150 euros. No obstante, el alcance de esta responsabilidad se determinará atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto. Por su parte, el titular deberá cumplir con sus obligaciones de uso y cuidado de los instrumentos de pago, mantener en secreto su PIN y no demorarse más de lo debido en la notificación al emisor de la pérdida. Por ello, serán abusivas aquellas cláusulas que exoneren de responsabilidad a la entidad sin tener en cuenta las circunstancias mencionadas.

También consideramos abusivas aquellas cláusulas que exoneran de responsabilidad a la entidad, por el comportamiento de los proveedores de bienes o servicios. Debemos tener en cuenta que las entidades financieras tienen una relación contractual con los establecimientos de bienes o servicios. De esta manera, cualquier anomalía que determine un perjuicio para el consumidor, motivado por un mal funcionamiento del sistema, determina la responsabilidad de las entidades emisoras de los instrumentos de pago.

En un sentido parecido, se argumenta la abusividad de las cláusulas que repercuten sobre el consumidor fallos, defectos o errores producidos en los mecanismos establecidos por las entidades bancarias para la realización de operaciones de ingresos o extracciones de fondos. Si se prueba que el ordenante de las operaciones, no actuó con culpa o mala fe, la entidad de crédito deberá hacerse cargo de las consecuencias derivadas por la operación.

Por otro lado, son abusivas aquellas cláusulas que imponen garantías desproporcionadas al riesgo asumido. Entre las mismas, se encuentran las cláusulas de cuenta única que serán abusivas cuando faculten a la entidad bancaria con la posibilidad de compensar saldos de cuentas que el titular tiene con independencia de la disposición de dichas cuentas, cuando el titular no tenga conocimiento del alcance de lo que asume y cuando la cláusula no esté redactada con arreglo a los criterios de transparencia. También serán abusivas aquellas cláusulas que implican la emisión de un pagaré en blanco, reservando a favor de la entidad de crédito, un amplio poder unilateral de determinación de la cuantía de la deuda, ya que sitúan a los prestatarios en una situación claramente inferior.

Asimismo, se entiende que las cláusulas que invierten la carga de la prueba al consumidor, cuando debía corresponder a la otra parte contratante, suponen una garantía desproporcionada. Por ello, la carga de la prueba de los errores, defectos o averías que hubieran podido producirse en los mecanismos que la entidad de crédito pone a disposición de los clientes corresponderá a la entidad de crédito. En cambio, en aquellos casos en los que se produjeron captaciones subrepticias, averiguando de esta manera el PIN de la tarjeta de crédito, deberá atenderse a las circunstancias de cada caso concreto para determinar a quien le corresponde la carga de la prueba.

Finalmente, pese a que la normativa de las entidades de crédito descansa en los principios de libertad de mercado para la fijación de intereses y comisiones, se deben tener en cuenta una serie de limitaciones.

En el caso de las cláusulas sobre comisiones, la abusividad de las mismas viene determinada, en la mayoría de los casos por un incumplimiento de los requisitos de transparencia, así como de falta de información y publicidad.

La licitud de las cláusulas <<suelo>> está puesta en entredicho ya que impiden que los prestatarios puedan beneficiarse de las bajadas de tipos de interés. El carácter abusivo de estas cláusulas puede determinarse desde dos puntos de vista. En primer lugar, serán abusivas aquellas cláusulas que tuvieran <<suelo>> y no <<techo>>, por causar un desequilibrio entre los derechos de las partes. Sólo serán lícitas, aquellas cláusulas <<suelo>> que estuvieran acotadas dentro de un umbral razonable. En segundo lugar, serían abusivas aquellas cláusulas que no cumplan con los requisitos de transparencia y por tanto, no estén redactadas de una forma clara y comprensible.

Finalmente, las cláusulas sobre intereses moratorios serán abusivas, cuando los intereses indemnizatorios no sean proporcionales al interés retributivo fijado en el contrato, y causen una falta de reciprocidad entre las partes.

Tras haber realizado este análisis, podemos concluir que las cláusulas abusivas en la contratación bancaria cumplen con una serie de características comunes.

En primer lugar, causan un importante desequilibrio entre las prestaciones del empresario bancario y el consumidor. Este desequilibrio se manifiesta tanto desde el punto de vista económico, como desde el punto de vista jurídico. En consecuencia, se produce un quebranto de las exigencias de la buena fe objetiva.

En segundo lugar, hemos podido ver como muchas cláusulas, son declaradas abusivas por el incumplimiento de los requisitos de transparencia. El hecho de que su redacción, no sea clara, comprensible y concreta, dificulta que el consumidor pueda tener pleno conocimiento de los términos del contrato que celebra.

En conclusión, en la celebración de contratos bancarios mediante condiciones generales de la contratación existe un claro desequilibrio entre las partes. Los empresarios bancarios redactan los condicionados haciendo pleno uso de su libertad contractual, mientras que los consumidores únicamente podrán adherirse a los mismos, sin la posibilidad de negociar o modificarlos. Este hecho, implica que el empresario que redacte las cláusulas, no debe abusar de poder, debiendo tratar a la otra parte de una manera leal, equitativa y teniendo en cuenta sus intereses. De no ser así, los

consumidores no solo verían limitada su libertad contractual, sino que se produciría un quebranto del principio de la buena fe, causando un importante desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de ambas partes.

Abreviaturas

CC	Código Civil
CIRCE	Servicio de Reclamaciones del Banco de España
LCC	Ley de Crédito al Consumo
LCGC	Ley de Condiciones Generales de la Contratación
LGDCU	Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

Bibliografía

A) Libros

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid: Editorial Civitas, S.A, 1991.

ANDREU MARTÍ, M., *La protección del cliente bancario*, Madrid: Editorial Tecnos, 1998.

ARROYO MARTÍNEZ, I.; MIQUEL RODRÍGUEZ, M., *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid: Editorial Tecnos, 1999.

BALLESTEROS GARRIDO, J., *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, Barcelona: J. M. Bosch Editor S.A, 1999.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra: Editorial Aranzadi, S.A, 1999.

BOTANA GARCÍA, G.; RUIZ MUÑOZ, M., *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid: Editorial McGrawHill, 1999.

CÁMARA LAPUENTE, S., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Madrid: Editorial Colex, S.A, 2011.

CLAVERÍA GOSALBEZ, L., *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*, Barcelona: Editorial Bosch, S.A, 2008.

CUÑAT EDO, V., *Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias 2*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006.

DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil vol. 2*, Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

ESPIAU ESPIAU, S., *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, 1999.

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

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., *Derecho mercantil 2 vol. 2*, Barcelona: Editorial Ariel, S.A, 2009.

LARROSA AMANTE, M., *Derecho de consumo*, Madrid: El Derecho Editores, S.A, 2011.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid: Libros Dikynson, S.L, 2010.

MELLADO RODRÍGUEZ, M., "El vencimiento anticipado", 1997.

MORLES HERNÁNDEZ, A., *Curso de derecho mercantil vol. 1*, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1998.

NIETO CAROL, U., *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid: Lex Nova, 2000.

NIETO CAROL, U., *Contratos bancarios y Parabancarios*, Valladolid: Lex Nova, 1998.

PARDO GATO, J., *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*, Madrid: Editorial Dijusa, 2004.

PETIT LAVALL, M., *La protección del consumidor de crédito: las condiciones abusivas de crédito*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1996.

PIAON PULIDO, J., *Derecho de los Consumidores y Usuarios*, Valladolid: Editorial Lex Nova, 2010.

SERRA RODRÍGUEZ, A., *Cláusulas abusivas en la contratación: En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, Madrid: Editorial Aranzadi, S.A, 2002.

B) Revistas y publicaciones

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1986", Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Núm. 11, Abril-Agosto 1986.

BOTANA GARCÍA, G., "Cláusulas abusivas en la contratación bancaria", Editorial La Ley, Actualidad Civil, Núm. 16, 2ª Quincena Septiembre 2005.

CARRASCO PERERA, A., "Texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ámbito de aplicación y alcance de la refundición", Aranzadi Civil, Núm 5, 2008.

CASTILLA CUBILLAS, M., "Sobre la abusividad de las cláusulas de <<suelo>> hipotecario y el Informe al respecto del Banco de España", Aranzadi Doctrinal, Núm. 1, 2011.

CASTILLA CUBILLAS, M., "Sobre la abusividad de determinadas cláusulas en ciertos contratos bancarios y la pretendida intensificación de la protección judicial de sus adherentes", Aranzadi Doctrinal, Núm. 5, 2010.

CAVANILLAS MÚGICA, S., "El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias", Aranzadi Civil, Núm.1, 2008.

DUQUE DOMÍNGUEZ, J., "La protección de los derechos económicos y sociales en la LGDCU", Estudios sobre Consumo, Núm. 3, 1984.

GARCÍA CRUCES, J., "Contratación bancaria y consumo", Revista de derecho bancario y bursátil, Núm. 30, 1988.

PAGADOR LÓPEZ, J., "Incorporación de las condiciones generales al contrato. Aplicación jurisprudencial y práctica", Cuadernos de Derecho y Comercio, Núm. 19, Abril 2006.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., "Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario", Aranzadi Civil, Núm. 9.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "Tarjetas de crédito y tutela del consumidor", Revista de derecho bancario y bursátil, Núm. 98, 2005.

PAZ-ARES, C., "La economía como jurisprudencia racional", Anuario de Derecho Civil, Núm. 3, 1981.

C) Páginas webs

http://www.bde.es/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/09/Fich/Criterios_generales.pdf

<http://www.senado.es/legis9/publicaciones/pdf/senado/bocg/l0457.PDF>

http://www.unmsm.edu.pe/derecho/revistas/pdf/10_leyva.pdf

<http://www.bde.es/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/02/2002msr.pdf>

<http://www.derechomercantilespana.blogspot.com/>

<http://proyectos.adicae.net/proyectos/internacionales/dosierlegislacion/dosierpdf/D%20Dictámenes%2010.pdf>

D) Jurisprudencia

D1) Sentencias del Tribunal Supremo

- STS, de 16 de diciembre de 2009
- STS, de 12 de diciembre de 2008
- STS, de 7 de febrero de 2000
- STS, de 27 de marzo de 1999
- STS, de 14 de junio de 1991

D2) Sentencias de las Audiencias Provinciales

- SAP de A Coruña, de 2 de diciembre de 2010
- SAP de Madrid, de 22 de noviembre de 2010
- SAP Tenerife, de 26 abril de 2006
- SAP de Madrid, de 25 de abril de 2006
- SAP de Pontevedra, de 4 de noviembre de 2005
- SAP de Asturias, de 15 de febrero de 2005
- SAP de Valencia, de 14 de febrero de 2005
- SAP de Castellón, de 5 de noviembre de 2004
- SAP de Salamanca, de 1 de junio de 2004
- SAP de Asturias, de 21 de noviembre de 2001
- SAP de Islas Baleares, de 25 de junio de 1999
- SAP de Toledo, de 31 de diciembre de 1993