



Universitat
de Barcelona

LOS ASPECTOS PROCESALES DE LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR ANTE CLÁUSULAS ABUSIVAS

TRABAJO FINAL DE GRADO

Judit Cantero Sánchez

NIUB 16537312

ÁREA TEMÁTICA: PROCESAL CIVIL

SIGLAS IDENTIFICADORAS DE LA LÍNEA: VA

TUTOR: VICENTE PÉREZ DAUDÍ

AÑO 2020/2021, SEGUNDO CUATRIMESTRE

GRADO: DERECHO

SUMARIO

| | |
|--|----|
| INTRODUCCIÓN..... | 3 |
| 1. EL MODELO DE CONTRATACIÓN EN MASA..... | 6 |
| 1.1. La respuesta de la Unión Europea ante el nuevo modelo de contratación..... | 6 |
| 1.2. Análisis de la Directiva 93/13/CEE..... | 8 |
| 2. CONTROL DE TRASPARENCIA..... | 10 |
| 2.1. Triple control de abusividad: Control de incorporación, control de contenido y control de transparencia..... | 10 |
| 2.2. Control y aplicación del control de transparencia..... | 14 |
| 3. EL CONSUMIDOR COMO PARTE..... | 18 |
| 3.1. La acreditación de la condición de consumidor. Especialidad procesales..... | 18 |
| 4. EL PAPEL DE LOS ADR EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DERIVADOS DE CLÁUSULAS NO TRASPARENTES COMO VÍA ALTERNATIVA AL PROCESO JUDICIAL..... | 23 |
| 5. ASPECTOS PROCESALES EN MATERIA DE CONSUMO..... | 28 |
| 5.1. Aspectos generales..... | 28 |
| 5.2. Los intereses individuales y los intereses colectivos o de grupo..... | 30 |
| 5.2.1. Los intereses individuales..... | 30 |
| 5.2.2. Los intereses colectivos..... | 32 |
| 5.2.3. Los intereses difusos..... | 34 |
| 6. ASPECTOS PROCESALES EN EL CONTROL DE TRASPARENCIA DE CLÁUSULAS PREDISPUESTAS..... | 34 |
| 6.1. El papel del juez: control de oficio de las cláusulas..... | 34 |
| 6.2. Inversión de la carga probatoria en procesos con consumidores..... | 37 |
| 6.3. Información notarial como prueba del control de transparencia..... | 39 |
| 7. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE TRASPARENCIA. NULIDAD DE LA CLÁUSULA..... | 42 |
| 7.1. Expulsión de la cláusula no transparente..... | 42 |
| 7.3. Efectos de la sentencia..... | 45 |
| CONCLUSIONES..... | 49 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 53 |

INTRODUCCIÓN

Desde hace unos años es notoria la importancia que va adquiriendo el papel de la transparencia en la contratación, en especial si el foco lo ponemos en el ámbito bancario, que es donde encontramos las consecuencias más gravosas para los consumidores.

Cada vez son más las sentencias que van pronunciándose sobre contratos suscritos con entidades financieras, ya sea por cláusulas suelo o más recientemente cláusulas de vencimiento anticipado o IRPH, donde se le da una gran importancia a la protección del consumidor.

He decidido elegir este tema ya que se trata de un tema de actualidad. Además estoy segura de que irán surgiendo más cláusulas y a causa de esto más jurisprudencia. Hace ya un tiempo que trabajo en el ámbito bancario e internamente puedo afirmar que no se es consciente de la importancia que tiene, tanto para una entidad financiera como para un consumidor, realizar una buena labor a la hora de informar de forma correcta en la fase precontractual las consecuencias que pueden tener las diferentes cláusulas que se incorporan en un contrato, por ejemplo hipotecario.

Desde mi punto de vista creo que es un tema del que todos deberíamos estar concienciados, ya que todos en algún momento asumimos el papel de consumidor y a pesar de que cada vez hay más mecanismos de solución de conflictos para evitar acudir a un proceso judicial, se acaban viendo en un proceso que puede llegar a demorarse años.

En el ámbito financiero es habitual el uso de contratos predispuestos, donde los consumidores se adhieren a condiciones y cláusulas que si no les son explicadas de forma correcta y entendible, no llegan a conocer o a comprender correctamente. Una práctica, que en el momento social en el que vivimos, es el día a día de nuestras operaciones cotidianas. En este sentido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha sido muy crítico en cuanto a la validez de este tipo de contratación, dándole cada vez más peso a la protección del consumidor y estableciendo unas obligaciones de información y transparencia cada vez más exigentes a los predisponentes.

Criterio que también han adaptado los órganos judiciales españoles, así se irá viendo en el transcurso del trabajo, en especial el Tribunal Supremo, así lo hizo notar en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 que fue la primera en declarar la abusividad de una cláusula suelo a través del control de transparencia.

El motivo de acotar el ámbito de contratación al sector bancario, es que encuentro que afecta a ámbitos de la vida personal de los consumidores muy importantes, la vivienda, la economía familiar, etc. Para ejemplificarlo, una persona que antes de la crisis negociara con el banco una financiación de un inmueble con garantía hipotecaria, y que en el contrato que se llevara a cabo se introdujera una cláusula de vencimiento anticipado, de la cual no se informó de forma correcta. La consecuencia acaba siendo que esta persona pierde su trabajo, no puede hacer frente a la letra de la hipoteca y se encuentre con una cláusula en la cual se le obliga a pagar la totalidad de la deuda. Deuda que claramente no podrá hacer frente, motivo por el cual se le desahuciará debido a un procedimiento de ejecución hipotecaria.¹

No nos encontramos ante una simple relación contractual, donde el incumplimiento de una de las obligaciones lleva a la restitución de la prestación, sino que en muchas ocasiones no es posible y las consecuencias de un incumplimiento son desastrosas para la parte más débil del contrato. Consecuencias, que si el consumidor en el momento de la fase precontractual hubiera tenido información suficiente y clara, quizás hubiera podido evitar decidiendo no celebrar el contrato, haber negociado otras condiciones o haberse podido ir a otras entidades financieras.

Con este trabajo me dispongo a analizar cómo ha evolucionado la protección del consumidor a nivel procesal en el marco de una relación contractual con una entidad bancaria. Para ello la pregunta que me realizo es ¿ha supuesto la protección del consumidor un cambio en el proceso civil respecto a contratos con cláusulas abusivas celebrados con entidades bancarias?

Parto de la hipótesis de que la protección del consumidor sí ha supuesto un cambio en el procedimiento civil, en todas sus fases, dirigido justamente a proteger a la parte débil de la relación contractual, en este caso el consumidor, que por sus conocimientos y su poco margen de negociación se encuentra en clara desventaja. Que para ello, tanto la jurisprudencia como el legislador han introducido en el proceso civil pequeñas particularidades que dotan a este tipo de demandas de un procedimiento que escapa de lo establecido en la normativa procesal, justamente

¹ Vid. VALLESPÍN PÉREZ, D. (2019). "Las cláusulas de vencimiento anticipado. Especial referencia a la STJUE de 26 de marzo de 2019". Pp. 15-35 en AA. VV., VALLESPÍN PÉREZ, D. (dir.) VERNENGO PELLEJERO, N. (coord.), *Consumidor y sector bancario*, Ed. Juruá, Lisboa, Pp. 15-17.

encaminado a compensar el desequilibrio en el que se encuentra y evitar que los recursos económicos de los que disponen las entidades bancarias puedan suponer una desventaja también en el proceso.

Debido especialmente a la expansión de las nuevas tecnologías y al volumen de la demanda en el mercado, se ha ido haciendo más frecuente acudir a los llamados contratos en masa, donde una de las partes simplemente se adhiere a un contrato con un gran clausulado, que en muchas ocasiones, no llega a tener ni la oportunidad de leer. Con los años se ha visto que este tipo de contratación ha provocado un gran desequilibrio para los consumidores. A raíz de este problema, la Unión Europea quiso tomar partido a través de la Directiva 93/13/UE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, con el fin de armonizar la normativa de los Estados Miembros en esta materia. Reflejo de ello es nuestra actual legislación en la defensa de los consumidores con el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias y la normativa destinada a regular las condiciones generales de la contratación, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

Para responder a esta pregunta, analizaré los aspectos más importantes del proceso, enfocándome en los cambios que ha supuesto la normativa del TJUE en el ámbito procesal español, haciendo un estudio tanto de la normativa y jurisprudencia europea como de la nacional. En una primera parte del trabajo se hará un análisis del contexto social y motivacional del cambio legislativo y de la importancia que ha supuesto éste en nuestras vidas así como el análisis de la figura del consumidor en nuestra legislación. En la segunda parte entraré en mayor profundidad sobre el control de abusividad en el ámbito procesal, analizando los aspectos procesales más relevantes, como el papel del juez en los procesos de cláusulas abusivas contra consumidores o el papel que juega el notario en la comprobación de la transparencia, finalizando con la explicación de las consecuencias que supone tener una cláusula abusiva en el contrato.

En conclusión, se trata de un trabajo que tiene una metodología cualitativa, donde intentaré explicar el cambio procesal que ha supuesto la protección del consumidor y el papel que han llevado a cabo los tribunales y el legislador, tanto nacional como europeo, para dotarles de una mayor protección en el proceso civil respecto a los contratos con cláusulas abusivas.

Es un trabajo documental, donde recopilaré sentencias, doctrina y legislación que extraeré de diferentes fuentes de información, como revistas científicas, manuales, artículos y jurisprudencia a nivel comunitario y nacional. Especialmente utilizaré las diferentes sentencias que han ido dictando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Supremo además de acudir a la legislación tanto europea como nacional y de ayudarme de la doctrina que se ha ido publicando durante todos estos años.

En conclusión, el trabajo se centra en la protección del consumidor en contratos celebrados con cláusulas abusivas, pero desde un enfoque procesal, donde se analizarán los aspectos procesales del control de abusividad, desde aquellos más comunes como la competencia o el concepto de consumidor, hasta aquellos que han supuesto mayor cambio o dificultad, como el papel del Juez o la nulidad de las cláusulas, para ello me apoyaré tanto en jurisprudencia como en doctrina a nivel nacional y europeo, sin olvidarme de un análisis legislativo al mismo nivel.

1. EL MODELO DE CONTRATACIÓN EN MASA:

1.1. La respuesta de la Unión Europea ante el modelo de contratación en masa.

En las últimas décadas la contratación en masa ha ido creciendo exponencialmente, cada vez es más frecuente que los consumidores se adhieran a cláusulas ya establecidas y genéricas para contratar servicios o comprar bienes. Esto es debido a que el mercado tal y como se conocía tradicionalmente, ha cambiado, tanto en volumen de demanda a causa de la globalización y las nuevas tecnologías.

Es por este motivo que el concepto de contrato del Código Civil, artículo 1254, era insuficiente para hacer referencia a la nueva forma de contratación², basada en contratar un bien o servicio a través de la adhesión de un contrato ya establecido y redactado, limitando notablemente la capacidad de negociación de una de las partes, en este caso el adherente.

El propio Tribunal Supremo ha definido, en sus diferentes sentencias³, este tipo de contratación, denominado contrato de adhesión o en masa, como aquel donde sus cláusulas han sido predispuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que esta

²Vid. POUS DE LA FLOR, M. P. (2016). "Las condiciones generales de los contratos y las cláusulas predispuestas no negociadas individualmente", Pp.677-736 en AA.VV., LEÓN ARCE, A. (coord.), GARCÍA GARCÍA, L.M. (coord.), *Derechos de los consumidores y usuarios*, 3ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, Pp. 677-679.

³ Entre otras destacar la Sentencia del Tribunal Supremo 664/97, de 5 de julio de 1997 y la Sentencia del Tribunal Supremo 406/2012, de 18 de junio, de 2012.

última haya tenido posibilidad de negociarlas, hacer una contra oferta ni modificarlas. Es decir, que la voluntad de la persona se limita a decidir si acepta o no la oferta que se le ofrece, se mantiene la libertad de decidir si se desea contratar pero no la libertad contractual de poder intervenir en la redacción del contrato.

Este tipo de contratos, han supuesto un deterioro en cuanto a la autonomía de la voluntad de las partes, la negociación individual ha quedado a un segundo plano, viéndose el consumidor sin posibilidad, en muchos casos, de poder pactar cláusulas o modificaciones en el contrato. No se ha extinguido el consentimiento, requisito esencial para la contratación, pero se limita notablemente, basándose exclusivamente en decidir si quiere el consumidor adherirse o no.

Ello ha provocado que en muchas ocasiones el adherente firme cláusulas que desconocía y que le provocan un gran perjuicio y que de haberlas conocido no hubiera firmado.

Para corregir ese desequilibrio contractual y proteger a la parte débil del contrato, el legislador europeo, el 5 de abril de 1993, traspuso la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores. Por consiguiente, el legislador español el 13 de abril de 1998 promulgó la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación con el objetivo, tal y como se establece en la introducción de la propia ley, de proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios.

El legislador español en este sentido no sólo se quedó en la regulación de contratos que incorporaran cláusulas abusivas con consumidores, sino que quiso dar una protección más amplia abarcando cualquier tipo de contrato del que se desprendan cláusulas generales.⁴

La Directiva 93/13 ha supuesto un gran cambio en la protección del consumidor, dotándole de mayor protección ante cláusulas abusivas, cambio que como ya se ha visto, se trasladó a los ordenamientos nacionales de cada estado miembros.

Esto es debido, como bien apunta el abogado Jesús María Sánchez García en su artículo *Transparencia vs abusividad conforme a los principios fijados por el TJUE en la interpretación de la Directiva 93/13*, el ordenamiento de la Unión Europea forma parte de nuestro propio ordenamiento jurídico así lo establece el principio de primacía del derecho comunitario consagrado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en diferentes sentencias, como la sentencia de 15 de julio de 1964 -

⁴ Vid., POUSSIN, M. P. (2016), *op. cit.*, *ibid.*

Costa/ENEL y la sentencia de 9 de marzo de 1978 –Simmenthal, por lo que el juez nacional está obligado a aplicar y garantizar dichas normas llegando incluso, si fuera necesario, a inaplicar cualquier disposición que las contradiga. Así se recoge además en el artículo 4 bis de la Ley del Poder Judicial. También se desprende esta afirmación del principio de convencionalidad recogidos en los artículos 10.2, 93 y 96 de la Constitución Española (CE) que reconocen los tratados celebrados por España y su aplicación.

1.2. Análisis de la Directiva 93/13/ CEE

Con lo expuesto anteriormente podría afirmarse que las normas comunitarias de protección del consumidor incluidas en la Directiva 93/13 tienen carácter de normas de orden público, inaplicado en el caso que fuera necesario, la legislación nacional para dar prevalencia a la normativa europea.

A nivel procesal, tal y como ejemplifica Pérez Daudí⁵, son varias las ocasiones que el TJUE ha decidido inaplicar una norma procesal interna para proteger los intereses de los consumidores en virtud de la Directiva, a modo de ejemplo el autor nos cita la Sentencia, de 19 de junio de 1990, C-213/89 o la Sentencia, de 16 de enero, de 1974, C-166/73, relativas a la eficacia del proceso ante una cuestión prejudicial.

No obstante, se parte de la base de que se trata de una directiva de principios, así lo establece la Comunicación de la Comisión, directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, a partir de ahora Comunicación, que en su propia introducción establece: “*La Directiva 93/13/CEE es una Directiva basada en principios*”. El objetivo de esta comunicación, como bien dice también en la introducción de la misma, es presentar la interpretación que el TJUE ha ido desarrollando a través de sus sentencias de la Directiva.

Al tratarse de una Directiva de principios, su significado y aplicación se ha ido desarrollando a través de las diferentes sentencias del TJUE, de ahí la importancia de que los jueces nacionales planteen cuestiones prejudiciales cuando no sepan cómo interpretar la normativa, ya que como establece el artículo 9F número 3 del Tratado de

⁵Cfr. PÉREZ DAUDÍ, V. (2019). “La actividad probatoria de oficio en el proceso de consumo”. Pp. 55-70 en AA. VV., VALLESPÍN PÉREZ, D. (dir.) VERNENGO PELLEJERO, N. (coord.), *Consumidor y sector bancario*, Ed. Juruá, Lisboa, Pp. 61.

Lisboa el TJUE “se pronunciará con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión”, por lo que son los encargados de interpretar el Derecho de la Unión.

El objetivo principal de la Directiva, como indica su artículo 1, es aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros respecto a las cláusulas abusivas de los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, siempre que dichas cláusulas no se hayan negociado individualmente.

Por tanto, el objetivo de la Directiva, como bien especifica la Comunicación en su apartado primero, es doble:

Por un lado, busca proteger a los consumidores como parte débil del contrato contra cláusulas contractuales abusivas, que son utilizadas por profesionales, y no negociadas individualmente.

Por otro lado, busca contribuir al establecimiento del mercado interior a través de una armonización mínima, es decir, estaría hablando del orden público comunitario, intentando que la protección del consumidor, que se trata de un asunto de interés público, no se vea perjudicado por las tan distintas normativas de los estados miembros, llegando a crear indefensión para los consumidores. Así lo argumenta la Comunicación al decir: *“En ese sentido, el Tribunal ha calificado repetidamente la protección de la Directiva 93/13/CCE como un asunto de interés público”*. En la misma línea se encuentra el Considerando 6 y 10 de la Directiva, al hablar el primero del establecimiento de un mercado único y el segundo al mencionar la obtención de una protección más eficaz a favor del consumidor mediante la adopción de normas uniformes sobre cláusulas abusivas.

La Directiva, como bien argumenta la Comunicación, parte de la idea de que el consumidor está en desigualdad de condiciones tanto en la negociación como a nivel de información, al no poder intervenir en la redacción y negociación del contrato. Su intención es arreglar este desequilibrio, no vinculando las cláusulas que puedan resultar abusivas al consumidor (artículo 6 de la Directiva).

Es por ello que el ámbito de aplicación de la Directiva se centra en la contratación llevada a cabo entre profesionales y consumidores (artículo 1), no siendo necesario que el objeto del contrato tenga que ver con la actividad principal del profesional, así lo explica la Comunicación en la página 11 haciendo referencia además al Asunto C-590/17, Pouvin Dijoux, apartado 37 y al asunto C-147/16 Karel de Grote, apartados 57 y 58. Afirmación que se ve remarcada en el considerando 10 de la Directiva.

No obstante, la Directiva solo versará sobre aquellas cláusulas que no hayan sido negociadas individualmente. Para comprender qué se entiende como cláusula no negociada individualmente hay que acudir al artículo 3.2 de la Directiva que lo define de la siguiente manera⁶:

“Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.”⁷

La Directiva actuará, en todo caso, cuando estas cláusulas introducidas en un contrato entre un profesional y consumidor, que no hayan sido negociadas individualmente, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante, entre los derechos y obligaciones de las partes, declarando la cláusula abusiva, se trata de un concepto general de abusividad, del artículo 3.1 de la Directiva. A la vez que impone algunas directrices en cuanto a la presentación de las mismas, exigencia que se encuentra en el artículo 5, imponiendo el deber a los profesionales de que las cláusulas estén redactadas en un lenguaje claro y comprensible y que el consumidor debe tener la oportunidad real de conocer las cláusulas del contrato antes de vincularse a él.

En cuanto al control de transparencia, la Directiva no prevé de forma expresa este control sino que se ha ido desarrollando a través de la jurisprudencia del TJUE, llegando a adquirir categoría jurídica propia⁸.

Este control, estrechamente vinculado al principio de buena fe (así se desprende del propio artículo 3.1 de la directiva cuando argumenta que las cláusulas se considerarán abusivas cuando, contrarias a la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes), se basa en un deber de información que si se llegase a quebrantar podría comportar la abusividad de la cláusula⁹.

En definitiva, La Directiva es aplicable en aquellos contratos celebrados entre profesional y consumidor en los cuales existan cláusulas que no se haya negociado individualmente, con el fin de proteger al consumidor ante posibles cláusulas abusivas que puedan romper las exigencias de la buena fe.

⁶ Son varias las sentencias del Tribunal Supremo que establecen requisitos para entender cuándo estamos ante una cláusula predispuesta, en especial cuando se tratan de condiciones generales de la contratación, a modo de ejemplo: STS 241/2013 de 9 de mayo, STS 649/2017, de 29 de noviembre o la STS 669/2017, de 14 de diciembre.

⁷ Cfr. Directiva 93/13/UE del Consejo, de 5 de abril de 1993, Art. 3.2.

⁸ Vid. SÁNCHEZ GARCÍA, J. M. ^a. (2020). “Transparencia vs abusividad conforme a los principios fijados por el TJUE en la interpretación de la Directiva 93/13”, *Revista de Derecho vLex*, Vol.199, Pp. 4–5.

⁹ Vid. ORDUÑA MORENO, F.J.(2020) “Doctrina jurisprudencial del TJUE: claves conceptuales a propósito del IRPH”, *Revista de Derecho vLex*, Vol. 199, Pp. 2–3.

2. CONTROL DE TRASPARENCIA

2.1. Triple control de abusividad: Control de incorporación, control de contenido y control de transparencia.

El control de transparencia nace de forma indirecta de la Directiva 93/13, ya que su desarrollo se ha ido haciendo jurisprudencialmente a través de las distintas resoluciones del TJUE y a través de la Comunicación.¹⁰

Finalmente a través de este desarrollo jurisprudencial ha llegado a tener categoría jurídica propia, cabe recordar que este control está vinculado con el principio de buena fe y que su incumplimiento conlleva la abusividad de la cláusula y por tanto a su nulidad, artículo 6 de la Directiva.

La Directiva ha supuesto un cambio legislativo en nuestro sistema, en este sentido encontramos principalmente el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU) y la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC).

La TRLGDCU en su artículo 82.1 recoge una definición de abusividad, en línea con la propia Directiva. A su vez la LCGC en su artículo 8.2 también recoge una definición de abusividad que deriva directamente a lo establecido en la normativa de la TRLGDCU. No obstante, esta primera hace referencia a cualquier tipo de cláusula que se extraiga de una relación entre consumidor y profesional, ya se trate de una cláusula incorporada en un contrato particular como en un contrato de condiciones generales para la contratación, debido a que su principal función es la protección del consumidor¹¹. En cambio, la segunda normativa es aplicable únicamente en aquellos casos donde el contrato es de condiciones generales.¹²

En nuestro país, anteriormente a la STS de 9 de mayo de 2013 relativa a las cláusulas suelo, sólo se hablaba de un doble control, un primer control consistente en el de incorporación y un segundo de contenido. Es a partir de esta sentencia, que se empezó a hablar de un tercer control, el control de transparencia, que en un origen era

¹⁰ Vid. SÁNCHEZ GARCÍA, J. M. ^a. (2020). *op.cit., ibid.*

¹¹ Vid. MORENO GARCÍA, L. (2019). *Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, Pp. 32 y ss.

¹² Para poder hablar de que una cláusula entra dentro del ámbito de condiciones generales de la contratación se deben dar unos requisitos marcados por el TS: contractualidad, predisposición, imposición y generalidad. En este sentido se pronuncian las sentencias STS 364/2016, de 3 de junio y STS 241/2013, de 9 de mayo.

aplicable exclusivamente para aquellas cláusulas donde el control afectaba al objeto principal del contrato, dejando el control de contenido para el resto de cláusulas.¹³ Actualmente, esta práctica se ha extendido a todo tipo de cláusulas aunque no se refieran al objeto principal.¹⁴

Este hecho hace que hoy en día haya que diferenciar tres tipos de controles. El primero de los controles es el control de incorporación, es el único de los tres que es aplicable a cualquier contrato que contenga cláusulas predispuestas, sin tener en cuenta los sujetos intervinientes, ya que tanto en el control de transparencia como en el control de contenido es necesario que intervenga un consumidor.¹⁵

Para cualquier contrato donde se establezcan condiciones generales de la contratación será necesario un primer control de incorporación. Por control de incorporación se entiende la imperativa de incorporar las cláusulas escritas de forma clara y comprensible, artículo 5 de la Directiva. Se trata de un doble filtro, por un lado se exige que la persona haya tenido ocasión de poder conocer dicha cláusula, de ahí la importancia de la fase precontractual, ya que se debe demostrar que el adherente tuvo la posibilidad real de conocer las cláusulas antes de la celebración del contrato y que la cláusula a su vez esté redactada de forma clara y comprensible, esto se deriva de los deberes de información que tiene el profesional.¹⁶

En el sistema jurídico español esta exigencia la encontramos en los artículos 5 y 7 de la LCGC y en los artículos 80 y 82 de la LGDU.

Pero además cuando la cláusula que se analice haga referencia a un elemento esencial, la jurisprudencia añade otro control, el de transparencia. A modo de ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo núm. 367/2017, de 8 de junio de 2017:

“además del filtro de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato. Este control

¹³ Vid. SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I. (2019). “Cláusulas abusivas, principio de transparencia y elementos principales del contrato: Derecho inglés versus Derecho español.” *Revista Aranzadi Doctrinal*, 9, pp.2-4.

¹⁴ Una de las últimas sentencias del Tribunal Supremo permite utilizar el control de transparencia en elementos del contrato que no son elemento esencial, concretamente la sentencia de 4 de marzo de 2019 sobre las tarjetas de crédito revolving.

¹⁵ Vid. FERNÁNDEZ GARCÍA, G. (2019). “El Control de la contratación bajo condiciones generales. Tratamiento jurisprudencial. Los controles de incorporación, de contenido y de interpretación”. Pp. 35-60 en AA. VV., CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. (dir.), FORTEA GORBE, J. L. (coord.), *Jurisprudencia sobre Hipotecas y Contratos Bancarios y Financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, Pp. 35.

¹⁶ Vid. DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M. ^a. I. (2019). *Control de transparencia y dolo in contrahendo como principales reacciones frente al engaño en materia contractual*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, Pp.157.

*de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo*¹⁷.

En otras palabras, el control de incorporación no es suficiente para demostrar que ha habido consentimiento por parte del adherente, lo único que deja claro es que conocía su existencia¹⁸, en este se pronuncia la Sentencia del la Sala Primera del Tribunal Supremo 688/2015, de 15 de diciembre de 2015.

Por lo tanto, cuando en un contrato haya una cláusula predispuesta además del control de incorporación, si estamos ante una cláusula que afecta a un elemento esencial del contrato, habrá que recurrir al control de transparencia.

La Directiva en este sentido, enfoca el control de abusividad de forma distinta en función de si el control afecta a un elemento esencial del contrato o a una cláusula accesoria.¹⁹ Concretamente en el artículo 3.1 encontramos el control de contenido que es aplicable a las cláusulas accesorias, por lo que no cabría aplicarles un control de transparencia, se considerarán abusivas siempre que causen un desequilibrio al consumidor.

En cambio el artículo 4.2 de la Directiva introduce el control de transparencia al establecer:

*“La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.”*²⁰

En estos casos, donde el objeto principal del contrato pase favorablemente el control de incorporación, no cabrá un control de contenido en un primero momento, sino que se deberá acudir al control de transparencia. Es debido a que se entiende que en las cláusulas accesorias, debido a su entramado redactado, el consumidor efectivamente las desconocía y sólo cabe analizar si el contenido de las mismas es abusivo.²¹

¹⁷ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 367/2017, de 8 de junio de 2017, Fundamento Jurídico Quinto.

¹⁸ Vid. SERRANO BARRIENTOS, A. (2019). Los controles de incorporación, de contenido y de interpretación, Pp. 151-162, en AA. VV., CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. (dir.), FORTEA GORBE, J. L. (coord.), *Jurisprudencia sobre Hipotecas y Contratos Bancarios y Financieros. Título: Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, Pp. 151-153.

¹⁹ Vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2019). “Control de transparencia, cláusulas abusivas y consentimiento contractual. Reflexiones a partir de la última jurisprudencia del TS sobre novación y transacción de cláusulas suelo”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, Pp. 362–364.

²⁰ Cfr. Directiva 93/13/UE, *cit.*, Art. 4.2.

²¹ Vid. MIQUEL GONZALEZ, J. M. (2013). “Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios”, *Revista Jurídica de la UAM*, Vol. 27, Pp. 234–235.

En este sentido, es función del tribunal conocer, el decidir si la cláusula que se está analizando hace referencia al elemento esencial del contrato, así lo establece concretamente la Sentencia del TJUE, de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13:

*“El Tribunal de Justicia ha declarado que en el concepto de “objeto principal del contrato”, en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, deben entenderse incluidas aquellas cláusulas del contrato que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte del concepto de «objeto principal del contrato». Corresponde al tribunal remitente, atendiendo a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones del contrato de préstamo y a su contexto jurídico y de hecho, apreciar si la cláusula de que se trata constituye un componente esencial de la prestación del deudor consistente en la devolución del importe que puso a su disposición el prestamista”.*²²

Respecto al control de contenido, es toda aquella cláusula que no afectando a un elemento esencial del contrato, cause desequilibrio entre los derechos y obligaciones del consumidor (artículo 3.1 de la Directiva). En el sistema jurídico español, encontramos este control recogido en el artículo 8.2 LCGC y el artículo 82 y siguientes de la TRLGDCU.

El legislador español ha optado por regular el control de contenido a través de dos listados, por un lado ha introducido un artículo generalizado en línea con el artículo 3.1 de la Directiva, concretamente el artículo 82.1 TRLGDCU. Por otro lado, en el artículo 82.4 TRLGDCU introduce un listado de supuestos que se consideran, en todo caso, cláusulas abusivas.

En relación con las cláusulas que afecten directamente al objeto esencial del contrato, tal y como se desprende del artículo 4.2 de la Directiva, no cabrá control de contenido, dando paso al control de transparencia. Únicamente podrá acudir al control de contenido cuando la cláusula no supere el control de transparencia, así se recoge en la sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017, Primus, C-421/14 y el Tribunal Supremo también se ha hecho eco de esta exigencia, concretamente la sentencia 367/2017, de 8 de junio, expone:

“(…) la STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C421/14, caso Banco Primus, declaró que la falta de transparencia no eximía de realizar el juicio de abusividad, sino que simplemente permitía proyectarlo a los elementos esenciales del contrato. (...) Tal afirmación se explica porque esa falta de transparencia puede ser, excepcionalmente, inocua para el adherente, pues pese a que el consumidor no pueda hacerse una idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones contractuales pueden tener en

²² Cfr. Sentencia del TJUE, de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13, Párrafo 54.

*su posición económica o jurídica en el desarrollo del contrato, las mismas pueden no tener efectos negativos para el adherente».*²³

Así se especifica también en el apartado 3.4.6 de la Comunicación, al negar que la falta de transparencia suponga de forma directa la abusividad de la cláusula, sino que en caso de que esa cláusula no pase el control de transparencia, habrá que acudir al artículo 3.1 de la Directiva y ver si realmente causa un desequilibrio al consumidor, que rompa el principio de buena fe, a través de un control de contenido.

2.2. Concepto y aplicación del control de transparencia

Tal y como apunta Jesús María Sánchez García²⁴: *“el deber de transparencia es un deber de información y la vulneración de ese deber especial, cuando afecta a un elemento esencial del contrato (art. 4.2 Directiva 93/13), debe comportar la abusividad, porque se incumple la buena fe”*.

En la misma línea se pronuncia el Exmagistrado del Tribunal Supremo Javier orduña al declarar: *“la falta de transparencia comporta la quiebra de un deber especial que, sin duda, “causa un desequilibrio” en el derecho de información que le asiste al consumidor, en su posición jurídica y económica.”*²⁵

En resumen, el control de transparencia se basa en un deber de información, su objetivo principal es que el adherente pueda conocer por una parte la carga jurídica que le supone el contrato como la carga económica de la misma. Por lo tanto, en aquellos casos que un contrato esté dispuesto de condiciones generales, y estas recaigan sobre elementos esenciales del contrato, en aras de la protección del consumidor, se exige un plus de información adicional, además del artículo 5 de la Directiva, ya que se le ha de administrar la información suficiente para que entienda a qué se está comprometiendo.

En conclusión, tal y como apunta la STS de 9 de marzo de 2017, el control de transparencia de la cláusula no sólo tiene que atender al documento donde se cumpla el control de incorporación de la cláusula, sino que se deben tener en cuenta otros hechos relevantes que hagan que la cláusula no pase inadvertida para el consumidor. Así lo ha establecido reiteradamente el TJUE en sus diferentes sentencias como la

²³ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo 367/2017, de 8 de junio, FJ 6.

²⁴ Vid. SÁNCHEZ GARCÍA, J. M. ^a. (2020). *op.cit.* Pp.5.

²⁵ Vid. ORDUÑA MORENO, F.J.(2020) *op.cit.* Pp3.

sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11 o la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo, C-154/15, C307/15 y C-308/15.

Esta exigencia deriva de la idea de que la Directiva establece una protección que se basa en la idea de que el consumidor se encuentra en una situación de inferioridad y no basta con que el contrato se redacte de forma clara y comprensible, sino que ese deber de información se debe entender de manera extensiva al tratarse el deber de información, de un deber especial, se le exige un plus de información.²⁶

Lo que se intenta descubrir a través del control de transparencia es si el consumidor pudo ser consciente a la hora de contratar de la carga jurídica y económica del contrato. De ahí la importancia que el TJUE otorga a la fase precontractual, concretamente la sentencia antes citada C-92/11 expone:

*“En efecto, reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información”.*²⁷

El TJUE da un valor importante en el control de transparencia a la fase de negociación²⁸, en el hecho de que se exponga de manera clara las consecuencias económicas y jurídicas de dichas cláusula, además de a todos los hechos relevantes que puedan ayudar a formar el consentimiento del consumidor, permitiéndole al consumidor entender y valorar las consecuencias del mismo²⁹.

Es por ello que el TJUE ha dado un gran peso al hecho de que el consumidor disponga antes de la celebración formal del contrato, de la información sobre las condiciones, así como de las consecuencias que le puede conllevar dicha celebración (Asunto C-92/11, RWE Vertrieb o Asunto C-186/16 Andriuc).

Es competencia del juez nacional competente, examinar si se ha cumplido debidamente el control de transparencia, a tenor de todos los elementos del caso. Se trata de un control casuístico, que se deberá examinar caso por caso. Así se especifica en la Comunicación al indicar:

²⁶ Vid. ORDUÑA MORENO, F.J.(2020) *op.cit. ibid.*

²⁷ Cfr. Sentencia del TJUE, de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, Párrafo 44.

²⁸ Destacar las sentencias de abril 2014, *Kásler y Káslerne Rábai*, C-26/13, la sentencia de febrero 2015, *Matei*, C-143/13, la sentencia de 23 abril 2015, *Van Hove*, C-96/14 y la sentencia de 20 septiembre 2017, *Andriuc*, C-186/16.

²⁹ La propia Comunicación, en su apartado 3, hace un listado de factores que pueden determinar, bajo su criterio, que una cláusula es clara y comprensible.

“El Tribunal ha declarado además que los órganos jurisdiccionales nacionales, al evaluar el cumplimiento de los requisitos de transparencia, deben comprobar si los consumidores recibieron la información requerida, así como tener también en cuenta el material promocional y la información proporcionada por el prestamista en la negociación del contrato de préstamo.”³⁰

La misma interpretación se encuentra en los asuntos C-186/16 Andriuc y en el asunto C-143/13 Matei y Matei. Es competencia del juez nacional valorarlo a tenor de las pruebas, así como pasaba con la valoración de si el clausulado versaba sobre elementos esenciales del contrato.

No obstante, esta valoración de transparencia deben realizarla teniendo en cuenta el criterio del consumidor medio. El TJUE, tal y como se desprende de las dos sentencias citadas con anterioridad, ha creado un criterio respecto al deber de información. Se basa en si las cláusulas e información son claras y comprensibles de forma que permitan a un consumidor medio, es decir, un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, evaluar el coste que le supone el contrato.

Son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo que analizan el control de transparencia de diferentes maneras y ateniéndose a diferentes hechos o pruebas.

La STS núm. 643/2017, de 24 de noviembre de 2017, declaró la falta de transparencia por falta de información precontractual³¹, concretamente establece:

“La información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de alguno de los contratos objeto de comparación porque no ha podido llegar a comprender lo que significa en él una concreta cláusula, que afecta a un elemento esencial del contrato, en relación con las demás, y las repercusiones que tal cláusula puede conllevar en el desarrollo del contrato.”³²

A su vez la STS de 8 de octubre de 2020 declaró la falta de transparencia aun habiendo información precontractual, no siendo ésta suficientemente clara para entender que el consumidor podía entender la consecuencia jurídica y económica de la misma³³:

“la oferta vinculante no presenta la cláusula suelo con la relevancia necesaria, ni con la precisión e información exigible para lograr la comprensibilidad de la repercusión en el contrato, faltando en ella simulaciones de escenarios diversos relacionados con el

³⁰ Cfr. Comunicación de la Comisión: Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, de 27 de septiembre de 2019, Pp. 27.

³¹ En este sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2018, sentencia de 11 de abril de 2018 y la sentencia 4 de junio de 2018.

³² Cfr. STS núm. 643/2017, de 24 de noviembre de 2017, FJ 5.

³³ Para mayor profundidad, *vid.* Sentencias del Tribunal Supremo 4 de marzo de 2019, sentencia de 18 de julio de 2019 y sentencia de 11 de octubre de 2019.

comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés mínimo en el momento de la contratación. La cláusula se encuentra en un contexto caracterizado por una pluralidad de datos numéricos y de conceptos bancarios y financieros, e incluso no se reproduce al final del documento cuando se identifica el tipo de referencia".³⁴

No obstante, no todas las cláusulas no negociadas individualmente son abusivas, la STS de 6 de mayo de 2019 declaró la transparencia de una cláusula suelo por entregar al consumidor información precontractual con tiempo suficiente a la firma del contrato, con anotaciones a mano en la cual destacaba el interés de la cláusula suelo y techo. Lo mismo sucedió en la STS de 22 de junio de 2020, donde se comprobó la antelación con la que se había entregado la información precontractual, un mes y medio, y donde se expresaba de forma clara las consecuencias económicas de la misma.

La STS de 12 de noviembre de 2019, también declaró la transparencia de una cláusula predispuesta en base a una valoración subjetiva, ya que el fiador, y padre del consumidor, había trabajado en el mundo bancario como subdirector de una oficina, por lo que conocía el producto y las características, sumado a que la cláusula estaba redactada de forma clara y visible.

Son muchos los factores que se pueden analizar para comprobar la transparencia de una cláusula, por lo que será elección de cada juez nacional darles un peso u otro en función del caso, y siguiendo las directrices establecidas tanto en la Directiva como las dictaminadas a través de las sentencias del TJUE.

3. EL CONSUMIDOR COMO PARTE.

3.1. La acreditación de la condición de consumidor. Especialidades procesales.

El control de transparencia exige, tal y como establece la Directiva 93/13/CEE, que la parte afectada tenga, obligatoriamente, la condición de consumidor. Concretamente en el artículo 1 ya marca que la Directiva versa sobre contratos celebrados entre profesionales y consumidores. En la misma línea se pronuncia la Comunicación en su apartado 1.2 relativo al ámbito de aplicación de la Directiva, al establecer que para que un contrato se entienda dentro del ámbito de aplicación es necesario que una de las partes sea un profesional y la otra un consumidor, afirmación que ha sido también adoptada por los tribunales españoles como puede verse en las sentencias núm 367/2016, de 3 de junio ; núm. 30/2017, de 18 de enero y 41/2017, de 20 de enero al circunscribir el control de transparencia solo para los contratos con consumidores.

³⁴ Cfr. STS de 8 de octubre de 2020, FJ 2.

La Directiva, artículo 2.b), entiende por consumidor: “*toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional.*”³⁵

Se trata, tal y como apunta la Comunicación en el apartado mencionado anteriormente, de una noción de consumidor objetiva, donde los requisitos para que alguien sea considerado consumidor son dos: que se trate de una persona física y que ésta actúe con fines ajenos a su actividad profesional o empresarial. Queda totalmente fuera la persona jurídica.

Los tribunales europeos parten de un análisis más restrictivo del concepto de consumidor, respecto de los tribunales españoles, aunque durante los últimos años se ha ido flexibilizando, especialmente cuando se ha de aplicar la Directiva, llegando incluso a poder considerarse extensivo. ³⁶ El propio Tribunal Supremo así lo ha argumentando en su sentencia núm. 8/2018, de 10 de enero de 2018:

*“No obstante, en los últimos tiempos el TJUE ha hecho una interpretación más flexible del concepto de consumidor, sobre todo cuando se trata de aplicar la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Así, la STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14 (caso Costea) objetiva el concepto de consumidor, al poner el foco en el ámbito no profesional de la operación. Posición reiterada en los autos de 19 de noviembre de 2015 (asunto C-74/15 , Tarcău), 14 de septiembre de 2016 (asunto C-534/15 , Dimitras) y 27 de abril de 2017 (asunto C-535/16 , Bachman).”*³⁷

No obstante, en la legislación española no sólo se incluyen a las personas físicas en el concepto de consumidor, sino que el artículo 3 del TRLGDCU establece que son consumidores:

“1. A efectos de esta ley, y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.”

La legislación española extiende también la condición de consumidor a la persona jurídica y a entes sin personalidad jurídica siempre y cuando actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a su actividad comercial o empresarial.

³⁵ Cfr. Directiva 93/13/UE, *cit.*, Art. 2.b)

³⁶ Vid. CAMARA LA PUENTE, S. (2011). “El concepto legal de consumidor en el Derecho Privado Europeo y en el Derecho español.Aspectos controvertidos o no resueltos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol 3, No.1, Pp.84 y ss.

³⁷ Cfr. STS núm. 8/2018, de 10 de enero de 2018, FJ 1.

Lo que tienen en común ambas legislaciones, es que ambas determinan si se es o no consumidor en función de unas condiciones objetivas, ponen el punto de mira, no en el contratante sino la actividad comercial o profesional que se está llevando a cabo.

En este sentido se pronuncia la sentencia del TJUE de 25 de enero de 2018, asunto C-498/29 *Schrems* al establecer:

*“El concepto de consumidor debe interpretarse en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto a otras”.*³⁸

Afirmación que hacen suya los tribunales españoles, tal y como expone la sentencia del TS de 8 de enero de 2018 al establecer:

*“4.- Este mismo concepto de consumidor que utiliza el TJUE, referido al ámbito objetivo de la operación y no a la personalidad del contratante, es también el que ha tomado en consideración esta sala en sus últimas resoluciones”.*³⁹

La exigencia del ánimo de lucro es exigible únicamente cuando se analiza la figura del consumidor de una persona jurídica o una entidad sin personalidad jurídica. El único requisito que se establece respecto a la persona física es que no puede ser una actividad empresarial o profesional sino que debe ser de uso privado y directo, aunque sea con ánimo de lucro. En esta línea se pronuncia la sentencia TS núm.16/2017, de 16 de enero de 2017:

“El ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física.

En relación con la controversia litigiosa, partiendo del expuesto concepto de consumidor o usuario como persona que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, y dado que en el contrato se prevé la posibilidad de reventa, cabe preguntarse si es posible una actuación, en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, que se realice con ánimo de lucro. La jurisprudencia comunitaria ha considerado que esta intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor, por ejemplo en la STJCE 10 abril 2008 (asunto Hamilton), [...]

cabría considerar que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente

³⁸ Cfr. TJUE de 25 de enero de 2018, asunto C-498/29 *Schrems*, Párrafo 29.

³⁹ Cfr. STS núm. 8/2018, de 10 de enero de 2018, *ibid*.

*en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el art. 1.1º CCom”.*⁴⁰

Para todos los demás sujetos que no reúnan los requisitos establecidos por la ley europea y española, les quedará poder acudir al control de incorporación de los artículos 5 y 7 de la LCGC o al artículo 1258 por error en el consentimiento.⁴¹

No obstante, a veces identificar el ámbito objetivo no es tan sencillo, esto es lo que sucede con los contratos mixtos o de doble finalidad. Son aquellos contratos donde los bienes o servicios que se contratan son destinados tanto a satisfacer necesidades personales como a actividades comerciales o profesionales⁴².

La cuestión ha sido resuelta principalmente a través de doctrina y jurisprudencia⁴³, teniendo en cuenta el Considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento sobre los derechos de los consumidores. El Considerando específicamente establece al respecto:

*“No obstante, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor.”*⁴⁴

Por lo tanto, se deberá seguir el criterio del objeto predominante, tal y como apunta Vela Torres⁴⁵, será el juez el que decidirá a través de un examen de las circunstancias del caso, declarar cuál es el objeto predominante para saber si estamos ante un consumidor o bien ante un negocio con un profesional.

Otro de los problemas que se encuentran los tribunales a la hora de determinar la condición de consumidor, es en aquellos contratos donde no se indica el destino del

⁴⁰ Cfr. STS núm.16/2017, de 16 de enero de 2017, FJ 4.

⁴¹ Vid. PEREZ NEVOT, J. A. (2019). “El control de la contratación bajo condiciones generales. Tratamiento jurisprudencial. El concepto de consumidor”. Pp. 61-72 en AA. VV., CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. (dir.), FORTEA GORBE, J. L. (coord.), *Jurisprudencia sobre Hipotecas y Contratos Bancarios y Financieros. Título: Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, Pp. 62–65.

⁴² Vid. VELA TORRES, P. J. (2018). “Condiciones generales de la contratación y consumidores: una visión jurisprudencial”, *Revista de estudios jurídicos*, Vol. 18, Pp.26–28.

⁴³ En este sentido ver a nivel europeo la sentencia del TJUE, de 25 de enero de 2018, asunto C-498/16 *Schrems* o a nivel nacional la sentencia del TS núm. 224/2017, de 5 de abril de 2017.

⁴⁴ Cfr. DIRECTIVA 2011/83/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, Considerando 17.

⁴⁵ Vid. VELA TORRES, P. J. (2018). *op.cit. ibid.*

bien o servicio contratado, por lo que es difícil determinar si la persona está actuando desde un ámbito personal o empresarial.

Vuelve a ser competencia del juez decidir, en base a las cláusulas del contrato, cuál es el destino de los bienes y servicios. Destaca en este sentido la sentencia del TJUE, de 3 de setiembre de 2015, asunto C-110/14, donde a través de una cuestión prejudicial se pregunta al Tribunal si una persona que ejerce la abogacía y celebra un contrato de crédito con el banco pero sin que se especifique el destino del crédito puede considerarse consumidor, el Tribunal respondió:

“El juez nacional que conoce de un litigio relativo a un contrato que puede entrar dentro del ámbito de aplicación de la citada Directiva tiene la obligación, teniendo en cuenta el conjunto de las pruebas y, en particular, los términos de dicho contrato, de comprobar si el prestatario puede tener la condición de «consumidor» en el sentido de dicha Directiva (véase, por analogía, la sentencia Faber, C-497/13, EU:C:2015:357, apartado 48).”⁴⁶

Puede darse también el hecho de que en las cláusulas del contrato no aparezca el destino del bien o servicio, en esta cuestión la jurisprudencia no ha resuelto en una misma dirección. Cabe recordar que el TJUE en varias sentencias ha recalcado la importancia del juez en el análisis de la condición de consumidor en el proceso, a modo de ejemplo la sentencia del TJUE de 3 de setiembre de 2015, asunto Costea, declaró:

“A tal efecto, el juez nacional debe tener en cuenta todas las circunstancias del caso susceptibles de demostrar con qué finalidad se adquiere el bien o el servicio objeto del contrato considerado y, en particular, la naturaleza de dicho bien o de dicho servicio”.⁴⁷

Algunos tribunales han optado por el principio de inversión de la carga de la prueba, es decir, se parte de la presunción de que la persona que se adhiere al contrato es un consumidor y que es la parte predisponente la que desvirtúe conforme las reglas establecidas en el artículo 217 de la LEC.⁴⁸

Otros tribunales en cambio consideran que la carga de la prueba del consumidor le corresponde a quien quiere beneficiarse de la protección que le otorga la figura, también bajo las reglas establecidas en el artículo 217 de la LEC.⁴⁹

⁴⁶ Cfr. S TJUE, de 3 de setiembre de 2015, asunto C-110/14, Párrafo 22.

⁴⁷ Cfr. S TJUE, de 3 de setiembre de 2015, asunto C-110/14, Párrafo 22.

⁴⁸ Algunas sentencias que reflejan esta postura son: SAP Alicante núm. 27/2017, de 27 de setiembre de 2017 y núm 16/2017, de 16 de junio de 2017. También SAP de Valencia núm. 12/2018, de 12 de marzo de 2018 y núm 12/2017, de 12 de junio de 2017.

⁴⁹ En este sentido se pronuncian SAP Alicante núm. 24/2017, de 24 de marzo de 2017 y SAP núm. 13/2016 de 13 de diciembre de 2016.

Lo relevante es saber en qué momento se obtiene la condición de consumidor, en este sentido, la jurisprudencia es muy clara y tal y como establece Vela Torre, en su sentencia de 10 de septiembre de 2018, se tiene que estar al momento de la celebración del contrato:

“A tal efecto, son irrelevantes los avatares posteriores a la suscripción del préstamo, pues lo importante es que se tenga la condición de consumidor cuando se celebra el contrato. Como hemos dicho en la sentencia 639/2017, de 23 de noviembre , en materia de protección de consumidores los controles de transparencia y abusividad tienen que realizarse en el momento en que se celebra el contrato con condiciones generales (art. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE , de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores), ya que afectan a la prestación del consentimiento (arts. 1261 y 1262 CC y 5 LCGC). Máxime si, respecto del control de transparencia, que es el que se postula en la demanda para que se declare la ilicitud de la cláusula suelo litigiosa, hemos insistido en la importancia de la información precontractual (sentencias 367/2017, de 8 de junio ; o 593/2017, de 7 de noviembre), porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar.”⁵⁰

Por lo tanto, hay que estar siempre al momento de celebración del contrato, vuelve a ser importante la fase precontractual, es en esa fase donde se forma el consentimiento y se decide contratar. Por lo tanto, y como apunta Pérez Nevot⁵¹, es indiferente que en el momento de presentar la demanda tuvieran la condición de consumidor, ya que lo importante es que tenga esa condición en el momento de la contratación que es cuando se forma el consentimiento en base al contrato que se va a llevar a cabo.

4. EL PAPEL DE LOS ADR EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DERIVADO DE CLÁUSULAS NO TRASPARENTES COMO VÍA ALTERNATIVA AL PROCESO JUDICIAL.

El artículo 169 apartados 1 y 2.a), del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece el deber de la Unión de contribuir a la protección del consumidor, a su vez, el artículo 38 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se establece que en las políticas de la Unión se ha de garantizar un nivel elevado de protección de los consumidores. Así lo explica la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución de litigios en materia de consumo, en su Considerando primero.

⁵⁰ Cfr. S TJUE, de 3 de setiembre de 2015, asunto C-110/14, Párrafo 23.

⁵¹ Vid. PEREZ NEVOT, J.A. (2019). *op.cit. ibid.*

En España el artículo 51 CE, como principio rector de la política social y económica, establece que los poderes públicos deben garantizar la defensa de los consumidores y usuarios mediante procedimientos eficaces.

Es por ello, que la Unión Europea y por consiguiente los Estados Miembros, deciden llevar a cabo lo que se denomina Sistemas Alternativos de Resolución Extrajudicial de Conflictos (ADR por sus siglas en inglés), ODR (Online Dispute Resolution) en el caso que estemos hablando de una disputa electrónica donde los medios que se usen sean telemáticos, unas medidas que se inscriben en las políticas sobre la mejora del acceso a la justicia⁵². Se trata de mecanismos de solución de conflictos alternativos al proceso judicial, es decir que se trata de mecanismos extrajudiciales.

A grandes rasgos, los ADR consisten en un procedimiento extrajudicial donde un tercero imparcial interviene entre las partes para hallar una solución común, al margen de un proceso.

Los ADR se crean y potencian como respuesta a las dificultades de acceso a la justicia, especialmente debido a la contratación en masa y a las nuevas tecnologías que permiten la contratación instantánea, los litigios en los tribunales se han disparado, provocando que se acumulen los procesos y que acaben demorándose en el tiempo y aumentando los gastos. Tanto el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil⁵³, en su apartado 1.2., como la Directiva 2013/11/UE, en su Considerando 11 así lo argumentan.

A nivel Europeo encontramos la Directiva anteriormente citada, que tiene como objetivo, artículo 1, contribuir a la protección del consumidor garantizando que los consumidores puedan presentar reclamaciones contra los comerciantes ante entidades que ofrezcan procedimientos de resolución alternativa de litigios, de esta forma se busca contribuir al buen funcionamiento del mercado interior.

La Directiva 2013/11/UE se trata de una directiva de armonización mínima, que obliga a los estados, a través de sus propias legislaciones, garantizar a los ciudadanos consumidores residentes en la unión resolver litigios con cualquier empresario establecido en un país de la unión. La transposición de esta directiva en la legislación

⁵² Vid. FUENTE NORIEGA, M. (2016). "Resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo", Pp. 2501- 2625, en AA.VV., LEÓN ARCE, A. (coord.), GARCÍA GARCÍA, L.M. (coord.), *Derechos de los consumidores y usuarios*, 3ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, Pp. 2501.

nacional la encontramos en la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

Cabe destacar, que el consumidor tiene a su disposición diferentes métodos de resolución de conflictos alternativos, no obstante, en el trabajo se analizarán los 3 más frecuentes: arbitraje, mediación y conciliación. Estas tres alternativas tienen una característica común, en todas ellas interviene un tercero que se interpone entre las partes para encontrar una solución, está prohibido expresamente que haya una negociación directa, es decir, que solo participen consumidor y empresario⁵⁴, así lo recogen por una parte el artículo 2.2.c) y el artículo 3.2.a) Ley 7/2017.

Por obligación legal, este tercero debe ser imparcial y neutral además de tener conocimientos especializados, así se establece a nivel internacional, artículo 2.2.a) y artículo 6.1 de la Directiva 2013/11/UE, y a nivel nacional en los artículos 22 y 23 de la Ley 7/2017.

Otra de las características comunes de los ADR, es que sólo es aplicable entre los litigios entre consumidores y comerciantes, más concretamente, únicamente cabe cuando sea el consumidor quien reclame ante el comerciante y no a la inversa (considerando 16 Directiva 2013/11/UE). No se aplicará en ningún caso cuando sea el comerciante quien reclame ni tampoco litigios entre comerciantes. A su vez, la Ley 7/2017, en su artículo 3 relativo al ámbito de aplicación ya excluye de forma expresa, en el apartado 2, los litigios iniciados por empresarios y los que se den entre los empresarios.

Para poder acudir a un ADR deberemos estar ante un litigio, nacional o transfronterizo, relativo a obligaciones que se deriven de contratos de compraventa o de prestaciones de servicios, estos servicios necesariamente deberán ser económicos y de interés general. Este requisitos se encuentra recogió por el considerando 13 de la Directiva 2013/11/UE así como en el artículo 2 de la misma. A su vez, el artículo 3 de la Ley 7/2017 también recoge esta característica de los ADR.

El resultado de los ADR puede ser vinculante o no vinculante, en función del que se elija. Además algunos incluso excluyen el acceso a la justicia una vez llegado a acuerdo vinculante. No obstante, cuando se habla de acudir a un ADR en un litigio de consumo en el ámbito de la actividad financiera, las normas son distintas.

⁵⁴ Vid. BARRAL VIÑALS, I. (2018). "La mediación de consumo y las demás ADR ante la Ley 7/2017 de resolución de conflictos con consumidores: ¿más retos o más oportunidades?", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. 4, 2018, Pp. 15.

La regla general, así se desprende del artículo 9 de la Ley 7/2017 y del art. 5.2 de la Directiva 2013/11/UE, es el carácter no obligatorio del ADR, pero en el caso de las entidades financieras estará obligada a participar, aunque ello no impide posteriormente el acceso a la vía judicial.⁵⁵

Tanto en la legislación nacional como en la internacional, se prevé que este procedimiento sea gratuito para los consumidores, no así para las empresas aunque no se especifica qué cantidad, artículo 11 Ley 7/2017, que será determinada por las entidades de resolución alternativa acreditadas⁵⁶.

El artículo 26.3 Ley 7/2017, otorga el papel de autoridad competente para la acreditación de las entidades que se encarguen de los ADR de las entidades financieras, al Banco de España, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, cada una de ellas para las entidades que actúen en su respectivo sector de supervisión.

No obstante, la disposición adicional primera de la ley, ya se avanza a la propuesta que se incluye en el Anteproyecto de Ley medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, que se prevé la creación de una única entidad que será la única competente, dejando el acceso a las demás entidades siempre que de forma voluntaria lo hayan acordado las partes.

Respecto a los diferentes tipos de ADR, como se ha comentado, todos tienen notas comunes, en todos ellos interviene un tercero bajo los principios de imparcialidad y neutralidad. Las diferencias entre unos y otros dependen en gran medida del carácter vinculante de la resolución.

Los ADR pueden dividirse en dos grandes grupos, en función de si la decisión que se adopte es o no vinculante para las partes. Cuando se habla de que un ADR es autocompositivo se hace referencia a que el acuerdo adoptado no es impuesto a las partes, ellas acuden voluntariamente y además adoptan ellas mismas la decisión. Por

⁵⁵ Vid. PEREZ DAUDI, V. (2019). "La imposición de los ADR *ope legis* y el derecho a la tutela judicial efectiva.", *Indret Revista para el Análisis del derecho*, Pp. 30.

⁵⁶ Vid. TRILLO, D., & ALONSO, N. (2019). "Ventajas extrajudiciales de la implementación de medidas alternativas de resolución de conflictos (ADR) en conflictos financieros y bancarios". Pp. 335-342 en P. CHICO DE LA CAMARA (dir.), *Las medidas alternativas de resolución de conflictos (ADR) en las distintas esferas del ordenamiento jurídico*, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, Pp. 334.

el contrario, los ADR heterocompositivos la intervención del tercero es sumamente importante ya que éste será el que adopte la solución que vinculará a las partes.⁵⁷

La mediación se encuentra regulada principalmente en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. El concepto se encuentra en el artículo 1 de la Ley, que define la mediación como un medio de solución de controversias, donde dos o más personas intentan de forma voluntaria alcanzar entre ellas mismas un acuerdo con la intervención de un mediador. El papel del tercero consiste en facilitar la comunicación entre las partes para poder dirigir las y orientarlas hacia un acuerdo. Se trata pues, de un medio autocompositivo donde el papel del mediador se centra en ayudar a las partes en el conflicto buscando la solución que mejor ayude a los intereses de ambos. ⁵⁸ El art. 414.1 LEC, permite a los jueces incluso instar a las partes a que asistan a una sesión informativa de mediación, aunque cabe recordar que siempre que no se trate de una entidad financiera, en la mediación rige el principio de voluntariedad.

El acuerdo al que se llegue en la mediación tendrá carácter vinculante para las partes, ya que actuará como un contrato, no obstante, no será ejecutivo si no se reúnen los requisitos del artículo 25 de la Ley 5/2012, debiendo las partes elevarlo a escritura pública.⁵⁹

En el arbitraje pasa lo contrario que en la mediación, el tercero interviene como si fuera un juez, es por tanto un ADR heterocompositivo, no tiene en cuenta la opinión de las partes más allá de sus declaraciones e impone una decisión que además es vinculante. En materia de consumidores el arbitraje se regula en el artículo 57 y 58 de la TRLGDCU, que nos deriva al Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (RDSAC).

En arbitraje de consumo se deberá estar a la normativa que regula el Sistema Arbitral de Consumo (SAC) y de forma subsidiaria a la Ley a Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. En el artículo 1.2 del RD ya se establece el carácter vinculante y ejecutivo del laudo (nombre que recibe el acuerdo vinculante) de las partes sin necesidad de ningún requisito extra.

Cabe advertir que el artículo 38 RDSAC, prevé un proceso de mediación antes de iniciar un ADR de arbitraje, y además durante todo el procedimiento prevé la

⁵⁷ Vid. BARRAL VIÑALS, I. (2018). *op.cit.* Pp. 18.

⁵⁸ Vid. FUENTE NORIEGA, M. (2016), *op.cit. ibídem.*

⁵⁹ Vid. BARRAL VIÑALS, I. (2018). *op.cit.* Pp. 19.

posibilidad de terminar con el arbitraje por haber una conciliación entre las partes, artículo 48.2 RDSAC.⁶⁰

La conciliación como ADR consiste en la intervención de un tercero que propone una solución a las partes, pero que a diferencia del arbitraje, no es impuesto sino que las partes deben aceptarlo libremente.⁶¹

5. ASPECTOS PROCESALES EN MATERIA DE CONSUMO

5.1. Aspectos generales

Cabe recordar que el artículo 51 de la CE, como principio rector de la política social y económica, establece que los poderes públicos deben garantizar la defensa de los consumidores y usuarios mediante procedimientos eficaces. Además, también se encuentran protegidos por el artículo 24.1 CE que versa sobre la tutela judicial efectiva que deben garantizar los jueces y tribunales, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

A pesar de la gran protección del consumidor a nivel legislativo, el legislador a nivel procesal no ha creado ningún procedimiento especial, así lo manifestó en su momento la STS 26/1997, de 26 de septiembre de 1997 al establecer:

*“La legislación española no resulta demasiado generosa con los consumidores en el área de su protección procesal, pues en realidad no existe una normativa concreta, suficiente y adecuada que desarrolle el mandato del art. 51 CE sobre protección al consumidor mediante el mecanismo de unos procedimientos eficaces”.*⁶²

Por este motivo, hay que acudir a un procedimiento ordinario. No obstante, ha ido introduciendo algunas peculiaridades como la legitimación activa, ampliándola no sólo a los consumidores de forma individual, sino reconociendo también el derecho a asociaciones. Al respecto se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, al hablar sobre el artículo 24.1 CE, ya citado, sobre la tutela judicial efectiva, concretamente la STC 73/2004, de 22 de abril de 2004, establece:

⁶⁰ Vid. CUENCA GARCÍA, A. (2016). “Los principios de transparencia, eficacia, equidad, libertad y legalidad en la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y su incidencia en el sistema de arbitraje de consumo español.” Pp. 37-80 en PALAO MORENO, G. (coord.) AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. (coord.), *Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación, mediación y arbitraje de consumo* (1º ed., Tirant lo Blanch, Valencia), Pp. 39 y 40.

⁶¹ Vid. BARRAL VIÑALS, I. (2018). *op.cit.* Pp. 17.

⁶² Cfr. STS 26/1997, de 26 de septiembre de 1997, FJ 1.

*“al conceder el art. 24.1 CE el derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos, está imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen a la atribución activa para acceder a los procesos judiciales”.*⁶³

Las normas de consumo, tienen como objetivo principal proteger los intereses individuales de los consumidores y usuarios que se han visto en desventaja respecto al predisponente, pero como se ha visto en la práctica, en muchas ocasiones, estos perjuicios se han provocado en un ámbito mucho más amplio. Es por este motivo, que más allá de los intereses individuales también hay que reconocer los intereses de grupo, más conocidos como colectivos o difusos, en los cuales hay un interés supraindividual.⁶⁴

Estos derechos colectivos se encuentran reconocidos además en la Ley orgánica del poder judicial (LOPJ) 6/1985, de 1 de julio, concretamente en el artículo 7.3 relativo a la tutela judicial efectiva, ya que reconoce que la tutela judicial efectiva recae tanto en los intereses individuales como en los colectivos.

Respecto a los intereses de grupo, la diferencia entre los dos grupos que la conforman se encuentra, principalmente, en la determinación de los sujetos. Los intereses colectivos hacen referencia a aquellas acciones donde los sujetos están determinados o son fácilmente determinables. En cambio, los intereses difusos son aquellos donde los sujetos no son determinables o su determinación es compleja o difícil.

En todo caso, y haciendo referencia a la competencia objetiva, la regla general se encuentra en el artículo 45 LEC y 85.1 LOPJ, conocerán los juzgados de primera instancia del ámbito civil, siempre y cuando, la competencia no se haya atribuido a otro juzgado, en este caso el artículo 86 ter.2.d) LOPJ otorga la competencia en ámbito de consumo de las acciones colectivas a los jueces de lo mercantil. No sucede lo mismo cuando la demanda es individual, que entonces sí que habrá que acudir al juez civil de primera instancia.

No obstante, es una práctica común, de los últimos años, el asignar a determinados juzgados la competencia de asuntos concretos. Así sucedió en lo relativo a las cláusulas suelo, después de la publicación del Acuerdo de 25 de mayo de 2017 de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se atribuyó a 54 Juzgados la competencia de los asuntos relativos a las condiciones generales de

⁶³ Cfr. STC 73/2004, de 22 de abril de 2004, FJ 1.

⁶⁴ Vid. BUJOSA VADELL., L. M. (2016). “La protección procesal de los consumidores y usuarios”. Pp. 2626-2725 en AA.VV., LEÓN ARCE, A. (coord.), GARCÍA GARCÍA, L.M. (coord.), *Derechos de los consumidores y usuarios*, 3ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, Pp. 2627.

los contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias, siempre y cuando el prestatario fuese persona física.

Hay que hacer mención a la publicidad del proceso, debido a que en muchas ocasiones el hecho de querer proteger o representar los intereses de un grupo hará que haya una gran cantidad de perjudicados.

En los casos donde intervengan asociaciones de consumidores y entidades para la defensa de consumidores y usuarios, el artículo 15.1 de la LEC prevé un deber de publicidad, con el objetivo de llamar al proceso a todos aquellos que tengan la condición de perjudicados, deber que se aplica tanto en los intereses difusos como en los intereses colectivos.

Será el Letrado de la Administración de Justicia quien deberá, una vez aceptada la demanda, publicar su admisión en los medios de comunicación del territorio donde se tengan que hacer valer esos derechos. Aunque será el juez de forma discrecional quién decida en qué medios se va a publicitar.

El hecho de publicitar la demanda ante los medios de comunicación, en el caso de los intereses difusos, supone la suspensión del proceso, artículo 15.3 LEC, por un plazo no superior a 2 meses, elección que tendrá el juez, suspensión que se llevará a cabo por edicto una vez la demanda haya sido aceptada, momento procesal en el se tiene la obligación de publicitar el proceso. Solo durante la suspensión del proceso se admite la personación de más afectados, no siendo posible en un momento posterior una vez levantada la suspensión.

En el supuesto de los intereses colectivos, el apartado 2 del mismo artículo, impone la obligación extra de haber comunicado a todos los interesados la interposición de la demanda. Pero, a diferencia de lo que sucedía con las acciones de intereses difusos, se permite la personación de los afectados en cualquier momento del proceso.

5.2. Los intereses individuales y los intereses colectivos o de grupo

5.2.1. Los intereses individuales

Este grupo de intereses se recogen a su vez en el artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) al hablar de la legitimación para la defensa de los derechos e intereses de consumidores y usuarios.

El artículo 11 LEC lo introduce al decir “*sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados*”. Es el interés del consumidor o usuario de forma individualizada y determinado, es decir que la reclamación judicial es individual del consumidor, aunque su interés se pueda englobar en algún grupo. El hecho de que el interés individualizado de un afectado pueda englobarse en un grupo, no excluye que pueda conversar su interés aun estando dentro.⁶⁵

Como se ha dicho anteriormente, el legislador no ha previsto ningún procedimiento especial para las reclamaciones de consumidores y usuarios, por lo que para su análisis hay que acudir al articulado de la LEC.

Para ser parte en el proceso, el consumidor únicamente debe enmarcarse en alguno de los sujetos que prevé el artículo 6.1 LEC pero podrá comparecer en juicio, especificación del artículo 7 LEC, únicamente aquellos que estén en pleno juicio de sus derecho. El artículo 322 del Código Civil Español (CC) establece que el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, a su vez el artículo 315 CC establece que la mayoría de edad empieza a los 18 años. Por lo tanto, siempre que esté en pleno juicio de sus derechos, los mayores de 18 años tendrán capacidad procesal, así como los menores emancipados tal y como establece el artículo 323 CC, segundo inciso. A su vez, el artículo 10 LEC, reconoce como parte procesal legítima a los que comparezcan y actúen en sede judicial como titulares de la relación jurídica u objeto que se está litigando.

Como no se prevé ningún procedimiento especial, habrá que ir a un proceso declarativo, artículo 248 LEC, que en función del caso, se tramitará un juicio ordinario o uno verbal. Concretamente el artículo 249.1.5º relativo al juicio ordinario prevé que se aplique este procedimiento cuando la demanda, indiferentemente de la cantidad, verse sobre condiciones generales de la contratación, en el caso que no se trata de este caso, habrá que estar por la cuantía de la demanda ya que se acudirá a un juicio verbal, artículo 250 LEC, cuando la cuantía de la demanda no exceda de 6.000 euros.

En cuanto a la competencia territorial, el artículo 54.2 LEC, invalida los pactos de sumisión expresa que se encuentren en contratos de adhesión o que contengan condiciones generales de la contratación. A su vez el apartado primero del artículo tampoco prevé la sumisión expresa para el juicio verbal. Por lo tanto, para saber qué tribunal es competente en cada caso habrá que acudir al artículo 50 LEC que regula el fuero general de las personas físicas, atribuye la competencia a los tribunales del

⁶⁵ Vid. BUJOSA VADELL., L. M. (2016).*op.cit, ibid.*

domicilio del demandando, es decir que si es el banco el que demanda al consumidor, será el domicilio de éste el que se tendrá en cuenta para la competencia territorial ya que el pacto de sumisión expresa está prohibido en materia de consumidores y usuarios. En el caso de que sea el consumidor el que presente la demanda, habrá que acudir al artículo 52.1.14º que prevé expresamente que los procedimientos que versen sobre la no incorporación o nulidad de una cláusula de condiciones generales de la contratación, se concederá la competencia al tribunal del domicilio del demandante. En cualquier caso, la competencia será del tribunal donde resida el consumidor.

Respecto a la sumisión expresa, tal y como bien explica el Catedrático Bujosa Vadell⁶⁶, antiguamente, en la LEC de 1881 se permitía, en virtud del artículo 56 de la misma y derivada de la libertad de disposición que planteaba el art. 1255 CC, que las partes de forma voluntaria eligieran el órgano jurisdiccional competente territorialmente. Esta libertad de elección, perjudicaba notablemente al consumidor que en muchas ocasiones debía hacer frente a grandes gastos de desplazamiento, desequilibrio que el TS evidenció en sus pronunciamientos (STS 28 noviembre de 1997, 13 de noviembre de 1998 o 23 de septiembre de 1996).

Es por ello que se promulgó de forma urgente la Ley 10/1992 de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, que eliminó los pactos de sumisión en el juicio verbal. Esta medida fue a su vez recogida en la LEC de 2000 que aplicó la prohibición también a diversas materias, en las que no se encontraba el ámbito de consumo. No fue hasta la vigente LEC donde a través del artículo 54.2 se prohibió la sumisión expresa en los contratos de adhesión y los que contengan condiciones generales de la contratación.

5.2.2. Los intereses colectivos

El artículo 11 LEC, seguidamente de reconocer la acción individual, reconoce la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios con el objetivo de defender sus propios intereses y los de sus asociados además de los intereses generales de los consumidores y usuarios. Dentro de los intereses generales, a los que se denomina también en grupo, hay que distinguir dos intereses: los intereses colectivos y los intereses difusos.

Concretamente las acciones colectivas se encuentran reconocidas en el apartado 2 del artículo, cuando habla de los intereses colectivos que son aquellos donde los titulares de la acción son plenamente determinables. Por su parte, el apartado 3 hace

⁶⁶ Vid. BUJOSA VADELL., L. M. (2016). *op cit.*, Pp. 2636.

referencia a los intereses difusos, que son aquellos donde los titulares de la acción son indeterminados o difíciles de determinar.

En cuanto a los intereses colectivos, el legislador ha querido ampliar el concepto tradicional de legitimación, debido en gran parte a la necesidad de protección de los consumidores como interés público.

Por una parte, tenemos las asociaciones de consumidores y usuarios, no obstante, se exige que para tener legitimación es necesario que al menos uno de los asociados se encuentre entre los afectados, requisito que aunque no está recogido legislativamente. Pero una vez ejercida la acción, sus efectos no serán exclusivos de los asociados sino que abarcará a todos aquellos que hayan sido afectados por el caso. La asociación tiene personalidad jurídica propia, art. 6.1.3º LEC que determina su propia capacidad.

Su legitimación para poder defender los derechos e intereses de los asociados y de la propia asociación, se encuentra recogida en el artículo 22 y ss. TRLDCU, derivando a la legislación de asociaciones para validar los requisitos de su constitución. Concretamente el art. 24.1 TRLDCU establece que serán las únicas legitimadas para poder actuar en nombre y representación de los intereses generales de los consumidores y usuarios.

Por otra parte, encontramos las entidades legalmente constituidas que tiene por finalidad la defensa o protección de los consumidores y usuarios. En este caso solo tiene legitimación para la defensa de los intereses colectivos pero no para los intereses difusos, tal y como establece el artículo 11 apartados 2 y 3, ya que en el apartado 2 específicamente les reconoce esta legitimación pero en el 3, para el caso de los intereses difusos se excluye su legitimación, otorgándosela exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios.

En última instancia, los grupos de afectados, el propio artículo 6.1.7º LEC les reconoce capacidad de ser parte a:

*“Los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados”.*⁶⁷

Se trata de agrupaciones de personas que se han visto afectadas por el mismo hecho aunque a diferencia de las entidades para la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, éstos no tienen personalidad jurídica propia. Solo nacen de forma puntual en un momento

determinado y en relación con un hecho concreto, para después desaparecer. La LEC como requisito exige que estos sujetos estén determinados o sean fácil de determinar y que lo compongan la mayoría de afectados.

Respecto a este sujeto, el legislador decidió incluir en el artículo 256.1.6º LEC una diligencia preliminar orientada justamente a la publicidad de la demanda con el objetivo de facilitar que las personas afectadas puedan sumarse al grupo. El artículo permite que se pueda solicitar al juez que adopte las medidas necesarias u oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo pudiendo incluso exigir al demandando que colabore⁶⁸. La única exigencia que incluye el artículo es que sean fácilmente determinables.

5.2.3. Los intereses difusos

Las acciones para la protección de los intereses difusos eran aquellas donde los sujetos afectados no están determinados o su determinación es algo compleja.

Corresponde exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios la legitimación de la defensa de estos derechos en juicio, artículo 11.3 LEC. Por lo que quedan fuera de estas acciones las entidades para la protección de los derechos de los consumidores como los grupos de afectados. No obstante, tampoco todas las asociaciones están reconocidas, sólo son aquellas que sean representativas, así lo establece el artículo, al final.

Para saber qué se entiende por asociación representativa, hay que acudir al Real Decreto 825/1990, de 22 de junio, sobre el derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usurario a través de sus asociaciones. Concretamente el artículo 18 del Real Decreto establece que únicamente las asociaciones, federaciones, confederaciones y cooperativas en el Consejo de Consumidores y Usuarios podrán ejercitar las correspondientes acciones en defensa de los intereses generales de los consumidores. Por lo tanto, se entiende que una asociación será representativa cuando estén representadas por dicho Consejo.

6. ASPECTOS PROCESALES EN EL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE CLÁUSULAS PREDISPUESAS.

6.1. El papel del juez: control de oficio de las cláusulas.

El papel del juez para la aplicación del control de transparencia es primordial, tiene un papel activo durante todo el proceso, desde la acreditación del carácter de consumidor, (apartado 3 del trabajo), hasta la declaración de oficio del carácter abusivo de una cláusula.

⁶⁸En caso de que el demandado no quiera colaborar el artículo 261 LEC prevé que el órgano jurisdiccional tome las medidas necesarias como puede ser una entrada y registro por la no aportación de documentación. Queda en manos del juez concretar las medidas que le parecen más adecuadas en cada caso.

Ha sido el propio TJUE el que en sus numerosas sentencias ha ido asignándole estas funciones a los tribunales de cada país. A modo de ejemplo, la sentencia del TJUE de 4 de junio de 2015 especifica que es deber del juez comprobar, con los datos jurídicos y fácticos necesarios, si el comprador tiene la condición de consumidor. Se trata de una condición jurídica muy relevante, ya que de ello dependerá la legislación aplicable, siendo mucho más garantista la destinada a la protección del consumidor.

Incluso es el juez el que decide en un contrato mixto, si teniendo en consideración las pruebas, el objeto principal del contrato se inclina más por una función profesional o no, incidiendo también en la legislación a aplicar. Así se pronuncia al respecto el Abogado General Pedro Cruz Villalón, en el dictamen emitido el 23 de abril de 2015, asunto C-110/2014, donde otorga esta valoración directamente a la jurisdicción nacional.

Otra de las funciones que el TJUE ha otorgado a los tribunales, es el deber de declarar de oficio el carácter abusivo de una cláusula. La STJ de 27 de junio de 2000, Sala Pleno, acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98, asunto Grupo Editorial y otros, fue la primera en declarar que es el deber del juez nacional apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual:

*“la protección que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, otorga a éstos implica que el Juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le haya sido sometido cuando examine la admisibilidad de una demanda presentada ante los órganos jurisdiccionales”.*⁶⁹

Tal y como se establece en la STJUE de 21 de febrero del 2013, asunto Banif Plus Bank Zrt, apartado 23, esta función del juez no es una mera consideración o facultad, sino que es un deber, una obligación que le impone:

“el papel que el Derecho de la Unión Europea atribuye al juez nacional en la materia, no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula, sino que incluye la obligación de examinar de oficio esta cuestión”.

Esta obligación impuesta a los jueces se desprende del artículo 6 y 7 de la Directiva, en el sentido que el artículo 6.1 prevé la no vinculación automática de las cláusulas abusivas, es decir que una vez consideradas abusivas estas no vinculan en ningún caso al consumidor, consecuencia que como introduce el artículo 7, puede hacer de efecto disuasorio para futuras conductas. Esta premisa obedece, tal y como apunta el

⁶⁹ Cfr. STJ de 27 de junio de 2000, Sala Pleno, acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98, asunto Grupo Editorial y otros.

Exmagistrado Orduña Moreno⁷⁰, a la situación de inferioridad a la que se encuentran los consumidores que se encuentran con una capacidad de negociación relativamente nula y sin casi información de las cláusulas. La intención del TJUE es que a través de un control de oficio del juez nacional, se restablezca el equilibrio entre la partes, es función del juez quien debe intervenir para subsanar este desequilibrio.

Orduña a su vez hace referencia a la STJUE de 4 de junio de 2009, asunto Pannon, concretamente al apartado 23:

“el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva no podría alcanzarse si los consumidores tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de una cláusula contractu al y que sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula.”⁷¹

Este deber impuesto al juez nacional, se impone desde el momento que dispone de los elementos tanto de hecho como de derecho necesario, si necesidad de que el consumidor solicite la nulidad de la cláusula por abusiva. No obstante, sí debe prevalecer el principio de contradicción, este principio se recoge en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Obliga al juez, una vez llega a la conclusión de que una cláusula tiene carácter abusivo, a informar a las partes para que puedan, en virtud de las normas procesales, debatir al respecto.⁷²

De esta forma puede darse el caso que el consumidor, aun sabiendas del carácter abusivo de la cláusula, decida seguir vinculado a ella, por lo que entonces sí que existiría consentimiento de la cláusula de forma específica. Así se recoge en la sentencia del caso Pannon:

“el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula.”⁷³

Es tal la obligación del juez en el control de oficio del carácter abusivo de las cláusulas, que tiene la potestad de practicar todas las diligencias de prueba necesarias. Así lo establece STJUE de 9 de noviembre de 2010 caso VB Pénzügyi Lízing, que en el apartado 56 de la sentencia establecía: *“el juez nacional debe acordar*

⁷⁰ Vid. ORDUÑA MORENO, F., GUILLÉN CATALÁN, R., & SANCHEZ MARTINEZ, C. (2016), *Control de Transparencia y Contratación Bancaria*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, Pp. 202.

⁷¹ Cfr. STJUE de 4 de junio de 2009, asunto Pannon, Párrafo 23.

⁷² Vid. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M. (2014). “El control de oficio de las cláusulas abusivas. El juez nacional como garante de la protección del consumidor”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Vol. 26, Pp. 319–321.

⁷³ Cfr. STJUE de 4 de junio de 2009, asunto Pannon, Párrafo 33.

de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva”.

El objetivo, tal y como apunta Pérez Daudí⁷⁴, es tener a su disposición todos los elementos de hecho necesarios para poder declarar si una cláusula es abusiva o no. Para saber en qué momento podrá el juez declarar una prueba de oficio, se deberá estar a las normas procesales internas, en función de si estamos ante un juicio verbal o un juicio ordinario, el momento procesal será distinto.

En cuanto al plazo del juez para determinar si una cláusula tiene carácter abusivo, este es inexistente, ya que prima más la protección del consumidor que los plazos procesales, siempre y cuando no se vulneren los principios de audiencia y contradicción de las partes.⁷⁵ Incluso el TJUE permite al juez nacional antes de la admisión de la demanda, declarar la abusividad de la cláusula, así lo estableció en su sentencia de 14 de junio de 2012, asunto Banco Español de Crédito S.A., en sus apartados 53 a 57.

Uno de los ejemplos más claros de lo expuesto es en relación con la acción de cesación, la acción de cesación busca que las cláusulas consideradas abusivas, no vuelvan a utilizarse ni en ese contrato ni en ningún otro. En estos casos los consumidores que no se han visto afectados por la sentencia se pueden beneficiar por ella en cualquier momento, siempre que se trate de la misma cláusula. A modo de ejemplo al STJUE, de 26 de abril de 2012, asunto Invitel:

“cuando haya sido declarada abusiva una cláusula de condiciones generales, los órganos jurisdiccionales nacionales, deberán aplicar de oficio, también en el futuro, todas las consecuencias previstas por el Derecho nacional, para que los consumidores que hayan celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales no resulten vinculados por dicha cláusula.”⁷⁶

6.2. Inversión de la carga probatoria en procesos con consumidores.

Para que una cláusula pueda pasar el control de transparencia, debe demostrarse que ha sido negociada y que el consumidor entendía las consecuencias económicas y jurídicas que podía causarle.

⁷⁴ Vid. PÉREZ DAUDÍ, V. (2019). “La actividad probatoria de oficio en el proceso de consumo”. Pp. 55-70 en AA. VV., VALLESPÍN PÉREZ, D. (dir.) VERNENGO PELLEJERO, N. (coord.), *Consumidor y sector bancario*, Ed. Juruá, Lisboa, Pp. 65.

⁷⁵ Vid. VELA TORRES, P. J. (2018). *op.cit.*, pp.29.

⁷⁶ Cfr. STJUE, de 26 de abril de 2012, asunto Invitel, Párrafo 3,

Cabe recordar, que el control de transparencia y por ende de abusividad, como se ha explicado aludiendo a la Directiva y a la normativa interna relativa a consumidores y usuarios, sólo es aplicable en los contratos celebrados entre consumidores y profesionales que no se hayan negociado individualmente.

Para que se pueda considerar que una cláusula no ha sido negociada individualmente, tal y como establece el artículo 3.2 de la Directiva, basta con que haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir en ella.

Prima la presunción *iuris tantum* de que la cláusula no ha sido negociada individualmente, será el profesional, que alegue que la cláusula ha pasado el control de transparencia por haber sido negociada, el que tenga la carga de la prueba. Así lo marca el art. 3.2 último párrafo de la Directiva. Hay por tanto una inversión de la carga probatoria donde será el demandado el que deberá demostrar que cumplió con los deberes de transparencia e información con el consumidor.⁷⁷

La inversión de la carga probatoria también es utilizada por los tribunales españoles, concretamente la STS 265/2015, de 22 de abril de 2015⁷⁸, de la que se hace eco también STS de 3 de junio de 2016, dice:

*“es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario”.*⁷⁹

En la sentencia de 9 de mayo de 2013, se argumentó la vulneración del artículo 217 LEC por invertir la carga probatoria por la falta de un hecho relevante, el TS argumentó:

“La carga de la prueba o, dicho de otra forma, los efectos negativos de la falta de la prueba nada más entra en juego cuando no hay prueba sobre determinados extremos de hecho, por lo que su infracción únicamente tiene lugar en aquellos casos en los que, teniéndose por no probado un determinado hecho relevante para la resolución de la controversia, el tribunal atribuye los efectos negativos de tal vacío probatorio a la parte

⁷⁷ Vid. LOZANO GAGO, M. L. (2019). “Tratamiento jurisprudencial de las acciones de nulidad”, Pp.1255-1288 en AA. VV., CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. (dir.), FORTEA GORBE, J. L. (coord.),.), *Jurisprudencia sobre Hipotecas y Contratos Bancarios y Financieros. Título: Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, Pp. 1255-1257.

⁷⁹ Cfr. STS de 3 de junio de 2016, FJ 2.

a la que no corresponde soportarlos de conformidad con la norma contenida en el art. 217 LEC”.⁸⁰

Esta misma sentencia, también recoge que el hecho de que el profesional le haya presentado varias ofertas al consumidor, si además esas ofertas están redactadas con cláusulas predispuestas, no son prueba de negociación, ya que seguiría sin poder el consumidor poder influir en ellas. Tampoco sirve como negociación que el consumidor haya podido elegir entre varios profesionales, ya que sigue sin haber negociación por parte del consumidor o que haya mantenido una actitud activa que haya sido rechazada.⁸¹

“La exégesis de la norma transcrita impone concluir que el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio, en orden a la individualización o singularización del contrato, ya que, como afirma el Ministerio Fiscal, la norma no exige que la condición se incorpore a todos los futuros contratos, sino a una pluralidad de ellos.

Más aún, cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a lo cual vea rechazado su intento de negociar, ya que, a diferencia de lo que exigía el artículo 10.2 LCU en su primitiva redacción “[a] los efectos de esta Ley se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate”⁸²

6.3. Información notarial como prueba del control de transparencia.

El control de transparencia, como control material del contenido del contrato, da un peso muy importante a la fase precontractual, ya que es justo en ese momento, previo a la celebración del contrato, donde se le debe informar al consumidor de las consecuencias económicas y jurídicas que le va a suponer la celebración de dicho contrato. La STS 624/2017, de 16 de noviembre y la núm. 367/2017, de 8 de junio, se hicieron eco de la importancia que tenía la fase precontractual para la formación del consentimiento del consumidor, concretamente ésta última argumentaba:

“La información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener

⁸⁰ Cfr. STS de 9 de mayo de 2013, FJ 4.

⁸¹ Vid. ORDUÑA MORENO, F., GUILLÉN CATALÁN, R., & SANCHEZ MARTINEZ, C. (2016). *op.cit.*, Pp.209.

⁸² Cfr. STS de 9 de mayo de 2013, FJ 7.

*conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de alguno de los contratos objeto de comparación porque no ha podido llegar a comprender lo que significa en él una concreta cláusula, que afecta a un elemento esencial del contrato, en relación con las demás, y las repercusiones que tal cláusula puede conllevar en el desarrollo del contrato”.*⁸³

El papel del notario es en este sentido muy importante, ya que le corresponde una función de control de abusividad⁸⁴. Afirmación que se encuentra reflejada en el artículo 1 de la Ley Notarial de 28 de mayo de 1862 (LN) al especificar que el Notario es el funcionario público que está autorizado para dar fe teniendo en cuenta las leyes, los contratos y otros actos extrajudiciales, por lo que para poder dar fe de un contrato en el cual hayan cláusulas predispuestas, deberá tener en cuenta la normativa relativa a la protección del consumidor.

Más concretamente el artículo 147 del Reglamento Notarial especifica que el notario intervendrá las pólizas presentadas por las entidades de crédito que se dedican habitualmente a la contratación en masa. Además deberá, en virtud del mismo artículo, tendrá que comprobar que no contenga el contrato condiciones generales que hayan sido ya declaradas por sentencia firme y declaradas como tal en el Registro de condiciones generales.

Así mismo, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, prevé también la intervención del notario como parte del derecho de información que tiene el consumidor, concretamente el artículo 30 establece la opción de poder examinar el proyecto de escritura pública 3 días antes de que se formalice. En el punto 3 del artículo se añade además el deber de información que tiene el notario respecto a las obligaciones que asumirá el consumidor y en especial de que el consumidor haya recibido con el tiempo suficiente la información de lo que se va a firmar.

La intervención del notario se da siempre antes de la perfección del contrato, donde el consumidor ya debe haber tenido acceso a la información con tiempo suficiente, en el caso de los contratos de crédito inmobiliario⁸⁵, este deber legal está estipulado en un

⁸³ Cfr. STS 367/2017, de 8 de junio, FJ 6.

⁸⁴ Vid. IRA CANTÓ, A. L. (2019). “El Control de la contratación bajo condiciones generales. Tratamiento jurisprudencial. Control notarial de cláusulas abusivas.” Pp. 189-200 en AA. VV., CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. (dir.), FORTEA GORBE, J. L. (coord.), *Jurisprudencia sobre Hipotecas y Contratos Bancarios y Financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, Pp. 189.

⁸⁵ Vid. ORDUÑA MORENO, F., GUILLÉN CATALÁN, R., & SANCHEZ MARTINEZ, C. (2016). *op.cit.i bid.*

mínimo de diez días naturales de antelación a la firma del contrato (artículo 10 Ley Contratos de Crédito Inmobiliario).

Tal es la importancia de la comparecencia ante el notario que el artículo 15 de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario establece que en el caso de que el consumidor no se comparezca ante el notario de forma presencial, al menos el día anterior al de la autorización de la escritura pública, el notario debe levantar acta y no puede en ningún caso autorizar dicha escritura.

No obstante, la jurisprudencia de forma reiterada ya ha dicho en más de una ocasión que la intervención del notario no supone que se haya pasado el control de transparencia de forma correcta. Más concretamente establece que el deber de información del notario es un complemento a la obligación del empresario o profesional, que es el que tiene el deber legal de ser transparente e informar de forma clara al consumidor.⁸⁶

Las STS núm. 464/2013, de 8 de septiembre y núm. 291/2018, de 22 de mayo, declararon que la lectura del notario de la escritura no sirve pro sí misma como cumplimiento del control de transparencia. A su vez la STS núm. 138/2015, de 24 de marzo, da una explicación de porqué la intervención del notario en sí misma no es condición suficiente para poder afirmar que ha habido transparencia en un crédito hipotecario:

*“el momento en que se produce la intervención del notario, al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, a menudo simultáneo a la compra de la vivienda (lo habitual en el caso de consumidores es que el préstamo hipotecario sirva para pagar el precio de la vivienda que acaba de comprarse en la escritura otorgada justo antes y ante el mismo notario), por lo que no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base a una información inadecuada, pues si lo hace, no podría pagar el precio de la vivienda que acaba de comprar”.*⁸⁷

Más concretamente la Resolución de 19 de octubre de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, establece qué debe hacer el notario ante una cláusula abusiva, se trata de una resolución que suspendió la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario.⁸⁸

⁸⁶ Vid. SÁENZ DE JUBERA HIGUERA, B. (2019). “Control de transparencia material y actuación notarial conforme a la jurisprudencia y la ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario”. *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, Núm. 2, Pp.244–245.

⁸⁷ Cfr. STS núm. 138/2015, de 24 de marzo, FJ 5.

⁸⁸ Vid. Resolución de 19 de octubre de 2016 de la Dirección General

En virtud de la Resolución si el notario se encuentra ante una cláusula que hubiera sido declarada nula por abusiva por sentencia e inscrita en el Registro de Condiciones Generales de Contratación (requisito no necesario si se trata de una sentencia del supremo), no podrán autorizarla y se tendrá por no puesta, intentando mantener el resto del contrato, siempre que sea posible, tal y como exige el art. 6.1 de la Directiva y el artículo 83 LGDCU. Lo mismo sucede si el carácter abusivo es debido a que la cláusula se enmarca en alguna de las causas tipificadas en los artículos 85 a 90 LGDCU, la denominada lista negra.

En el resto de casos, donde la condición de abusividad no esté predeterminada, el notario no tendrá legitimidad para valorarla, sino que deberá ser el juez quien lo declare a través de sentencia firme.

7. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE TRASPARENCIA. NULIDAD DE LA CLÁUSULA.

7.1. Expulsión de la cláusula no transparente.

Cuando una cláusula es considerada abusiva, por no pasar el control de transparencia y contenido, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, será expulsada automáticamente del contrato, esto quiere decir que es nula de pleno derecho y no puede integrarse en el contrato.

A nivel nacional, esta normativa la encontramos recogida en los artículos 82.1 LCGC y art. 83 TRLGDCU, que concretamente especifican que una cláusula abusiva será nula de pleno derecho y que se tendrá por no puesta. No obstante, como bien apunta el artículo 83, el contrato subsistirá en todo lo demás, siempre que ello sea posible.

A su vez el artículo 1303 CC, prevé la restitución recíproca de las cosas que hubieran sido materia de contrato, con sus frutos y el precio con los intereses, cuando se declare la nulidad de las obligaciones.

Por lo tanto, una vez se identifique una cláusula como abusiva, las partes deberían restituirse mutuamente lo percibido, volviendo a la situación inicial, como si la cláusula nunca hubiera surtido efectos.

No obstante, la STS 9 de mayo de 2013, que trataba una acción de cesación de cláusulas suelo por una asociación de consumidores, resolvió de forma distinta. Estableció que los efectos restitutorios se limitaban al momento de dictar la resolución, aun haber declarado que las cláusulas efectivamente eran nulas por no ser

transparentes. Criterio que posteriormente también adoptó en la STS de 25 de marzo de 2015, en una acción individual de nulidad.

Optó en ambas sentencias por la irretroactividad de la nulidad de la cláusula, argumentando que era necesario para proteger el orden público económico, concretamente la sentencia de 9 de mayo decía: “es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de de trastornos graves con trascendencia al orden público económico.”⁸⁹

A pesar del pronunciamiento del Supremo, el TJUE a raíz de varias cuestiones prejudiciales que se plantearon en los tribunales españoles, dictó la sentencia de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados Gutiérrez Naranjo vs Cajasur BancoC-154/15, Palacios Martínez vs BBVA S.A.C-307/15 y Banco Popular Español S.A. vs Irene LópeznC-308/15. La sentencia vino a desacreditar lo que se había dictado en las sentencias anteriores, concretamente aludió al artículo 6.1 de la Directiva, afirmando que una cláusula declarada abusiva era nula y no podía tener efectos para el consumidor, debiendo restituirse las partes las prestaciones percibidas para volver a una situación que nunca debería haber existido:

“De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.”⁹⁰

No sólo considera que el hecho de limitar los efectos restitutorios de una cláusula suelo es contrario al artículo 6.1 sino que considera, y así lo argumenta, que impide el efecto disuasorio que persigue el artículo 7.1 de la Directiva:

“ De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional —como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013— relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 60).”

⁸⁹ Cfr. STS de 9 de mayo de 2013, FJ 17.

⁹⁰ Cfr. STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados Gutiérrez Naranjo vs Cajasur BancoC-154/15, Palacios Martínez vs BBVA S.A.C-307/15 y Banco Popular Español S.A. vs Irene LópeznC-308/15, Párrafo 61.

Anteriormente la STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618-10 Banesto vs Calderón, ya había cambiado la legislación española en materia de consumidores, al establecer que ante una cláusula abusiva, que tiene como consecuencia la no vinculación del consumidor en virtud del artículo 6.1 de la Directiva, el juez nacional no tenía poder ni competencia para poder modificar la cláusula de manera que se reequilibraran las partes y pudiera subsistir en el contrato:⁹¹

“Así pues, del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible.”⁹²

Como en el caso anterior, también en este asunto el STJUE hacía referencia al efecto disuasorio del artículo 7.1 de la Directiva:

“Pues bien, en este contexto es preciso señalar que, tal como ha indicado la Abogado General en los puntos 86 a 88 de sus conclusiones, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, el auto Pohotovost', antes citado, apartado 41 y jurisprudencia citada), en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.”⁹³

Ello obligó al legislador español a modificar su normativa relativa a la protección de los consumidores mediante la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que modificó el artículo 83.2.II que justamente introducía la posibilidad de que el Juez pudiera modificar las obligaciones y derechos de las partes para mantener la cláusula abusiva.⁹⁴

Finalmente el Tribunal Supremo rectificó sus sentencias anteriores con la STS de 24 de febrero de 2014. Dicha sentencia se hace eco de la obligación de restitución de las

⁹¹ Vid. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2019). *La Nulidad Contractual en la Jurisprudencia* (1ª ed.). Tirant lo Blanch, Valencia, Pp. 161.

⁹² Cfr. STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados Gutiérrez Naranjo vs Cajasur Banco C-154/15, Palacios Martínez vs BBVA S.A. C-307/15 y Banco Popular Español S.A. vs Irene López C-308/15, Párrafo 62.

⁹³ Cfr. STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618-10 Banesto vs Calderón, Párrafo 53.

⁹⁴ Vid. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2019). *Op.cit. ibid.*

prestaciones ante una cláusula abusiva, sin posibilidad de limitar los efectos en el tiempo, haciendo suya la argumentación del TJUE diciendo:

“queda claro que cualquier limitación temporal de los efectos restitutorios tras la declaración de abusividad de la cláusula litigiosa infringe el artículo 6.1 de la directiva 13/1993 y que la consecuente obligación de devolución de las cantidades indebidamente cobradas no permite matiz alguno, son pena de no garantizar los derechos del consumidor afectado e infringir el artículo 7.1 de la misma directiva.”⁹⁵

En conclusión, la consecuencia de la abusividad de una cláusula es su nulidad, por lo tanto, en aras del contrato, esta cláusula nunca debió surtir efectos y por lo tanto nunca existió. En virtud de la directiva y de las sentencia del TJUE y posteriores del TS, las partes que en virtud de esta cláusula hayan recibido alguna prestación, como serían los intereses en la cláusula suelo, sobre lo que se pronuncia la STS de 9 de mayo 2013, deben devolver de forma íntegra todo lo percibido al consumidor.

7.2. Efectos de la sentencia.

La STS 9 de mayo de 2013, también se pronunció sobre el efecto de cosa juzgada, ya que declaró que su pronunciamiento no afectaba a las cláusulas suelo que se hubieran tratado en otros procesos y tuvieran efecto de cosa juzgada, ya que el efecto de la sentencia no tenía efectos retroactivos.

A diferencia de lo que sucedía con la limitación de los efectos restitutorios, el TJUE se pronunció de forma distinta en esta cuestión. La STJUE de 21 de diciembre de 2016, especifica concretamente que la protección del consumidor no es absoluta y que por consiguiente, el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar normas procesales internas que den a una resolución la fuerza de cosa juzgada:

“ A este respecto, es verdad que el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta. En este sentido ha declarado, en particular, que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 37). De ello se deduce que el Tribunal Supremo podía declarar legítimamente, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, que esta última no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores con fuerza de cosa juzgada.”⁹⁶

⁹⁵ Cfr. STS de 24 de febrero de 2014, FJ 3.

⁹⁶ Cfr. STJUE de 21 de diciembre de 2016, FJ 68.

No es función del Tribunal Europeo clarificar si el consumidor tiene derecho, a raíz de una acción individual o colectiva, a percibir las cantidades pagadas en concepto de una cláusula abusiva, su función es determinar si una normativa nacional es contraria o no a derecho comunitario⁹⁷.

A pesar de que en el primer caso el tribunal no podía limitar los efectos restitutorios de una cláusula abusiva, sí puede decidir que una sentencia no tenga efectos retroactivos para las sentencias que ya tienen fuerza de cosa juzgada.

Para saber si el consumidor, en una acción individual, tiene opciones, a raíz del pronunciamiento del TJUE sobre la nulidad de pleno derecho de una cláusula abusiva, hay que acudir a las normas procesales internas, concretamente al artículo 222 LEC sobre el efecto de cosa juzgada material.

El artículo 222 LEC impide que puedan volver a plantearse ante los juzgados, a través de un nuevo procedimiento, demandas con el mismo objeto y partes al de un proceso que ya tiene sentencia firme, es lo que se denomina efecto de cosa juzgada negativo ya que impide realizar una acción. Además este artículo no sólo alcanza a los demandantes, sino que el apartado 3 extiende este efecto a los herederos y causahabientes de los que fueron parte en el proceso además de a los sujetos, no litigantes, titulares de derechos que fundamenten la legitimación de las partes.

No obstante, el artículo 510 LEC permite, en casos concretos, la revisión de la sentencia firme, uno de ellos, el apartado 1, prevé la revisión de sentencia cuando se obtengan documentos decisivos que no pudieran disponerse por fuerza mayor, en línea con el artículo 400 LEC relativo a la preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos.

El Tribunal Supremo en su Auto TS 4 de abril de 2017, aclaró si era posible encajar alguno de esos supuestos para el caso que el TJUE se pronunciara en contra de alguna sentencia nacional por ir en contra de alguno de los derechos reconocidos a nivel europeo:

“Una sentencia posterior no tiene la consideración de «documento recobrado» en el que pueda fundarse una demanda de revisión [...]2.- Esta Sala, en sus sentencias de

⁹⁷ Vid. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2017). *La Nulidad de las Cláusulas Suelo en Préstamos Hipotecarios* (2º ed.). Tirant lo Blanch, Valencia, Pp. 157

13 de diciembre de 2012 , revisión núm. 38/2010, de 11 de mayo de 2016 , revisión núm. 40/2014 , y las que en ellas se citan, y autos de 25 de marzo de 2014 , revisión núm. 63/2013 , y de 28 de enero de 2015 , revisión núm. 24/2014 , al delimitar el concepto de «documento decisivo» relevante para la aplicación del art. 510.1.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , ha declarado que, para que pueda prosperar este motivo de revisión, se requiere: a) que los documentos se hayan obtenido (o, en su caso, recobrado) después de pronunciada la sentencia firme cuya rescisión se pretende; b) que no se haya podido disponer de los documentos para el proceso en que recayó dicha sentencia, por causa de fuerza mayor (o, en su caso, por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado la sentencia); c) que se trate de documentos decisivos para el pleito, esto es, con valor y eficacia para resolverlo. 3.- También hemos declarado que el documento recobrado ha de tener existencia con anterioridad al momento en que precluyó la posibilidad de aportarlo al proceso, en cualquiera de las instancias, ya que la causa de que el demandante de revisión no haya podido disponer de él ha de ser, en la previsión legal, no su inexistencia en aquel momento, sino la fuerza mayor o la actuación de la otra parte (sentencia de 22 de diciembre de 2010, revisión núm. 29/2007 , que cita las de 4 de mayo de 2005 , 31 de marzo de 2006 , 26 de febrero de 2007 y 18 de marzo de 2009 , y auto de 4 de marzo de 2015, revisión núm. 59/2014, entre otros).⁹⁸

El TS se muestra totalmente contrario a considerar la STJUE de 21 de diciembre de 2016, pueda ser considerada un hecho nuevo del que no se ha podido disponer bajo los requisitos establecidos en el artículo 510.1 LEC por lo que no cabe argumentarlo como motivo para instar una revisión de sentencia.

Anteriormente la STS de 25 de enero de 2005 ya había declarado que una sentencia no puede considerarse como un documento decisivo en la línea que especifica el artículo 510 LEC:

“Una sentencia posterior no es un documento decisivo a los efectos de motivar la revisión de una sentencia firme; no cabe su consideración de documento recobrado u obtenido, del que no haya podido disponerse por fuerza mayor o por obra de la otra parte”⁹⁹

En cuanto a las acciones colectivas, la resolución es totalmente distinta, la STS de 24 de febrero de 2017 declaró que para las acciones colectivas de cesación la STS de 9 de mayo de 2013, no producía efectos de cosa juzgada a los consumidores que quisieran instar una acción individual ya que no había ni identidad de partes, al pasar de un sujeto colectivo a uno determinado de forma individual, ni identidad de objeto ya que las cláusulas de cada uno de los consumidores afectados no tenían la misma identidad en el objeto, al estar redactadas de forma distinta:

“Pero extender de manera automática un efecto de cosa juzgada derivado de la estimación de la acción de cesación, a todas las cláusulas iguales insertas en la universalidad de contratos en vigor, además de no preverse en las normas que regulan

⁹⁸ Cfr. Auto TS 4 de abril de 2017, FJ 2.

⁹⁹ Cfr. STS de 25 de enero de 2005, FJ 4.

dicha acción colectiva, puede llegar a atentar contra la autonomía de la voluntad del consumidor que no desee tal nulidad en su contrato, en los términos observados antes por nuestro Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. O cercenar las posibilidades de su impugnación individual si la demanda de cesación se desestima por mor de una línea de defensa jurídica de la entidad actora, distinta de la que hubiera sostenido el reclamante individual con base en las circunstancias concurrentes sólo por él conocidas.”¹⁰⁰

En cualquier caso, se deberá valorar caso por caso y analizar si existe identidad de partes y de objeto, para poder decidir si cabe a posteriori una acción individual, en el caso de no estar conforme con la decisión de la sentencia firme.

¹⁰⁰ Cfr. STS de 24 de febrero de 2017, FJ 3.

CONCLUSIONES

I. Empecé este trabajo con la hipótesis de que la protección del consumidor ante las cláusulas abusivas que pudieran contener los contratos suscritos en el marco de una relación contractual con una entidad bancaria, había supuesto un cambio en el proceso civil.

Para conseguir verificar esta hipótesis hice un análisis de todo el proceso civil desde la perspectiva del consumidor. La primera parte del trabajo, la he destinado a analizar la figura del consumidor y qué se entiende por cláusulas abusivas, destacando la gran importancia que ha tenido en este sentido el legislador internacional, con la Directiva 93/13/CEE que ha sido la antecesora a nuestra legislación en materia de consumidores.

La Directiva, no sólo se limita a definir estos dos conceptos, sino que también establece mecanismos de control para la defensa de los consumidores, es aquí donde se introduce el triple control de abusividad que los países miembros han ido adaptando en sus legislaciones. En función del tipo de cláusula y su contenido el mecanismo a adoptar será distinto, así como el control de incorporación es aplicable en todos los casos, el control de transparencia sólo es aplicable ante cláusulas que traten sobre el elemento principal del contrato y sólo podrá acudir a un control de contenido si no puede demostrarse que verdaderamente hubo transparencia en la contratación.

No obstante, la Directiva 93/13/CEE se trata de una directiva de principios, pudiendo los países ampliar estos derechos de los consumidores, en el caso de España por ejemplo se optó por ampliar el concepto de consumidor a las personas jurídicas, posibilidad que en el ámbito europeo no existe, no obstante, cabe recordar que la última palabra respecto a la condición de consumidor en un contrato la tiene el juez, en virtud de las circunstancias del caso.

En el trabajo también se ha analizado las vías de reclamación que tienen los consumidores, no sólo en el marco de un proceso, sino al margen de éste, es otra forma de proteger al consumidor, darle la oportunidad de no acudir a un proceso que puede generarle un coste y una demora innecesario. Son alternativas de las que disponen pero que en el caso de las entidades bancarias se convierte en una obligación.

A pesar de la opción de solucionar el conflicto por vía extrajudicial, suele acabar solucionándose en un proceso civil. El punto 5 del trabajo se dedica a analizar el proceso civil en función de si estamos ante la defensa de intereses individuales o colectivos. La distinción entre uno y otro es muy importante, ya que de ello dependerá los sujetos legitimados para poder intervenir y la competencia objetiva y territorial.

Posteriormente, se estudia el papel del juez en el proceso de cláusulas abusivas con consumidores. El juez tiene un papel relevante en el proceso, es quien puede decretar que una persona es consumidora o si ante un contrato mixto hay finalidad profesional o no, pero su función más importante es la de declarar de oficio la abusividad de una cláusula, sin necesidad de que las partes la mencionen.

Además el consumidor, tiene la ventaja de la inversión de la carga de la prueba, se presume, siempre que la otra parte no demuestre lo contrario, que el contratante tiene la condición de consumidor y se le exige al predisponente del contrato una mayor diligencia que al consumidor en especial en lo que respecta a la información del contenido del contrato, no pudiendo desplazar o delegar su obligación a otras personas como el notario que se dedica a informar a las partes del contenido de los contratos, como el hipotecario.

El trabajo finaliza con un apartado donde se explican las consecuencias de que una cláusula sea declarada abusiva. La cláusula será nula de pleno derecho y por tanto expulsada del contrato, como si nunca hubiera existido. No obstante, que una cláusula sea declarada abusiva y por tanto nula de pleno derecho, puede tener muchas otras consecuencias además de su nulidad, puede tener efectos retroactivos o en acciones colectivas el efecto de cosa juzgada puede suponer un problema para el interés individual del consumidor.

II. Definitivamente podemos afirmar que la protección del consumidor ha obligado a los legisladores, tanto europeo como nacional, a modificar sus distintas legislaciones para poder dotar de una mayor protección a los consumidores, que por la falta de recursos y de capacidad de negociación, contratan en desigualdad de condiciones, produciéndose un desequilibrio importante que, desde mi punto de vista, tienen la obligación de corregir.

Esta afirmación tiene su fundamento en diversos puntos, por un lado el propio legislador europeo, ha creado una directiva, que aunque sea de principios, ya dota a los estados miembros a adoptar una mayor protección respecto al consumidor que antes no tenían o al menos no de forma tan eficaz. El hecho de que una cláusula

abusiva pueda llegar a tener que pasar 3 controles distintos para poder ser aprobada demuestra la importancia que se le da al hecho de que la negociación llevada a cabo por ambas haya sido en igualdad de condiciones.

Cada vez más, como se puede comprobar en las diferentes sentencias dictadas en el trabajo, los tribunales tanto europeos como nacionales, exigen una mayor transparencia en la fase precontractual y mayores requisitos de incorporación. Es muy importante, y así lo han hecho notar los tribunales, que la persona que está contratando debe entender la carga jurídica y económica que puede llegar a tener las cláusulas que está aceptando, siendo la nulidad la consecuencia de no pasar estos filtros, consecuencias que sólo son posibles si la parte tiene la condición de consumidor. Por tanto, estamos ante unos filtros de los que sólo disponen los consumidores.

Incluso en la protección del consumidor, se permite romper con las normas procesales de la LEC. El legislador europeo permite al juez nacional de oficio declarar una cláusula abusiva de oficio, sin necesidad de que el consumidor diga nada al respecto, es la obligación del juez, debido al desequilibrio en la que se encuentran las partes, corregir esta diferencia con su intervención. Una facultad que no tiene en los demás procesos, incluso en aquellos donde aun haber una cláusula no negociada de forma transparente la parte contratante no es consumidora.

Además, se rompe con la carga de la prueba que en el caso de la LEC le corresponde a la parte que afirma algo, pero en este caso, le corresponde a la parte predisponente demostrar que la otra parte no tiene la condición de consumidor o que se le informó de forma clara y transparente de las consecuencias de las cláusulas. Incluso, recae todo el peso en él ya que figuras como el notario, que tiene como obligación explicar al consumidor antes de la firma del contrato de las consecuencias de adherirse al mismo, no son suficientes para declarar que una cláusula ha sido transparente.

Otro ejemplo expuesto en el trabajo de los cambios que ha experimentado el proceso civil respecto a procesos donde intervenga un consumidor es en la importancia que se le ha dado a los ADR en materia de consumo, intentando que el consumidor tenga una respuesta más rápida y efectiva, evitando acudir a un juicio que puede provocarle un perjuicio económico y personal mayor.

Destaca también la posibilidad que tienen los consumidores de presentar demandas colectivas, incluida la acción de cesación muy común en acciones colectivas, dando al posibilidad de presentar reclamaciones a sujetos que en otros procesos no tienen cabida, como las asociaciones de consumidores y usuarios.

III. Respecto al tema, por falta de espacio, me hubiera gustado entrar más en profundidad en las demandas colectivas, en especial en el análisis de la acción de cesación, un tema que no he podido analizar con profundidad y que es relativamente novedoso. Por el nivel de complejidad y de información, encuentro que es un trabajo que para poder trabajar bien se debe realizar como un estudio único.

Otro apartado que si hubiera podido por extensión hubiera comentado, es la posibilidad de transaccionar o novar las cláusulas abusivas, una forma de evitar ir a un procedimiento civil. En este sentido, me hubiera gustado poder ver cómo afecta a nivel del control de abusividad novar o transaccionar una cláusula que ya de por sí no es transparente, ya que si la consecuencia de una cláusula abusiva supone su nulidad y por tanto se tiene por no puesta, no debería darse la oportunidad de poder hacer ninguna modificación al respecto, sino limitarse a su expulsión.

Considero que son temas de estudio tan interesantes y complejos que deben estudiarse con más profundidad y de una manera exclusiva.

IV. En conclusión, efectivamente el legislador ha dotado al consumidor de una mayor protección, ello lo ha conseguido a través de modificaciones en el procedimiento civil, como la obligación del juez de declarar de oficio las cláusulas abusivas o la posibilidad de ejercer acciones colectivas a través de asociaciones de consumidores y usuarios.

Tal y como se ha visto a lo largo del trabajo, a través de las sentencias y la legislación tanto europea como nacional, el consumidor tiene unas ventajas a nivel procesal con las que no cuenta otro sujeto que se encuentra en la misma situación pero que por no reunir los requisitos exigidos legalmente no tiene la condición de consumidor.

Es por todo lo expuesto anteriormente, que la hipótesis planteada al inicio del trabajo ha sido confirmada y podemos afirmar que el hecho de tener la condición de consumidor nos abre unas vías y ventajas procesales que en caso contrario no tendríamos, como el hecho de poder escudarnos bajo los controles de incorporación, transparencia y contenido o el hecho de no tener que demostrar nosotros la condición de consumidor a través de pruebas.

BIBLIOGRAFÍA

BARRAL VIÑALS, I. (2018). “La mediación de consumo y las demás ADR ante la Ley 7/2017 de resolución de conflictos con consumidores: ¿más retos o más oportunidades?”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. 4, 2018.

BUJOSA VADELL., L. M. (2016). “La protección procesal de los consumidores y usuarios”. Pp. 2626-2725 en AA.VV., LEÓN ARCE, A. (coord.), GARCÍA GARCÍA, L.M. (coord.), *Derechos de los consumidores y usuarios*, 3ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

CAMARA LA PUENTE, S. (2011). “El concepto legal de consumidor en el Derecho Privado Europeo y en el Derecho español.Aspectos controvertidos o no resueltos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol 3, No.1.

CUENCA GARCÍA, A. (2016). “Los principios de transparencia, eficacia, equidad, libertad y legalidad en la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y su incidencia en el sistema de arbitraje de consumo español.” Pp. 37-80 en PALAO MORENO, G. (coord.) AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. (coord.), *Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación, mediación y arbitraje de consumo* (1o ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M. ^a. I. (2019). *Control de transparencia y dolo in contrahendo como principales reacciones frente al engaño en materia contractual*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

SERRANO BARRIENTOS, A. (2019). Los controles de incorporación, de contenido y de interpretación, Pp. 151-162, en AA. VV., CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. (dir.), FORTEA GORBE, J. L. (coord.), *Jurisprudencia sobre Hipotecas y Contratos Bancarios y Financieros. Título: Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

FERNÁNDEZ GARCÍA, G. (2019). “El Control de la contratación bajo condiciones generales. Tratamiento jurisprudencial. Los controles de incorporación, de contenido y de interpretación”. Pp. 35-60 en AA. VV., CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. (dir.), FORTEA GORBE, J. L. (coord.), *Jurisprudencia sobre Hipotecas y Contratos Bancarios y Financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

FUENTE NORIEGA, M. (2016). “Resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo”, Pp. 2501- 2625, en AA.VV., LEÓN ARCE, A. (coord.), GARCÍA GARCÍA, L.M. (coord.), *Derechos de los consumidores y usuarios*, 3ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

GARCÍA, J. M. ^a. (2020). “Transparencia vs abusividad conforme a los principios fijados por el TJUE en la interpretación de la Directiva 93/13”, *Revista de Derecho vLex*, Vol.199.

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M. (2014). “El control de oficio de las cláusulas abusivas. El juez nacional como garante de la protección del consumidor”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Vol. 26.

IRA CANTÓ, A. L. (2019). “El Control de la contratación bajo condiciones generales. Tratamiento jurisprudencial. Control notarial de cláusulas abusivas.” Pp. 189-200 en AA. VV., CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. (dir.), FORTEA GORBE, J. L. (coord.), *Jurisprudencia sobre Hipotecas y Contratos Bancarios y Financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre*

préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

LOZANO GAGO, M. L. (2019). "Tratamiento jurisprudencial de las acciones de nulidad", Pp.1255-1288 en AA. VV., CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. (dir.), FORTEA GORBE, J. L. (coord.), *Jurisprudencia sobre Hipotecas y Contratos Bancarios y Financieros. Título: Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2019). "Control de transparencia, cláusulas abusivas y consentimiento contractual. Reflexiones a partir de la última jurisprudencia del TS sobre novación y transacción de cláusulas suelo", *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI.

MIQUEL GONZALEZ, J. M. (2013). "Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios", *Revista Jurídica de la UAM*, Vol. 27.

MORENO GARCÍA, L. (2019). *Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

ORDUÑA MORENO, F., GUILLÉN CATALÁN, R., & SANCHEZ MARTINEZ, C. (2016), *Control de Transparencia y Contratación Bancaria*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

ORDUÑA MORENO, F.J.(2020) "Doctrina jurisprudencial del TJUE: claves conceptuales a propósito del IRPH", *Revista de Derecho vLex*, Vol. 199.

PÉREZ DAUDÍ, V. (2019). "La actividad probatoria de oficio en el proceso de consumo". Pp. 55-70 en AA. VV., VALLESPÍN PÉREZ, D. (dir.) VERNENGO PELLEJERO, N. (coord.), *Consumidor y sector bancario*, Ed. Juruá, Lisboa.

PEREZ DAUDI, V. (2019). "La imposición de los ADR *ope legis* y el derecho a la tutela judicial efectiva.", *InDret Revista para el Análisis del derecho*.

PEREZ NEVOT, J. A. (2019). "El control de la contratación bajo condiciones generales. Tratamiento jurisprudencial. El concepto de consumidor". Pp. 61-72 en AA. VV., CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. (dir.), FORTEA GORBE, J. L. (coord.), *Jurisprudencia sobre Hipotecas y Contratos Bancarios y Financieros. Título: Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2019). *La Nulidad Contractual en la Jurisprudencia* (1ª ed.). Tirant lo Blanch, Valencia.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2017). *La Nulidad de las Cláusulas Suelo en Préstamos Hipotecarios* (2º ed.). Tirant lo Blanch, Valencia.

POUS DE LA FLOR, M. P. (2016). "Las condiciones generales de los contratos y las cláusulas predispuestas no negociadas individualmente", Pp.677-736 en AA.VV., LEÓN ARCE, A. (coord.), GARCÍA GARCÍA, L.M. (coord.), *Derechos de los consumidores y usuarios*, 3ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERA, B. (2019). "Control de transparencia material y actuación notarial conforme a la jurisprudencia y la ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario". *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, Núm. 2.

SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I. (2019). "Cláusulas abusivas, principio de transparencia y elementos principales del contrato: Derecho inglés versus Derecho español." *Revista Aranzadi Doctrinal*, 9.

TRILLO, D., & ALONSO, N. (2019). "Ventajas extrajudiciales de la implementación de medidas alternativas de resolución de conflictos (ADR) en conflictos financieros y bancarios". Pp. 335-342 en P. CHICO DE LA CAMARA (dir.), *Las medidas alternativas de resolución de conflictos (ADR) en las distintas esferas del ordenamiento jurídico*, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

VELA TORRES, P. J. (2018). "Condiciones generales de la contratación y consumidores: una visión jurisprudencial", *Revista de estudios jurídicos*, Vol. 18.

VALLESPÍN PÉREZ, D. (2019). "Las cláusulas de vencimiento anticipado. Especial referencia a la STJUE de 26 de marzo de 2019". Pp. 15-35 en AA. VV., VALLESPÍN PÉREZ, D. (dir.) VERNENGO PELLEJERO, N. (coord.), *Consumidor y sector bancario*, Ed. Juruá, Lisboa