

# **HACIA EL POSTCONTRATO.**

---

## **Consentimiento, Control de Transparencia y Dolo en la Contratación por Adhesión.**

TESIS DOCTORAL  
DERECHO PRIVADO

M<sup>a</sup> Isabel Domínguez Yamasaki  
Pamplona, septiembre 2018

Tesis Doctoral dirigida por:

Dra. M<sup>a</sup> Ángeles Egusquiza Balmaseda y Dra. Raquel Luquin Bergareche







ABREVIATURAS .....	11
INTRODUCCIÓN .....	13

## CAPÍTULO PRIMERO

AUTONOMÍA PRIVADA EN LA CONTRATACIÓN POR ADHESIÓN .....	17
---	----

### I. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN LA CONTRATACIÓN POR ADHESIÓN .....

<b>1. Contratación por adhesión y autonomía privada</b> .....	17
<b>2. La autonomía privada contractual</b> .....	21
2.1. <i>Delimitación del concepto de autonomía privada contractual</i> .....	21
2.2. <i>La autonomía privada en la contratación por adhesión</i> .....	23
<b>3. Tensiones ideológicas respecto de la autonomía privada contractual</b> .....	25
<b>4. El consumismo como factor de valoración de la autonomía privada contractual</b> .....	30
4.1. <i>Aproximación a la situación material del consumidor</i> .....	30
4.2. <i>La influencia del consumismo en la autonomía privada</i> .....	32
4.3. <i>La contratación por adhesión como «cuestión social»</i> .....	34
4.4. <i>Visión crítica de las medidas proteccionistas a favor del consumidor</i> .....	37

### II. LA LIBERTAD EN LA CONTRATACIÓN POR ADHESIÓN .....

<b>1. Introducción a la noción de libertad en la contratación por adhesión</b> .....	40
<b>2. Libertad de contratar: necesidad <i>versus</i> libertad</b> .....	43
<b>3. Alcance de la libertad contractual en los contratos por adhesión</b> .....	47
3.1. <i>Fundamento ético-jurídico de los límites a la libertad contractual del predisponente</i> .....	47
3.2. <i>Materialización de la relativa libertad contractual del predisponente</i> .....	50
3.3. <i>La nula libertad contractual del adherente en relación con la libertad de contratar</i> .....	54

### III. IGUALDAD Y EQUILIBRIO EN LA CONTRATACIÓN POR ADHESIÓN .....

<b>1. Igualdad formal e igualdad material en el Derecho de contratos</b> .....	56
<b>2. La consecución de la igualdad conmutativa a través del deber de información</b> .....	59
2.1. <i>La corrección de la desigualdad entre las partes contratantes a través del deber general de información en la contratación con consumidores</i> .....	59
2.2. <i>El desinterés del adherente como obstáculo al cumplimiento del deber de información</i> .....	62
<b>3. La equivalencia de las prestaciones</b> .....	65
3.1. <i>Aproximación a la equivalencia de las prestaciones</i> .....	65
3.2. <i>La equivalencia de las prestaciones frente al equilibrio entre derechos y obligaciones en las normas de protección al adherente</i> .....	67
3.3. <i>La compatibilidad entre la Ley, de 23 de julio de 1908, de Represión de la Usura y el respeto al principio de libertad de precios</i> .....	69

## CAPÍTULO SEGUNDO

EL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL UNIFICADO .....	73
---	----

### I. NOCIÓN CLÁSICA DEL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL EN LA CONTRATACIÓN POR NEGOCIACIÓN Y PRESUPUESTOS ESENCIALES PARA SU VALIDEZ .....

<b>II. CONTEXTUALIZACIÓN PARA LA DETERMINACIÓN DEL VALOR NEGOCIAL DEL CONSENTIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN POR ADHESIÓN</b>	<b>77</b>
<b>1. La superación del voluntarismo en la contratación por negociación frente a la exaltación de la voluntad en la contratación por adhesión</b>	<b>77</b>
<b>2. La bidimensionalidad del contrato por adhesión: los controles de condiciones generales y cláusulas predispuestas y la teoría de los vicios del consentimiento</b>	<b>79</b>
<b>III. PRINCIPALES TEORÍAS SOBRE EL VALOR NEGOCIAL DEL CONSENTIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN POR ADHESIÓN. EN ESPECIAL, LA DISTINCIÓN ENTRE ELEMENTOS ESENCIALES Y ELEMENTOS NO ESENCIALES</b>	<b>83</b>
<b>1. Aproximación a las principales posturas doctrinales relativas al consentimiento en la contratación por adhesión y a la validez de condiciones generales y cláusulas predispuestas</b>	<b>83</b>
<b>2. El consentimiento contractual en función de la distinción entre elementos esenciales y elementos no esenciales</b>	<b>85</b>
<i>2.1. Introducción</i>	85
<i>2.2. La superación de la concepción unitaria del contrato</i>	86
<i>2.3. Criterios para la distinción entre las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato y a los elementos no esenciales</i>	88
<i>2.4. El consentimiento sobre los elementos esenciales del contrato y la imposición sobre los elementos no esenciales</i>	92
<b>IV. PROPUESTA DE UN CONCEPTO UNITARIO DEL CONSENTIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN POR ADHESIÓN</b>	<b>94</b>
<b>1. Crítica a la determinación del valor de la voluntad negociada del adherente con base en su presunto desconocimiento del contenido contractual. Diversidad de grados de conocimiento del adherente al prestar el consentimiento contractual</b>	<b>94</b>
<b>2. Responsabilidad de la predisposición y transgresión jurídica</b>	<b>96</b>
<b>V. EL VALOR NEGOCIAL DEL CONSENTIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN POR ADHESIÓN EN RELACIÓN CON LOS CONTROLES SOBRE CONDICIONES GENERALES Y CLÁUSULAS PREDISPUESAS</b>	<b>100</b>
<b>1. Introducción</b>	<b>100</b>
<b>2. La relativa incompatibilidad entre un concepto unitario del consentimiento contractual en la contratación por adhesión y el control de contenido</b>	<b>101</b>
<b>3. Distintas tesis acerca de la naturaleza del control de incorporación y su relación con el consentimiento contractual</b>	<b>103</b>
<b>4. La determinación de la naturaleza del control de transparencia en proceso de evolución</b>	<b>107</b>
<i>4.1. Distintas tesis acerca de la naturaleza del control de transparencia y su relación con el consentimiento contractual</i>	107
<i>4.2. Principal crítica a la negación del consentimiento contractual sobre los elementos esenciales del contrato anudada al control de transparencia como control de validez</i>	110
<b>5. Los controles de incorporación y de transparencia: la actuación conjunta de los requisitos formales de incorporación y del deber de transparencia en la fase de formación del consentimiento contractual</b>	<b>111</b>
<b>CAPÍTULO TERCERO</b>	
<b>EL DESCONCIERTO ACERCA DEL DEBER DE TRANSPARENCIA EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN</b>	<b>115</b>

<b>I. INTRODUCCIÓN A LOS REQUISITOS FORMALES DE INCORPORACIÓN Y AL DEBER DE TRANSPARENCIA DURANTE LA FASE DE LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN POR ADHESIÓN</b>	<b>115</b>
<b>II. REQUISITOS FORMALES DEL CONTROL DE INCORPORACIÓN</b>	<b>117</b>
<b>1. Cuestión previa: cautelas respecto de la duplicidad normativa</b>	<b>117</b>
<b>2. Accesibilidad</b>	<b>119</b>
2.1. Aspectos generales	119
2.2. La entrega del documento contractual y su puesta a disposición	120
2.3. El reenvío a otros textos o documentos	120
<b>3. Legibilidad</b>	<b>122</b>
<b>4. Aceptación y firma</b>	<b>124</b>
<b>III. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA</b>	<b>126</b>
<b>1. Ubicación del examen de transparencia antes de la STS de 9 de mayo de 2013</b>	<b>126</b>
1.1. Perspectiva doctrinal	126
1.2. Perspectiva jurisprudencial	128
<b>2. Evolución doctrinal hacia el control de transparencia en el ordenamiento jurídico español</b>	<b>131</b>
2.1. La relevancia del deber de transparencia respecto de los elementos esenciales del contrato	131
2.2. La relación entre el incumplimiento del deber de transparencia y la abusividad	134
2.3. La determinación del incumplimiento del deber de transparencia como medio necesario para el abuso	137
2.4. La figura de las cláusulas sorprendentes en relación con el control de transparencia	138
<b>IV. LA NORMA APLICABLE EN EL CONTROL DE TRANSPARENCIA</b>	<b>140</b>
<b>1. Excurso. Las controversias en el sistema financiero: normas sectoriales, teoría general del contrato y normas relativas a la contratación por adhesión</b>	<b>140</b>
<b>2. El deber de transparencia en la normativa sectorial relativa al contrato de préstamo hipotecario</b>	<b>144</b>
2.1. Introducción	144
2.2. Evaluación de solvencia	145
2.3. Información precontractual	146
2.4. Información contractual	147
2.5. El acto de otorgamiento y valoración de la intervención del Notario	147
2.6. El Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito hipotecario	150
<b>3. Algunos aspectos críticos acerca de la normativa de condiciones generales y cláusulas predispuestas sobre el deber de transparencia</b>	<b>152</b>
<b>V. LA LABOR DE INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL EN LA CREACIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA</b>	<b>154</b>
<b>1. Fundamentación legislativa del control de transparencia según la doctrina del Tribunal Supremo</b>	<b>154</b>
1.1. Fundamentación legislativa del control de transparencia según la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios	154
1.2. Fundamentación legislativa del control de transparencia según la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación y el Real Decreto Legislativo 1/2007, de	

16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios .....	155
<b>2. Interpretación del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores</b>	<b>157</b>
<b>3. Contextualización de la creación jurisprudencial del control de transparencia por la STS de 9 de mayo de 2013 (Núm. 241/2013)</b> .....	<b>159</b>
3.1. <i>La influencia del Informe del Banco de España sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, publicado el 7 de mayo de 2010, en la creación del control de transparencia</i> .....	159
3.2. <i>Las circunstancias económicas y sociales impulsoras de la creación ex professo del control de transparencia</i> .....	160
<b>VI. PROPUESTA DE UN CONCEPTO ÚNICO DE TRANSPARENCIA</b> .....	<b>163</b>
<b>1. Precisión terminológica: el deber de transparencia como sinónimo de comprensibilidad</b> .....	<b>163</b>
<b>2. Crítica a la aplicación práctica de la distinción entre transparencia formal y material</b> .....	<b>167</b>
2.1. <i>Ejemplo de un supuesto de confusión entre transparencia formal y material y entre control de incorporación y control de transparencia</i> .....	167
2.2. <i>Ausencia de medios tasados dirigidos al cumplimiento del deber de transparencia material</i> .....	168
<b>VII. ALGUNAS CONTRADICCIONES EN LA APLICACIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN SUPUESTOS RECIENTES</b> .....	<b>170</b>
<b>1. Cláusulas relativas a la opción multidivisa</b> .....	<b>170</b>
1.1. <i>Rectificación de su consideración como producto financiero complejo. Esencialidad y complejidad</i> .....	170
1.2. <i>Falta de transparencia de las cláusulas relativas a la opción multidivisa</i> .....	171
<b>2. Cláusulas IRPH-entidades</b> .....	<b>174</b>
2.1. <i>Concepto de «cláusula IRPH»</i> .....	174
2.2. <i>Doctrina jurisprudencial sobre el contenido y transparencia de las «cláusulas IRPH»</i>	175
2.3. <i>Ineficacia de las «cláusulas IRPH». El «reenvío a otros textos o documentos» y control de transparencia</i> .....	178
<b>CAPÍTULO CUARTO</b>	
<b>LA INCIDENCIA DEL DOLO <i>IN CONTRAHENDO</i> EN EL CONTROL DE TRANSPARENCIA</b>	<b>181</b>
<hr/>	
<b>I. INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>181</b>
<b>1. Similitudes y diferencias entre los vicios del consentimiento y el sistema de controles en la contratación por adhesión</b> .....	<b>181</b>
<b>2. El dolo <i>in contrahendo</i> y el control de transparencia como reacciones del ordenamiento jurídico contra el engaño</b> .....	<b>185</b>
<b>II. CONCEPTO Y DELIMITACIÓN DEL DOLO <i>IN CONTRAHENDO</i></b> .....	<b>186</b>
<b>1. El dolo <i>in contrahendo</i> como contravención del principio general de buena fe</b>	<b>186</b>
<b>2. Nociones doctrinal y jurisprudencial de dolo <i>in contrahendo</i></b> .....	<b>191</b>
<b>3. Error como vicio del consentimiento y su distinción respecto del dolo <i>in contrahendo</i></b> .....	<b>195</b>
3.1. <i>Concepto y requisitos del error vicio</i> .....	195
3.2. <i>El «error provocado» en el límite entre error y dolo</i> .....	199



<b>III. ELEMENTO OBJETIVO DEL DOLO <i>IN CONTRAHENDO</i>. LA CONDUCTA ILÍCITA</b>	<b>201</b>
<b>1. Concepto de ilícito civil. El dolo vicio como ilícito precontractual</b>	<b>201</b>
<b>2. El deber de información en el Derecho sustantivo de protección al consumidor</b>	<b>204</b>
2.1. Aspectos generales sobre el artículo 60 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios	204
2.2. La escasa repercusión práctica del artículo 60 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios	207
2.3. Materialización de la contradicción entre los deberes de información y la sobrecarga de información	208
<b>3. El incumplimiento de los deberes de información y dolo <i>in contrahendo</i></b>	<b>212</b>
3.1. Introducción	212
3.2. El suministro de información falsa: el dolo activo	213
3.3. Omisión de la información debida: el dolo omisivo	214
3.4. Referencia al incumplimiento de los deberes de transparencia	216
3.5. Consecuencias derivadas del incumplimiento de los deberes de información	218
<b>4. El <i>animus decipiendi</i></b>	<b>220</b>
4.1. Concepto y alcance del <i>animus decipiendi</i>	220
4.2. La prueba del <i>animus decipiendi</i> . La intención manifiesta durante los tratos preliminares	223
<b>IV. ELEMENTO SUBJETIVO DEL DOLO <i>IN CONTRAHENDO</i>. LA VOLUNTAD VICIADA</b>	<b>226</b>
<b>1. Distinción entre dolo causante y dolo incidental</b>	<b>226</b>
<b>2. La causa del contrato como elemento para la valoración de la insidia. La «causa concreta»</b>	<b>228</b>
<b>3. Solución desde una perspectiva objetiva de acuerdo con la afectación del objeto principal del contrato. Influencia de la doctrina relativa a los controles de condiciones generales y cláusulas predisuestas</b>	<b>232</b>

## CAPÍTULO QUINTO

ESTADO DE LA CUESTIÓN ACERCA DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN RELACIÓN CON LA AUTONOMÍA PRIVADA DEL ADHERENTE	235
--	-----

<b>I. LA NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS</b>	<b>235</b>
<b>1. Fundamento de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas</b>	<b>235</b>
1.1. Introducción	235
1.2. La protección del interés público a través de normas de Derecho privado y de Derecho público por la vía del régimen administrativo sancionador	236
1.3. De la presunción de debilidad del adherente en sentido amplio al desequilibrio en cuanto a la información como cuestión de interés público	239
<b>2. Caracteres principales de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas</b>	<b>242</b>
2.1. La nulidad <i>ipso iure</i> en relación con la relatividad de la nulidad	242
2.2. El control de oficio de la abusividad de las cláusulas	244
2.3. La imprescriptibilidad de la acción declarativa de nulidad	247
2.4. Nulidad parcial de los contratos afectados por cláusulas abusivas como manifestación del principio general de conservación de los contratos	249
2.5. La rigidez de la no integración del contrato en interés del adherente	253

<b>II. INEFICACIAS ALTERNATIVAS A LA NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS</b> .....	<b>255</b>
<b>1. La flexibilización de las reglas de la ineficacia contractual y clasificación con base en la causa de ineficacia</b> .....	<b>255</b>
1.1. <i>Terminología y clasificaciones en el sistema de ineficacia contractual</i> .....	255
1.2. <i>Revisión de las modalidades de ineficacia contractual según su causa</i> .....	257
<b>2. La rescisión de las cláusulas abusivas por no superar el control de contenido</b> .....	<b>259</b>
2.1. <i>Aspectos generales sobre la rescisión</i> .....	259
2.2. <i>Argumentos a favor de la rescisión de las cláusulas abusivas por no superar el control de contenido</i> .....	261
2.3. <i>El ejercicio de la acción de rescisión y sus efectos en relación con la abusividad de las cláusulas</i> .....	264
<b>3. La anulabilidad de las cláusulas abusivas por no superar el control de transparencia</b> .....	<b>265</b>
3.1. <i>Concepto de anulabilidad</i> .....	266
3.2. <i>Argumentos a favor de la anulabilidad de las cláusulas abusivas por no superar el control de transparencia</i> .....	266
3.3. <i>El ejercicio de la acción de anulabilidad y sus efectos en relación con la abusividad de las cláusulas</i> .....	270
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>273</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>279</b>
<b>JURISPRUDENCIA</b> .....	<b>295</b>

AGB-G	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AP	Audiencia Provincial
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
Coord.	Coordinador/es
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
Dir.	Director/es
DO	Diario Oficial
FEIN	Ficha Europea de Información Normalizada
FiAE	Ficha de Advertencias Estandarizadas
FIPER	Ficha de Información Personalizada
FIPRE	Ficha de Información Precontractual
IRPH	Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios
LCCC	Ley de Contratos de Crédito al Consumo
LCGC	Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación
LCS	Ley de Contrato de Seguro
LCTTM	Ley del Contrato de Transporte Terrestre de Mercaderías
LDIEC	Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LMV	Ley de Mercado de Valores
LRCSCVM	Ley sobre la Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor
LRU	Ley de Represión de la Usura

Núm./s	Número/s
OECD	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OM	Orden Ministerial
Op. Cit.	Obra citada
p./pp.	página/s
RDL	Real Decreto Legislativo
RJ	Repertorio de Jurisprudencia
RPS	Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora
s.	siglo
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP/SSAP	Sentencia/s de la Audiencia Provincial
ss.	siguientes
STJUE/SSTJUE	Sentencia/s del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS/SSTS	Sentencia/s del Tribunal Supremo
TAE	Tasa Anual Equivalente
TIN	Tipo de Interés Nominal
TC	Tribunal Constitucional
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TRLGDCU	Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
TRLMV	Texto refundido de la Ley de Mercado de Valores
UE	Unión Europea
v. gr.	por ejemplo
Vid.	Véase
Vol.	Volumen/es

El emprendimiento de la Tesis Doctoral que se propone, al igual que la elección de su objeto, comienzan a sopesarse a raíz de las sucesivas aportaciones jurisprudenciales marcadas por la crisis económica y la agitación social en torno a contratos que llevan aparejada importantes cargas jurídicas y económicas -como los contratos de préstamo hipotecario y los contratos relativos a instrumentos financieros complejos-. En este sentido, el germen de esta iniciativa se encuentra en la publicación de la importante sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Núm. 241/2013, de 9 de mayo, coincidiendo con la etapa final del Máster Oficial en Derecho Privado Patrimonial de la Universidad de Salamanca y Universidad Pública de Navarra, curso 2012/2013, que la autora del presente trabajo concluía con la Defensa del Trabajo Fin de Máster dedicado, precisamente, a la contratación por adhesión y que, con motivo de la fecha de publicación de la sentencia, no pudo ser tenida en cuenta en aquel trabajo.

A grandes rasgos, el objeto de la labor de investigación iniciada hace aproximadamente cuatro años es el estudio de la contratación actual, teniendo como eje principal el principio de autonomía privada contractual, lo que implica el enfoque del Derecho de contratos desde el respeto a la libertad y dignidad de la persona y el correlativo respeto a la diligencia debida y necesaria responsabilidad individual. Por este motivo, para el buen fin del propósito de dicha labor, pronto pareció conveniente simultanear el tratamiento de los aspectos más fundamentales de la teoría general del contrato y las particularidades de la contratación por adhesión, en concreto, de la contratación escrita -dado que los contratos de mayor relevancia jurídica y económica suelen formalizarse por esta vía-.

La contratación por adhesión consiste en una modalidad contractual que se caracteriza por la predisposición del clausulado contractual por una sola de las partes contratantes -el predisponente-, quedando la contraparte -el adherente- limitada a la eventual aceptación o rechazo del contrato proyectado.

Desde su irrupción en el tráfico jurídico, esta clase de contratación ha venido planteando intensos debates en la doctrina y en la jurisprudencia tanto en lo que respecta a su configuración teórica como a la aplicación práctica de la normativa que la regula, sin que en la actualidad exista unanimidad en lo que respecta a aspectos tan esenciales como la determinación del valor de la voluntad negocial del adherente.

El principio de autonomía privada en la contratación por adhesión se ve evidentemente afectado por el rasgo primordial que caracteriza a esta clase de contratación: la predisposición unilateral del clausulado contractual. Esta es la razón por la que el contrato por adhesión ha sido cuestionado desde sus inicios. Lo que representa un rasgo objetivo e indiscutible, esto es, la predisposición unilateral del contrato por parte del predisponente y su consiguiente

responsabilidad en el ejercicio de tal facultad, en la configuración dogmática de la contratación por adhesión dicho elemento objetivo ha sido desplazado para construir un sistema normativo a partir de la presunción de debilidad del adherente, que no se limita a la coartación de su libertad contractual –autonormación-, sino que dicha debilidad se refiere tanto al nivel de información respecto del clausulado contractual y al poder económico.

Una vez que la debilidad del adherente constituye una presunción «*iuris et de iure*» -si bien dicha debilidad es de mayor entidad cuando el adherente es un consumidor- y ante lo que, en términos generales, puede calificarse como el incumplimiento del principio general de buena fe por parte del predisponente, el sistema de protección de los intereses del adherente prescinde de toda clase de elementos subjetivos, como puede ser la valoración de la intención del predisponente en el incumplimiento de sus deberes –por ejemplo, los requisitos de incorporación o de transparencia- o de la conducta llevada a cabo por el propio adherente en la celebración del contrato.

La política legislativa acerca de la contratación por adhesión, al igual que sucede en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, ha derivado en una suerte de Derecho *identitario* cuya finalidad principal es la protección del adherente, protección que se refuerza cuando tiene la condición de consumidor. Pues bien, en este sentido, se produce lo que a nuestro juicio es la transformación de la percepción de lo que el contrato *es y debería ser*. Es decir, sin necesidad de apuntar hacia una hipotética crisis o decadencia del contrato, se percibe la preeminencia de las valoraciones subjetivas en las labores legislativa y jurisprudencial que afecta a los principios jurídicos básicos sobre los que se asienta el Derecho privado, de donde surge el término *postcontrato*<sup>1</sup>.

A nuestro juicio, la esencia del contrato radica en que es una manifestación de la libertad del individuo, reaccionando el ordenamiento jurídico ante las transgresiones que atentan contra el desarrollo de la libertad individual –en la teoría general de los contratos, por ejemplo, la anulación del contrato por la concurrencia de un vicio del consentimiento-. Sin embargo, tal esencia se desvirtúa al elaborar una doctrina contractual que tiene como premisa el hipotético empleo de prácticas abusivas y, por tanto, contrarias al principio de buena fe por parte del predisponente –por frecuentes y censurables que puedan ser-. Esto es, en la contratación por negociación la noción de contrato se refiere a lo que el contrato *debe ser*, mientras que la contratación por adhesión es considerada a partir de lo que en ocasiones *es*, como consecuencia de circunstancias tales como la concurrencia del incumplimiento flagrante de las normas de conducta más elementales derivadas del principio general de buena fe por parte del predisponente

---

<sup>1</sup> Se emplea el prefijo «post-» partiendo de la definición de «*post-truth*» que, según el *Collins Dictionary* es una situación «in which people are less influenced by factual information than by their emotions or by beliefs they already hold» y, conforme al *Oxford Dictionary*, «*post-truth*» es un adjetivo «relating to or denoting circumstances in which objective facts are less influential in shaping public opinion that appeals to emotion and personal belief». En cambio, la definición de «posverdad» de acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia Española* destaca por su connotación especialmente negativa debido a la inclusión de un elemento subjetivo: la intención de manipular; así, «posverdad» es la «distorsión deliberada de una realidad, que manipula creencias y emociones con el fin de influir en la opinión pública y en actitudes sociales». Consecuentemente, la creación del término «postcontrato» se realiza en este contexto a partir de la definición anglosajona de «*post-truth*», prescindiéndose, por tanto, del significado de «posverdad» de la *RAE* por su significado en exceso negativo.

en perjuicio del adherente presuntamente sometido -ya sea por la imposición del contenido contractual predisposto, por la sociedad de consumo o como víctima de su propia negligencia-.

Puede decirse que a día de hoy la construcción dogmática del contrato por adhesión aún se encuentra en pleno proceso de evolución. Esta circunstancia se pone especialmente en evidencia con la referida sentencia del Tribunal Supremo Núm. 241/2013, de 9 de mayo, por medio de la cual se introduce en nuestro ordenamiento jurídico el control de transparencia, uniéndose a los ya existentes controles de incorporación y de contenido. Como es sabido, el contexto en el que se crea el control de transparencia destaca por la convulsión económica y social a propósito de la grave crisis del sistema financiero y, por otro lado, la desconfianza de la ciudadanía hacia los poderes públicos y las instituciones financieras. Así, en este intento por reforzar el sistema de protección de los intereses de los adherentes que ostentan la condición de consumidor, dándose respuesta inmediata a un problema coyuntural aplicando unos criterios a veces *procurstianos*<sup>2</sup>, la importante sentencia ha afectado a los aspectos más esenciales de la contratación -y no en todo caso de manera positiva-. De ahí la necesaria cautela en el ámbito de las ciencias jurídicas, puesto que no se cuenta con un lugar habilitado para la experimentación de los avances, ya sean de tipo legislativo o jurisprudencial, sino que tales avances tienen repercusión directa tanto en los particulares como en la sociedad en su conjunto, dado que suponen una innovación del ordenamiento jurídico vigente de inmediata aplicación.

Sin embargo, a pesar de que para nuestra doctrina jurisprudencial el contrato por adhesión tiene la consideración de *auténtico modo de contratar claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación*, la realidad práctica parece demostrar que el alcance de la especialidad de esta modalidad contractual no sería tal, en tanto que se estaría obviando su necesaria armonía con la teoría general del contrato dada la aplicación de las normas de Derecho común y otras tantas normas sectoriales cuya razón de ser radica en la especialidad del objeto del contrato -en lugar de la predisposición del mismo-. De este modo, aunque la especialidad del contrato por adhesión ha llevado al establecimiento de unos elevados estándares en lo que respecta a los deberes de información a cargo del predisponente, lo cual se justifica en la debilidad del adherente; se ha creído conveniente el examen del encaje de los fundamentos que justifican el sistema de protección ideado frente a los abusos que pudieren ser perpetrados por el predisponente, en particular, el control de transparencia de creación jurisprudencial, y la teoría general de los contratos, en concreto, la figura del dolo vicio del consentimiento o *in contrahendo*.

---

<sup>2</sup> En el sentido de tomar como punto de partida una consecuencia jurídica determinada y a partir de ahí elaborar la fundamentación jurídica que la sustente, tal y como Procusto *adaptaba* el cuerpo de los viajeros al lecho que les ofrecía para su descanso.





## I. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN LA CONTRATACIÓN POR ADHESIÓN.

### 1. Introducción.

Desde finales del s. XIX y, sobre todo, a partir de comienzos del s. XX, el tráfico económico necesita la contratación por adhesión para así cubrir adecuadamente el volumen de demanda de bienes y servicios por parte de los consumidores, suponiendo una reducción del gasto en la contratación y un incremento en la eficiencia<sup>3</sup>. Aproximadamente, con el inicio del s. XX se produce una mutación significativa en el ámbito del consumo que, no solo se pone de manifiesto respecto de la producción y el comercio en sí sino que, además, tales cambios llevan aparejado un cambio en relación a la propia actitud del consumidor<sup>4</sup>. En este sentido, observa ORTEGA Y GASSET que el consumo se va ampliando a otros estratos sociales como las clases medias, de forma que ya no se encuentra limitado a lo que VEBLEN denominó el «hombre ocioso». Se aprecia entonces que la *muchedumbre*, la *masa social*, se fue apoderando de lo que antes solo estaba reservado a las minorías<sup>5</sup>. De esta forma, dado el aumento del consumo, la idea de valerse del contrato por negociación se entiende como un obstáculo al desarrollo del tráfico económico.

---

<sup>3</sup> Entre otros, GARCÍA-AMIGO, M., *Condiciones generales de los contratos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, pp. 13 a 17, señala que tiene *sentido* que las empresas hagan uso de este modo de contratación. DE CASTRO Y BRAVO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 35, Núm. 4, 1982, p. 1055, acerca de la relación entre capitalismo, desarrollo económico y la producción en masa como factores determinantes para el uso *masivo* de condiciones generales de la contratación. Igualmente, ORDUÑA MORENO, F. J., *Contratación y consumo*, ORDUÑA MORENO, F. J. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 253; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. / DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Dir.), ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002, pp. 75 y ss.; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Tratado de Contratos*, Tomo II, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1585; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 158.

<sup>4</sup> SOTO COAGUILA, C. A., “La contratación masiva y la crisis de la teoría clásica del contrato”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 57, Núm. 3, 2004, p. 1151.

<sup>5</sup> A finales del s. XIX, VEBLEN, T., *Teoría de la clase ociosa*, Fondo de Cultura Económica de España, 2007, p. 80, afirma que «el consumo ostensible de bienes valiosos es un medio de aumentar la reputación del caballero ocioso». Sin embargo, como decimos, ya en el s. XX, de acuerdo con la observación de ORTEGA Y GASSET, J., *La rebelión de las masas*, Austral, Barcelona, 2013, pp. 79 y ss., «vemos la muchedumbre, como tal, posesionada de los locales y utensilios que antes solo estaba reservado a las minorías». En esta misma línea, ya en el campo de nuestra doctrina, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “Derecho y masificación social”, *Ensayos Jurídicos*, Tomo I, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 861, hace referencia al incremento del acceso «a la participación de toda clase de bienes».

No obstante, si con el auge del libre mercado se requería una práctica contractual más ágil, no es menos cierto que desde sus inicios ya se fueron reconociendo sus dificultades inherentes, tanto desde un punto de vista práctico como teórico.

Atendiendo al hecho de que en los contratos por adhesión «existe una previa prerredacción unilateral del contrato que es obra de una de las partes contratantes, (...) y a la otra sólo le es permitido declarar su aceptación o eventualmente su rechazo»<sup>6</sup>, y que son unos contratos en los que «*el diálogo ha dado paso al monólogo de la predisposición del contenido contractual por parte del profesional o empresario*»<sup>7</sup>, desde su aparición se ha planteado en numerosas ocasiones si verdaderamente nos encontramos en presencia de un contrato o no<sup>8</sup>. El propio SALEILLES, al entender que en los contratos por adhesión existe un predominio exclusivo de una sola voluntad –la del predisponente–, consideró que las condiciones generales habrían de interpretarse conforme al interés de la colectividad a la que se dirigían y no atendiendo a la voluntad de las partes contratantes<sup>9</sup>. Sin embargo, aunque comúnmente suele tomarse como punto de partida el trabajo del referido autor a la hora de entrar en el estudio de la contratación por adhesión, la afirmación sobre que «hay unos pretendidos contratos que no tienen de contrato más que el nombre»<sup>10</sup> necesita ser contextualizada. Si bien esta referencia parece reflejar a la perfección la problemática relativa a la naturaleza jurídica de los contratos por adhesión, el jurista francés se refería expresamente a los contratos laborales celebrados con las grandes industrias y a los contratos de transporte<sup>11</sup>.

La discusión acerca de la naturaleza jurídica de las cláusulas predispuestas y condiciones generales sigue manteniendo plena vigencia en la actualidad, en tanto que su regulación se encuentra en pleno proceso de evolución, sobre todo respecto de la determinación del alcance de las normas de protección del adherente.

Como es sabido, la explicación sobre esta cuestión fue resuelta por distintas teorías que, en términos generales, pueden agruparse en dos tendencias claramente diferenciadas: las teorías normativistas y las teorías contractualistas. En nuestro país, uno de los autores que más abogaron por esa primera corriente fue GARRIGUES, quien representa la denominada tesis normativa, según

---

<sup>6</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 166.

<sup>7</sup> Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013 (núm. 241/2013).

<sup>8</sup> Desde SALEILLES, R., *De la déclaration de volonté: Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, F. Pichon, París, 1901, p. 229, en cuanto a que «il y a de prétendus contrats qui n'ont du contrat que le nom, et dont la construction juridique reste à faire»; pasando por OSSORIO MORALES, J., “Crisis dogmática del contrato”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 5, Núm. 4, 1952, p. 1181, afirmando que el contrato por adhesión «tiene muy poco de contrato»; o, por ejemplo, PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. I, Bosch, Barcelona, 1988, p. 6, al considerar que «si el contrato significa negociación y equilibrio de intereses entre los particulares, es indudable que gran número de actos calificados de contractuales no responde a tal significación, por existir condiciones impuestas por el contratante más poderoso al que lo es menos, cuando éste tiene necesidad de las cosas o servicios objeto de negociación».

<sup>9</sup> SALEILLES, R., Op. Cit., pp. 229 y 230.

<sup>10</sup> Vid. Supra.

<sup>11</sup> SALEILLES, R., Op. Cit., p. 230, «c'est le cas de tous les contrats de travail dans la grande industrie, des contrats de transport avec les grandes compagnies de chemins de fer, (...)».

la cual las condiciones generales de la contratación constituían fuente del Derecho mercantil<sup>12</sup>. Esta postura se acerca a la de SALEILLES, en el sentido de que para éste los contratos por adhesión se acercan más a la Ley que a un acuerdo de voluntades.

Frente a esta propuesta hallamos la sostenida por DE CASTRO, relativa a la contractualidad de las condiciones generales, quien sostuvo que éstas son, efectivamente, de valor puramente contractual, de manera que su eficacia se hace depender del consentimiento prestado por el adherente<sup>13</sup>.

En esta pugna entre las teorías normativistas y las teorías contractualistas, son las segundas las que prevalecieron sobre las primeras. Tal y como señala ALFARO, de acuerdo con los obstáculos insalvables de las teorías normativistas, este tipo de cláusulas solo pueden ser explicadas desde la doctrina contractualista, «una vez que se admiten como indiscutibles las siguientes premisas: a) el carácter vinculante de las condiciones generales, b) la imposibilidad constitucional de reconocer un poder normativo a los empresarios, lo que conduce derechamente a rechazar la fundamentación normativista y c) la inexistencia de otras fuentes de vinculación que no sean la norma o el contrato»<sup>14</sup>.

Sin embargo, quedando aún la doctrina disconforme con la explicación acerca de la naturaleza jurídica de los contratos por adhesión, dada la equiparación entre consentimiento contractual y adhesión al contrato, en palabras de ALFARO, «el mero carácter voluntario de un acto no garantiza que se haya realizado libremente pues (...) todas las extorsiones se perpetran con el aparente consentimiento de las víctimas»<sup>15</sup>. De manera que, tras la superación de la discusión doctrinal protagonizada por las posturas normativistas y las contractualistas, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias han refutado asimismo la construcción dogmática del contrato por adhesión desde la perspectiva contractualista que se entiende hoy día superada.

Sin lugar a dudas compartimos lo que ya en la segunda mitad del s. XX advertía DE CASTRO en relación a que las condiciones generales plantean una serie de problemas dogmáticos que afectan directamente a la «entraña misma del Derecho privado»<sup>16</sup>. En este mismo sentido, de acuerdo con Díez-Picazo, en la contratación por adhesión «se ha roto por completo la idea tradicional de contrato, como cauce de expresión de la voluntad o de la autonomía de la voluntad y como cauce de autorregulación de los intereses de dos partes en pie de igualdad», concluyendo que la «línea voluntarista de la concepción del contrato se torna absolutamente inidónea»<sup>17</sup>. Así, se puede afirmar que la contratación por adhesión, entendiéndola que implica un límite a la voluntad

---

<sup>12</sup> Según GARRIGUES DÍAZ CAÑABATE, J., *Contratos bancarios*, Joaquín Garrigues, Madrid, 1958, pp. 21 y ss., las condiciones generales de la contratación, esto es, las cláusulas redactadas para una pluralidad de contratos y no las meras cláusulas predispuestas, «pueden aspirar a la calificación de Derecho objetivo».

<sup>13</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 14, Núm. 2, 1961.

<sup>14</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 52 y 53.

<sup>15</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Op. Cit.*, p. 55.

<sup>16</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *Op. Cit.*, p. 295.

<sup>17</sup> Díez-Picazo y Ponce de León, L., «Derecho y masificación social», *Ensayos Jurídicos*, Tomo I, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 872.

individual, desde sus inicios fue considerada uno de los factores contribuyentes a lo que se denominó la «crisis del contrato»<sup>18</sup>.

Con prontitud se pudo observar que en numerosas ocasiones el contenido del contrato y las consecuencias jurídicas derivadas del mismo son apenas entendidos vagamente por el adherente y, en otras tantas ocasiones, éste ni tan siquiera procede a su lectura<sup>19</sup>. Así, en torno al conocimiento que el adherente pueda tener de las condiciones generales del contrato, según DE CASTRO, «la falla que primero se advierte en las condiciones generales, por más llamativa y chocante, se refiere al consentimiento»<sup>20</sup>.

El punto de partida en el tratamiento del contrato por adhesión es la consideración de que es un contrato en el que se pone en entredicho su *contractualidad* dada la ausencia de negociación. En la actualidad las tesis contractualistas tienen un papel claramente marginal en lo que respecta a la dogmática de la contratación por adhesión, de manera que la doctrina y jurisprudencia mayoritarias tienden a negar valor negocial al consentimiento contractual. En este sentido, por ejemplo, es doctrina jurisprudencial la consideración de que la contratación mediante el uso de condiciones generales es «una práctica negocial [que] constituye un auténtico modo de contratar claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado por nuestro Código Civil, con un régimen y presupuesto causal propio y específico que hace descansar su eficacia última, no tanto en la estructura negocial del consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden al equilibrio prestacional y a la comprensibilidad de la reglamentación predispuesta, en sí misma considerada» -sobre la contratación por adhesión como contrato diferenciado del contrato por negociación, entre otras, las SSTs de 18 de junio de 2012 (Núm. 406/2012), de 7 de abril de 2014 (Núm. 166/2014), de 28 de mayo de 2014 (Núm. 246/2014), de 8 de septiembre de 2014 (Núm. 464/2014), de 14 de diciembre de 2017 (Núm. 669/2017)-.

Dada la naturaleza de los contratos por adhesión y su papel en el tráfico económico actual, los problemas que se plantean en torno a este modo de contratación son de diversa índole. De

---

<sup>18</sup> GARCÍA BAÑÓN, A., “Concepción unitaria del contrato”, *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, Vol. V, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, p. 263. Acerca de la «crisis del contrato», apunta el autor que en aquel entonces ya se trataba de un «tópico de la ciencia jurídica contemporánea». Y, en este sentido, si el contrato por adhesión planteaba una serie de problemas de largo alcance, siempre en detrimento del adherente, se pensó que la solución había de provenir de la intervención del Estado en las relaciones jurídico privadas. Y sobre la intervención pública en el ámbito privado, además de otras tantas afirmaciones relativas a la crisis del contrato y la autonomía de la voluntad, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “Los llamados contratos forzados”, *Ensayos Jurídicos*, Tomo II, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 1651, «todo ello ha sido repetido tantas veces que pertenece ya a la región del tópico jurídico».

<sup>19</sup> En este sentido, de acuerdo con ROYO MARTÍNEZ, M., “Contratos de adhesión”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 2, Núm. 1, 1949, pp. 54 a 70, los Códigos civiles decimonónicos no tuvieron en cuenta las particularidades inherentes a los contratos por adhesión, en los que la primacía del *principio de autonomía de la voluntad* puede dar pábulo al abuso por parte de las grandes empresas, dada su posición de dominio. Para el autor, una de las cuestiones fundamentales con respecto a los contratos por adhesión es la relativa al consentimiento. Sobre este punto, según el autor, «la falta de tiempo, la indiferencia fatalista, la confianza immoderada, la escasa experiencia negocial, la carencia de conocimientos técnicos y jurídicos, todo ello típico del hombre medio, determinan su desinterés sobre el contenido de las condiciones generales del contrato» (p. 62). De modo que considera que la ausencia de negociación o el hecho de que se empleen formularios impresos para la formalización del contrato por adhesión constituyen elementos externos a esta clase de contratos (p. 55).

<sup>20</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., Op. Cit., p. 322; ROYO MARTÍNEZ, M., Ídem.

forma meramente ilustrativa podemos señalar el papel que la Administración pública ha asumido para la defensa de los intereses de los adherentes -sobre todo, en el plano de la contratación de consumo-, previendo un régimen sancionador al efecto. En segundo lugar, frente a las posibles controversias que se pudieren originar en una relación contractual de adhesión, es común que nos encontremos ante litigios de escasa cuantía, por lo que el adherente puede optar por desistir de interponer demanda<sup>21</sup>. Asimismo, hay otros factores a tener presentes, por ejemplo, el funcionamiento del mercado o los hábitos de consumo, que inciden directamente en los hábitos contractuales. Sobre esta última cuestión, habida cuenta de la celeridad con la que se vienen produciendo los avances en el ámbito tecnológico, es evidente su importante repercusión en la esfera contractual, dada su influencia en lo que hemos denominado «hábitos contractuales».

Sin embargo, aunque los problemas que se acaban de mencionar son de entidad suficiente como para ser dignos de preocupación; a nuestro juicio, en vista de las controversias surgidas durante los últimos años en relación con la práctica contractual que nos ocupa y las soluciones proporcionadas por nuestra doctrina y jurisprudencia, en la actualidad el principal problema acerca de la contratación por adhesión sigue versando sobre el valor del consentimiento contractual y, en consecuencia, el significado y alcance de la autonomía privada de las partes contratantes -no solo la del adherente-.

## **2. La autonomía privada contractual.**

### *2.1. Delimitación del concepto de autonomía privada contractual.*

La expresión «autonomía privada», en contraposición al concepto de «autonomía de la voluntad», parece amoldarse mejor a la realidad de nuestro Derecho positivo, en el sentido de que *permite* al legislador introducir «limitaciones económicas y sociales que resulten convenientes en cada caso»<sup>22</sup>. En este sentido, es preciso tener presente que las consideraciones terminológicas que pueden ponerse de manifiesto en esta sede no se limitan a la distinción entre autonomía privada y autonomía de la voluntad, ya que el propio concepto de «autonomía» engloba distintos significados y ello implica cierta ambigüedad respecto de su significado<sup>23</sup>.

Partiendo de una concepción del negocio jurídico que entiende que éste no se circunscribe a una mera cuestión volitiva, sino que la esencia del mismo reside en la «autorregulación de

---

<sup>21</sup> BUSTO LAGO, J. M. / ÁLVAREZ LATA, N. / PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de Consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, BUSTO LAGO, J. M. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 213, quienes a su vez citan a Hart, D., “Un caso ejemplar: la jurisprudencia sobre las condiciones generales del contrato”, *Capitalismo y cultura jurídica*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1993, acerca de la desinformación jurídica, desesperanza y los costes del proceso como razones por las cuales el perjudicado acaba absteniéndose de reclamar ante la Justicia.

<sup>22</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “A vueltas con la autonomía privada en materia jurídica”, *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo III-I, Consejo General del Notariado, España, 2012, pp. 12 y ss.

<sup>23</sup> SIECKMANN, J.-R., “El concepto de autonomía”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 31, 2008, pp. 466 y 467. Según el autor, «el primer problema de la idea de autonomía proviene de la ambigüedad del término. Lo que interesa aquí es la noción de auto-legislación, por cuanto indica que los propios agentes establecen las normas que son vinculantes para ellos. Tenemos que distinguir tajantemente esa noción de la noción de autodeterminación, de la capacidad y el derecho de efectuar los propios juicios morales, y de la noción de libre albedrío».

intereses en las relaciones privadas», se deja a un lado la voluntariedad del acto jurídico que se lleva a cabo, para centrarse en la función de la referida voluntad<sup>24</sup>. Si bien es cierto que la noción de «autonomía privada» tampoco ha estado exenta de críticas, dada su inexactitud desde un punto de vista etimológico, compartimos la opinión que sostuvo DE CASTRO en cuanto a que la autonomía privada evoca «el significado general de la cuestión central del Derecho privado: la del ámbito de independencia y libertad dejado a cada persona»<sup>25</sup>.

Se relaciona la autonomía privada con las nociones de *autoordenación*, *autodeterminación*, *autogobierno*, *autorregulación* o *autarquía*. Partiendo de la postura que defiende que son los propios individuos quienes de manera más idónea ordenarán las relaciones jurídicas de las que formen parte, la libertad de autodeterminación es equiparable a la noción de autonomía privada<sup>26</sup>. Sin embargo, la autonomía privada es un concepto de mayor envergadura, la autodeterminación, entendida como la «capacidad de una persona de decidir por sí misma algo»<sup>27</sup>, deja al margen la manifestación de la autonomía privada como la «actividad y potestad creadora, modificadora o extintiva, de relaciones jurídicas entre individuo e individuo»<sup>28</sup> y su necesario reconocimiento por el ordenamiento jurídico para su plena validez. En efecto, siguiendo a BETTI, de dicha afirmación se deriva «la hipótesis de hecho de una norma ya existente, dando vida, entre individuo e individuo, a la regulación jurídica que la norma dispone». De este modo, aparte de la libertad de autodeterminación, dicha capacidad se dirige a la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, finalidad para la que será necesaria, a su vez, la intervención del ordenamiento jurídico y así alcanzar su plena validez en el tráfico jurídico.

En lo que respecta a nuestra doctrina, DE CASTRO realiza una disección del concepto de autonomía privada distinguiendo, desde una perspectiva más concreta, entre la capacidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, a la cual denomina «autonomía de la voluntad» y, de otra parte, la facultad para el ejercicio de los derechos subjetivos, que vendría ser la «autonomía dominical»<sup>29</sup>. Pero desde un punto de vista más amplio, basado en la relación directa entre autonomía privada y libertad, define la autonomía privada como «aquél poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en su relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto a su actuación en la vida social»<sup>30</sup>.

---

<sup>24</sup> BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, Comares, Granada, 2000, p. 59.

<sup>25</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, Vol. III, Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 12. En este sentido, de acuerdo con GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado. Estudios conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo II, Consejo General del Notariado, España, 2012, pp. 321 y ss., la terminología a emplear para la denominación de este principio plantea problemas dado que, aparte de la complejidad material, nos hallamos ante una «descomposición polinómica» en la que el primer elemento utilizado se trata de un sustantivo, ya sea «autonomía» o «libertad», y un segundo elemento consistente en un adjetivo o un objeto, como pueden ser «privado, da», «voluntad» o «contractual». Todos y cada uno de ellos presentando matices de gran relevancia.

<sup>26</sup> Siguiendo a VON TUHR, A., *Derecho civil*, Vol. II, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 131.

<sup>27</sup> *Diccionario de la Real Academia Española*.

<sup>28</sup> BETTI, E., Op. Cit., pp. 52 y ss. Y, por otro lado, según FLUME, W., *El negocio jurídico*, Parte General del Derecho Civil, Tomo II, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 29, «la vigencia del principio de autonomía privada significa el reconocimiento de la “autarquía” del individuo en la configuración creadora de relaciones jurídicas».

<sup>29</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., Op. Cit., p. 13.

<sup>30</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., Op. Cit., pp. 11 y 12.

Por su parte, DÍEZ-PICAZO considera que la autonomía privada es un poder que el ordenamiento jurídico ha otorgado a la persona para la gestión de sus propios intereses y, «como quiera que la esfera jurídica del individuo, de la persona, se compone, en su mayor parte, al menos, de relaciones jurídicas, que son el cauce o la forma jurídica de realización de los intereses, la autonomía privada puede también definirse como el poder que el individuo tiene de reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que es o ha de ser parte»<sup>31</sup>.

En particular, del concepto de autonomía privada elaborado por DE CASTRO emanan algunas de las ideas principales que inspiran la hipótesis que aquí se plantea. Por un lado, la libertad inherente a toda persona para el ejercicio de las facultades y derechos que tiene reconocidos. Y, por otro, la responsabilidad que se desprende de la facultad de autonormación.

La autonomía privada puede ser considerada como una regla moral que implica que cada cual habrá de ser responsable de sus propios actos, por lo que bajo el amparo de la misma no solo se reconocen derechos y facultades, sino que también implica la asunción de la responsabilidad derivada de los actos llevados a cabo bajo dicho principio. En definitiva, siguiendo a CARRASCO, la autonomía contractual encuentra su justificación en las siguientes razones: a) en primer lugar, en cumplimiento de los artículos 10 y 38 CE, la autonomía contractual tiene el rango de mandato constitucional; b) en segundo término, en un sistema de libre mercado la autonomía contractual es una regla de eficiencia económica absolutamente indispensable; c) asimismo, una regla moral que implica la asunción de las consecuencias derivadas de los actos propios, es decir, conlleva la responsabilidad; d) en relación con el aspecto moral de la autonomía contractual, de acuerdo con el referido autor, es también una regla que permite la justa distribución de riesgos y el cálculo de los costes de las decisiones; e) además, sirve también para la correcta asignación de los recursos públicos; f) otra de las razones que justifican la autonomía contractual es que sirve como «postulado de prudencia para un legislador de previsión de intelectual limitada»; g) y, por último, significa el respeto de la esfera privada de los particulares, siendo éstos quienes decidan qué intereses satisfacer y cómo hacerlo<sup>32</sup>.

## 2.2. *La autonomía privada en la contratación por adhesión.*

En lo que al contrato por adhesión respecta, uno de sus rasgos fundamentales es la limitación intrínseca de la libertad contractual del adherente. Por este motivo, la responsabilidad correlativa al desarrollo de la autonomía privada, y a la que nos hemos referido previamente, nos lleva de manera inmediata a pensar en la figura del predisponente, puesto que prerredacta el contenido del contrato. Pero la autonomía privada no es un principio que se agote en la facultad o poder para establecer el contenido del contrato –autonormación–.

Es innegable el calado de aquella postura doctrinal según la cual la autonomía privada vendría a impedir cualquier injerencia que limitase la misma, «en cuanto el contrato era una confirmación de la libertad civil, no se podía permitir que nadie dictase a otra persona normas reguladoras de sus negocios jurídicos. Cada uno debía decidir solo y por sí mismo si, y en qué

---

<sup>31</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “La autonomía privada y el Derecho necesario en la LAU”, *Ensayos Jurídicos*, Tomo II, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 1683.

<sup>32</sup> CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 67 y 68.

condiciones, quería poner a disposición de otro una porción de su libertad»<sup>33</sup>. Sin embargo, esta noción de la autonomía privada, desfasada desde hace largo tiempo, no concuerda con la plasmación del principio de autonomía privada en nuestra norma –v. gr., artículo 1255 CC–.

Aun reconociendo la matización de la autonomía privada del adherente dada la predisposición de todo o parte del contenido contractual por parte del predisponente, sobre todo, siempre que se cumplan las normas de protección de la libre competencia, el adherente mantendrá en todo caso su libertad de elección<sup>34</sup> y, en consecuencia, la celebración de un contrato por adhesión no implicará la imposición de un clausulado en contra de su propia voluntad. Cuestión distinta es que el adherente no intervenga en la determinación del contenido del contrato.

En este sentido, con la reforma operada en el Código civil francés por medio de la *Ordenanza de 10 de febrero de 2016*<sup>35</sup> comprobamos la dificultad que supone desligar el contrato por adhesión de la noción clásica de contrato, a pesar de los esfuerzos realizados por un importante sector doctrinal y jurisprudencial. La superación de la formulación del concepto de contrato como acuerdo de voluntades en lo que respecta a la contratación por adhesión sigue planteando en la actualidad los mismos obstáculos que en el pasado. Esto se comprueba, por ejemplo, en la reciente reforma realizada al Código civil francés, que en el párrafo segundo de su artículo 1110 se afirma que los contratos por adhesión son aquellos en los que se contienen una serie de condiciones generales previamente redactadas por una de las partes, de forma que quedan sustraídas de la negociación<sup>36</sup>. A pesar de faltar el elemento negociador, compartimos la idea de que no dejamos de hallarnos ante un contrato, cuya especialidad se manifiesta en el hecho de que el poder del predisponente se matiza con la intervención del ordenamiento a fin de proteger al adherente de posibles abusos<sup>37</sup>.

Las vicisitudes que se plantean en relación a la contratación por adhesión y el principio de autonomía privada han supuesto que en nuestro ordenamiento jurídico se prevea un sistema de protección conformado por distintos tipos de controles ante posibles prácticas abusivas amparadas bajo el poder que ostenta la parte predisponente<sup>38</sup>. Dicha idea entronca con las limitaciones a la autonomía privada.

El principio de autonomía privada no es un valor absoluto, sino que el modo más apropiado de entenderlo es admitiendo su limitación por razones de justicia y de moral. Sobre la base de un concepto aristotélico-tomista, la autonomía privada ha de estar orientada al *bien común*

---

<sup>33</sup> HATTENHAUER, H., *Conceptos fundamentales del Derecho civil*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 69.

<sup>34</sup> En este sentido, acerca de la libertad de contratar, las SSAP de Jaén de 23 de abril de 2004, (Núm. 90/2004) y de 26 de abril de 2004 (Núm. 97/2004); la SAP de Lérida de 11 de junio de 2007 (Núm. 203/2007); la SAP de Almería de 13 de marzo de 2015 (Núm. 111/2015); la SAP de Alicante de 23 de julio de 2015 (Núm. 163/2015);

<sup>35</sup> *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations* (NOR: JUSC1522466R).

<sup>36</sup> Prevé expresamente el referido artículo que «le contrat d’adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l’avance par l’une des parties».

<sup>37</sup> SAVAUX, E., “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 69, Núm. 3, 2016, pp. 739 y 740.

<sup>38</sup> Así, según la SAP de Barcelona de 14 de julio de 2016 (Núm. 362/2016), debido a que las condiciones generales de la contratación «representan una grave limitación al principio de autonomía de la voluntad se ha dictado un importante cuerpo legislativo en toda Europa, no para coartarlas sino para controlarlas impidiendo un ejercicio abusivo».



y no, por tanto, al *bien individual*. Aunque en el ámbito del Derecho contractual nos encontramos con que la referencia al *bien común* es del todo imprecisa y supone un obstáculo para la correcta delimitación del principio de autonomía privada, entendemos que este obstáculo se salva al contextualizar y adaptar la alusión al *bien común* de acuerdo con la realidad económica y contractual -artículo 3.1 CC-, lo que nos lleva de manera irremediable a lo dispuesto por el ya citado artículo 1255 CC.

La limitación de la autonomía privada por las leyes y el orden público requiere que el legislador procure el equilibrio entre el reconocimiento de la autonomía privada, el poder económico y la intervención pública<sup>39</sup>. He aquí donde radica el punto de partida para la realización de un tratamiento adecuado del fenómeno de la contratación por adhesión. Gracias a la cláusula abierta del artículo 1255 CC, en cuanto a que las partes podrán establecer en el contrato lo que tengan por conveniente siempre que tales pactos no sean contrarios a las leyes, se pone coto al ámbito de poder del predisponente a través de la actividad legislativa.

La autonomía privada, en su vertiente relativa a la capacidad para establecer el contenido contractual, se encuentra del todo anulada para el adherente. No obstante, el predisponente tampoco ostenta una capacidad plena en este sentido, dadas las normas de carácter imperativo relativas a los deberes de información y los controles que *a posteriori* pueden efectuarse en aras de proteger los intereses de los adherentes. Lo interesante es que la limitación de la autonomía privada del adherente se produce de manera automática por causas inherentes a la propia naturaleza de la contratación por adhesión. En cambio, los límites a la autonomía privada del predisponente se justifican en la responsabilidad de éste en el ejercicio de sus facultades de redacción y el hecho de que la autonomía privada no se trata de un poder de carácter omnipotente<sup>40</sup>.

### 3. Tensiones ideológicas respecto de la autonomía privada contractual.

Desde el siglo XIX, en la doctrina jurídica se ha mantenido una continua tensión entre las corrientes liberal y socialista, incidiendo profundamente cada una de ellas en la esencia misma del Derecho privado. De acuerdo con la noción clásica de contrato, éste consiste en un «acuerdo de voluntades, al que, para coordinar intereses en conflicto, llegan libremente dos o más personas que se encuentran situadas en un plano de igualdad»<sup>41</sup>. Así, en el concepto clásico del contrato -

---

<sup>39</sup> Sobre el rechazo de la autonomía privada guiada por un interés meramente individual, GARCÍA BAÑÓN, A., Op. Cit., p. 282. En páginas anteriores indica el autor que «entre el voluntarismo (libertad individual) y la intervención pública en materia contractual hemos de contar con un “principio ético superior” que “armonice” ambos extremos», y dicho principio ético no sería otro que la justicia entendida como una virtud general que ordena al hombre al bien común, siguiendo la doctrina de SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología*, II-II (a), Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1990, pp. 480 y 481.

<sup>40</sup> REVERTE NAVARRO, A., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo XVII, Vol. 1º-A, ALBALADEJO, M. / DÍAZ ALABART, S. (Dir.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, pp. 114 y 115. Del mismo modo, considera que la autonomía privada y, por consiguiente, la libertad contractual no puede ser omnímoda, DÍEZ-PICAZO Y PONCEDELEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. I, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 155.

<sup>41</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., Op. Cit., p. 157. Asimismo, ROCA GUILLAMÓN, J., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo XVII, Vol. 1º-A, ALBALADEJO, M. / DÍAZ ALABART, S. (Dir.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, p. 429, en cuanto a que «se considera que la voluntad

contrato por negociación- se reúnen los dos principios básicos defendidos, de una parte, por las teorías liberales, esto es, la libertad, y, por otro, el socialismo con respecto a la igualdad.

Partiendo del *Code civil* francés de 1804 y la máxima «*laissez faire, laissez passer*», que se corresponde con lo que podríamos denominar «liberalismo jurídico» y se manifiesta con fuerza ya en el s. XVIII<sup>42</sup>, el movimiento codificador se caracteriza por garantizar la esfera privada, dentro de la cual se incluye la salvaguarda de las libertades básicas del contrato, sin que en el ámbito del Derecho privado haya cabida para la intervención pública<sup>43</sup>. Pero en el propio *Code* se establecía como límite especial la equidad en los contratos y que éstos, en su realización, se ajustasen a las exigencias de la buena fe<sup>44</sup>, lo que pone de manifiesto que el principio de autonomía privada no ostentaba el rango de principio de carácter absoluto, sino que se configuró reconociendo la necesidad de que éste se ajustase a una serie de límites establecidos por el ordenamiento jurídico<sup>45</sup>.

En el caso de la codificación en España, dadas las numerosas convulsiones políticas que se sucedieron durante el s. XIX, como es sabido no se publica el Código civil hasta 1889. Si bien el espíritu de la norma en materia contractual hace del consentimiento y de la autonomía privada los fundamentos de las relaciones contractuales –*ex* artículos 1255 y 1258 CC-, el artículo 1255 CC ha sido interpretado acertadamente como un precepto en el que se acota la autonomía privada, dado que, como decíamos, ésta no puede ser *omnímoda*<sup>46</sup>, reduciendo entonces los posibles efectos adversos de una excesiva influencia del pensamiento liberal en la teoría general de los contratos. En consecuencia, en nuestro Código civil se prevé una concepción voluntarista del

---

exteriorizada supone el elemento básico para que la reglamentación de intereses que el contrato encierra, tenga trascendencia jurídica. Se trata de voluntades expresadas en un ámbito –teórico, al menos- de libertad y desde una posición de igualdad».

<sup>42</sup> De acuerdo con KEYNES, J. M., “El fin del *laissez faire*”, *Política y futuro. Ensayos escogidos*, Página Indómita, Barcelona, 2015, p. 58, «la máxima *laissez nous faire* se atribuye tradicionalmente al comerciante Legendre, quien dirigió esas palabras a Colbert a finales del siglo XVII. Pero no hay duda de que el primer escritor que usó la frase, y lo hizo en clara asociación con la doctrina, fue el marqués de Argenson, en torno a 1751».

<sup>43</sup> HABERMAS, J., *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, México D. F., GG MassMedia, 1986, p. 111.

<sup>44</sup> CARO GÁNDARA, R., “En la secular búsqueda europea de un paradigma de justicia contractual: el enfoque de la justicia relacional”, *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, SÁNCHEZ LORENZO, S. (Editor), Civitas, Cizur Menor, 2013, pp. 70 y ss., en alusión al «Discours préliminaire du premier project de Code civil» de Portalis, en el año 1801, sobre los límites a la libertad contractual. En este mismo sentido, así lo señalan MAZEAUD, E. et L. / MAZEAUD, J. / CHABAS, F., *Leçons de Droit civil*, Tomo I, Vol. I, Montchrestien, París, 1989, p. 335. Según el artículo 6 del *Code*, «On ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes mœurs». Asimismo, en su artículo 1304 se preveía que «les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi», y, a continuación, en el artículo 1305, «les conventions obligent non-seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l’équité, l’usage ou la loi donnent à l’obligation d’après sa nature».

<sup>45</sup> FLUME, W., *Op. Cit.*, pp. 40 y 41. Según el autor, «la ciencia jurídica del s. XIX sabía que el reconocimiento del principio de autonomía privada significaba el reconocimiento de la “autarquía” del individuo. Pero para ella era igualmente evidente que esa autarquía no podía ejercerse sin límites, sino solamente dentro de la delimitación efectuada por el Ordenamiento jurídico».

<sup>46</sup> Vid. *Supra*.

contrato, en cierto modo, moderada, lo cual, además, responde al contexto político del momento en el que el «movimiento obrero» cobra cada vez mayor repercusión<sup>47</sup>.

Así, a pesar de que las normas decimonónicas claramente son reflejo del pensamiento clásico liberal<sup>48</sup>, a finales del s. XIX se alzan voces defensoras del denominado «Derecho privado social», el cual pretende la desprivatización del Derecho privado. Frente al «*laissez faire*» encontramos, por tanto, una corriente que considera necesaria la intervención del Estado en las relaciones contractuales en aras de restablecer el desequilibrio causado por el poder económico. Las medidas correctivas del individualismo y el liberalismo encuentran especial acomodo en la regulación de la contratación por adhesión, puesto que en ella es patente la situación de desigualdad en la que se encuentran las partes contratantes.

No cabe duda de que la legislación sobre la protección del consumidor, en la que se incluye la regulación referida a la contratación por adhesión, es un claro ejemplo de la correspondencia a veces tensa entre la libertad y la igualdad. Desde el reconocimiento del principio de autonomía privada, son numerosas las medidas legislativas encaminadas a intentar salvaguardar los intereses de la que se considera la parte más débil. Así pues, la superación de la concepción puramente liberal del s. XIX del principio de autonomía privada se traduce en el reconocimiento de la necesidad de intervención pública en el ámbito contractual, si bien tal circunstancia se revela con mayor intensidad con el auge del empleo de los contratos por adhesión<sup>49</sup>.

Se puede considerar germen de la normativa europea de protección al adherente —en concreto, la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*— la *Resolución del Consejo, de 14 de abril de 1975, relativo a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una protección e información de los consumidores*<sup>50</sup>, resultado del impulso propiciado por la *Resolución 543/73 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, sobre la Carta de Protección de los Consumidores*. En la citada resolución de 1975, por la que se aprueba el «principio de una política de protección e información de los consumidores, así como los principios, objetivos y la descripción general de las actividades a emprender a escala comunitaria definidas en el programa preliminar adjunto», puede apreciarse que ya entonces se detectó el desequilibrio entre

---

<sup>47</sup> Como muestra de dicha afirmación, la promulgación de la encíclica *Rerum novarum* elaborada por el Papa León XIII en el año 1891, en la que se denuncia la precaria situación de los trabajadores y que supuso un hito en lo que se ha denominado «doctrina social de la Iglesia». Vid., LEÓN XIII, *Rerum Novarum*, Enlace Web: [http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum.html](http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html)

<sup>48</sup> De hecho, se considera que «el siglo XIX vivió, sin duda, el esplendor de la primera política liberal en materia de contratos», según DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., Op. Cit., p. 149. Momento en el que, como indica, ATAZ LÓPEZ, J., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo XVII, Vol. 1º-A, ALBALADEJO, M. / DÍAZ ALABART, S. (Dir.), Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1993, p. 77, «es precisamente en la materia contractual donde el principio de autonomía de la voluntad, elevado a dogma por la doctrina del s. XIX, adquiere su mayor importancia y sus más claras aplicaciones».

<sup>49</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 35, Núm. 4, 1982, p. 1052.

<sup>50</sup> Diario Oficial de la Unión Europea, Vol. 18, Núm. C 92, de 25 de abril de 1975.

consumidores y productores o empresarios debido a prácticas comerciales como los contratos por adhesión o el crédito al consumo.

De este modo, entre los principios de protección de los consumidores se sitúa el deber de protección de éstos ante «los abusos de poder del vendedor» y, en particular, en cuanto al empleo de «contratos tipo establecidos unilateralmente» y sus correspondientes cláusulas contractuales. Así, hasta llegar hasta el momento presente, en el que se ha venido reiterando en la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que las normas de protección frente al empleo de cláusulas abusivas cumplen, además, una función disuasoria. Es decir, aparte de dirigirse al control de las relaciones jurídicas entre privados, ejercen una función de prevención general<sup>51</sup>.

Siguiendo la tesis que relaciona la práctica contractual abusiva con el abuso de poder del empresario-predisponente, se ha considerado que el desequilibrio en las relaciones contractuales, a través del empleo de cláusulas que se podrían calificar como abusivas, no solo conlleva un perjuicio en los intereses de la parte contractual afectada, sino que, también, ello implica un menoscabo del ordenamiento jurídico y económico. Los intereses generales se ven afectados en tanto que una práctica contractual abusiva se produce en detrimento de los intereses de los consumidores, lo que conduce a consecuencias indeseables en el ámbito de la competencia y al aumento de los costes ligados a los riesgos que habrá de soportar la que es considerada como la parte más débil –el consumidor-, llegando a implicar, a su vez, un empeoramiento en la propia asignación de los recursos<sup>52</sup>.

La evidente preocupación del legislador por lo que se ha denominado «asimetría subjetiva» entre el empresario y el consumidor<sup>53</sup>, ha supuesto la elaboración de un sistema normativo en el que la búsqueda de la igualdad entre las partes contratantes se constituye como uno de sus objetivos fundamentales. Aunque la regulación específica del contrato por adhesión se basa en la idea de que la predisposición de todo o parte del contenido contractual exige una especial protección del adherente frente a posibles prácticas abusivas por parte del predisponente, dicha regulación no se ha planteado de manera homogénea debido a la diferenciación entre el adherente como consumidor y como empresario.

---

<sup>51</sup> En este sentido, las SSTJUE de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10; de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13; de 21 de enero de 2015, *Unicaja y Caixabank*, asuntos acumulados, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, y la de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15.

<sup>52</sup> Informe de la Comisión 248/2000, de 27 de abril, sobre la aplicación de la *Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*.

<sup>53</sup> A esta asimetría estructural hacen referencia, por ejemplo, PEÑA LÓPEZ, F. *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 137; por otro lado, CÁMARA LAPUENTE, S., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), Colex, Madrid, 2011, p. 215, hace alusión a la desigualdad *jurídica, negociadora, económica e informativa* entre consumidor y empresario. También, GARCÍA VICENTE, J. R., *Tratado de Contratos*, Tomo II, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 137, aprecia que la *debilidad negocial* y la consecuencia de la imperatividad de las normas sobre consumo bien pueden equipararse a las medidas proteccionistas propias del Derecho del trabajo.

En el momento en el que nos trasladamos a la contratación por adhesión en la que el adherente tiene la condición de consumidor, la protección se justifica más bien en la presuposición de la situación desaventajada del consumidor frente al empresario que en el hecho de la predisposición en sí misma considerada<sup>54</sup>. Acerca de estas medidas, puede entenderse que la mayor dificultad sea discernir cuándo procede intentar remediar la posición económica más fuerte del empresario frente a la debilidad del consumidor, ya que, partiendo de que a priori la paridad económica no consiste en ningún elemento necesario para la validez de cualquier contrato<sup>55</sup>, tal clase de intervención solo es posible justificarla por razones de justicia, lo cual difícilmente pueda realizarse basándonos únicamente en la celebración de un contrato por adhesión, por mucho que el adherente ostente la condición de consumidor.

Es cierto que la política legislativa orientada a la protección de los consumidores es una de las parcelas en las que más patente se hace la tensión entre libertad e igualdad. Sin embargo, libertad e igualdad no siempre se manifiestan en esta especie de pugna entre la primacía de la autonomía privada y la rectificación de la posición en la que se encuentran las partes contratantes. De acuerdo con la STS de 8 de septiembre de 2014 (Núm. 464/2014), *«conforme al desenvolvimiento social, económico, cultural y, particularmente, desde un claro impulso de actuaciones judiciales, tanto nacionales como europeas, se está asistiendo a un proceso de reforzamiento de los derechos de los consumidores y usuarios»*, de tal manera que, *«este proceso, en el ámbito de las condiciones generales que nos ocupa, tiende a superar la concepción meramente “formal” de los valores de libertad e igualdad, referidos únicamente a la estructura negocial del contrato, y por extensión, al literalismo interpretativo (pacta sunt servanda), en aras a una aplicación material de los principios buena fe y conmutatividad en el curso de validez, control y eficacia del fenómeno de las condiciones generales de la contratación»*.

El extracto de la sentencia citada indica, por un lado, que efectivamente nos hallamos en plena evolución de la regulación e interpretación de los preceptos en el ámbito de la contratación por adhesión. Y, por otro, que en dicha evolución se pretende la debida aplicación de los *valores de libertad e igualdad*, lo que se entiende como una exigencia derivada del principio general de buena fe que ha de estar presente en toda relación jurídica, como principio inspirador del ordenamiento jurídico que es conforme al artículo 7.1 CC. No obstante, a pesar de que, en principio, nada habría que reprochar a lo que aquí se ha transcrito de la aludida sentencia, dicho *«proceso de reforzamiento de los derechos de los consumidores y usuarios»*, y a partir las motivaciones expresadas, ha sido empleado para la justificación de un nuevo control de

---

<sup>54</sup> En el Voto Particular emitido en la STS de 3 de junio de 2016 (Núm. 367/2016), en relación a la idoneidad de extender el control de transparencia a los supuestos en los que el adherente fuere un empresario, se afirma que *«el presupuesto ancilar, que justifica la especialidad que encierra la aplicación de este control, no es otro que la predisposición de la reglamentación efectuada y, por tanto, su carácter no negociado»*, estimando necesario que la razón de ser de la protección del adherente se ha de encontrar en la propia predisposición del clausulado y no en que el adherente actúe como consumidor o como empresario.

<sup>55</sup> MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato*, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, pp. 52 y 53. Según el autor, *«la paridad económica entre los contratantes no es un presupuesto indeclinable del centro: paridad económica significa que cada uno de los contratantes está en condición de no sufrir la presión psíquica del otro. De esta paridad no se preocupa por lo común el ordenamiento jurídico; ni podría preocuparse sin tropezar con dificultades de reglamentación casi insuperables. Sólo interviene la ley en situaciones particulares en las que el ignorar la disparidad económica y no remediar en alivio del contratante económicamente débil daría lugar a consecuencias en pugna con la equidad y con la ética»*.

condiciones generales y cláusulas predispuestas: el control de transparencia, que ha sido objeto de fundadas críticas y reticencias<sup>56</sup>.

#### 4. El consumismo como factor en la valoración de la autonomía privada contractual.

##### 4.1. Aproximación a la situación material del consumidor.

A pesar de que en ocasiones el tratamiento que recibe el fenómeno del consumo por parte de la Sociología pueda ser objeto de objeción o crítica<sup>57</sup>, es una realidad que nuestro ordenamiento jurídico considera que el consumidor se encuentra en una situación de desventaja ante el empresario. Entiende un sector doctrinal que el consumidor se encuentra en una posición de subordinación<sup>58</sup> o bien que, en esta materia que nos ocupa, la libre contratación brilla por su propia ausencia, ya que el predisponente, gozando de una «posición monopolística», impone el contenido del contrato al adherente<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> Al respecto, en primer lugar, destaca el trabajo de CARRASCO PERERA, Á. / CORDERO LOBATO, E., “El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación. STS de 9 de mayo de 2013”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Núm. 7/2013, puesto que inciden en uno de los defectos apreciables en la construcción del control de transparencia, en el sentido de que «es manifiestamente incorrecto considerar incorporada una cláusula y, sin embargo, negar su eficacia por falta de información “sustancial” del consumidor. Es un contrasentido, pues las reglas que disciplinan la inclusión de condiciones generales en los contratos están fundadas en el conocimiento que el consumidor tiene de las mismas», p. 180. Asimismo, CARRASCO PERERA, Á. / GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., “La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Núm. 7/2013, sobre la falta de concreción acerca de cuáles son los requisitos necesarios para entender que se han cumplido los deberes de información en el seno del control de transparencia, ponen de manifiesto el hecho de que «se impone a los recurridos (y al conjunto de entidades financieras) un horizonte perverso de irracionalidad: el cumplimiento escrupuloso de los estándares de información transparente exigidos por la norma sectorial no garantiza que la cláusula suelo en cuestión no sea de nuevo anulada como no transparente», p. 134. En tercer lugar, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., “La progresiva degradación de nuestro ordenamiento en materia de cláusulas contractuales abusivas”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Núm. 2/2014, Cizur Menor, apunta la necesidad de una mayor cautela a la hora de realizar «interpretaciones a sensu contrario», habida cuenta de la interpretación que realiza nuestro Tribunal Supremo sobre el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, ya que «una redacción clara impide juzgar el carácter abusivo de una cláusula relativa al objeto principal y una redacción oscura lo permite (el control de abusividad), como si la oscuridad y la lesividad fueran lo mismo», p. 7. Por último, merece especial atención el trabajo de CÁMARA LAPUENTE, S., “Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo LV, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015.

<sup>57</sup> En este punto parece apropiado hacer referencia a ROYO MARTÍNEZ, M., Op. Cit., p. 70, al recomendar que «no abominemos de la contratación por adhesión. Como su progenitora, la gran industria, no es en sí misma y necesariamente mala».

<sup>58</sup> Entre otros, SARAZÁ JIMENA, R., “La crisis del Derecho privado codificado y el paso al nuevo Derecho privado del tráfico económico. El Derecho de consumo”, *Jueces para la Democracia*, Núm. 14, 1991, p. 37, el consumidor se encuentra en una posición de subordinación. A su vez, sobre esta cuestión, MARTÍNEZ AGUIRRE, C., “Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 47, Núm. 1, 1994, pp. 43 y 44, señalando que nos encontramos ante un mercado que se encuentra dominado por la ley de la oferta y no de la demanda. Para este autor, además de la inferioridad del consumidor fundada en el dominio de la ley de la oferta, parte del carácter «amateur» de la actuación del consumidor en el mercado y la profesionalidad del empresario. Aunque ha de precisarse que este amateurismo del consumidor no puede afirmarse con carácter absoluto, ya que, dependiendo de las circunstancias, el consumidor irá adquiriendo la experiencia necesaria para despojarse de tal condición.

<sup>59</sup> Sin embargo, para GARCÍA-AMIGO, M., Op. Cit., pp. 95 y 96, la idea de la imposición del contenido contractual es relativa, ya que según el autor «el poder contractual del monopolio produce las mismas

Aparte de la indiscutible influencia de las ciencias sociales en el ámbito del Derecho, las ciencias económicas ocupan un lugar asimismo importante en lo que se refiere a la configuración doctrinal y normativa de la contratación por adhesión. Las condiciones generales, y no ya las cláusulas meramente predisuestas, cumplen una reconocida función económica, esto es, el incremento de la eficiencia<sup>60</sup>.

Si la presencia de la ciencia económica es evidente en este ámbito de la contratación, conviene, a modo de contraste, tener presente las principales tesis sociológicas sobre el consumismo. A mayor abundamiento si partimos de la postura defendida por POSNER acerca de la función de la ciencia económica, según la cual ésta procura conocer cuáles son las consecuencias derivadas de las actuaciones llevadas a cabo por individuos considerados como *maximizadores racionales* en la satisfacción de sus propios intereses. Desde esta perspectiva, tal maximización racional se distingue de la *consciencia*, en el sentido de que, según el referido autor, «*Economics is not a theory about consciousness*». De esta forma, la racionalidad de un comportamiento dependerá de que éste se ajuste al modelo de elección racional, sin importar cuál sea el estado mental de quien elige<sup>61</sup>.

Al respecto, no obstante, la «*behavioral economics*» ha puesto de manifiesto la desviación de aquella idea basada en la toma de decisiones racionales por parte de los consumidores, lo cual, además, se llega a producir incluso en los mercados de libre competencia<sup>62</sup>. De este modo, de acuerdo con THALER, uno de los problemas que se planteaba en el ámbito de las ciencias económicas era que no se distinguía entre la descripción de lo que los consumidores racionales deberían hacer y, de otra parte, prever lo que los consumidores en realidad harán. Así, según THALER «*economists rarely draw the distinction between normative models of consumer choice and descriptive or positive models. Although the theory is normatively based (it describes what rational consumers should do), economists argue that it also serves well as a descriptive theory (it predicts what consumers in fact do)*»<sup>63</sup>.

El motivo por el cual una perspectiva sociológica del consumismo puede ayudar a valorar lo que la norma jurídica *es* y *debería ser*, es que nos proporciona una visión más amplia de dicho fenómeno y de la repercusión de las normas destinadas a la protección de los consumidores<sup>64</sup>. En

---

consecuencias si yo lo ejerzo frente a un solo contratista (...) que si lo actúo frente a toda mi clientela (...)). En el artículo 1.1 de la *Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación* establece que «son condiciones generales de la contratación las cláusulas predisuestas cuya incorporación sea impuesta por una de las partes (...)».

<sup>60</sup> Vid. *Supra*.

<sup>61</sup> POSNER, R. A., *Economic Analysis of Law*, Aspen, New York, 2003, p. 3.

<sup>62</sup> OECD, «The interface between Competition and Consumer Policies», *OECD Journal: Competition Law and Policy*, Vol. 11/1, 2010, pp. 145 y 146.

<sup>63</sup> Según THALER, R., «Toward a positive theory of consumer choice», *Behavioural Economics*, Vol. II, EARL, P. E. (Editor), Edward Elgar, Great Britain, 1988, p. 168.

<sup>64</sup> De acuerdo con KELSEN, H., «Una fundamentación de la sociología del Derecho», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 12, 1992, p. 216, «una ciencia del derecho “sociológica” nunca podría expresar a qué y bajo qué condiciones está obligada jurídicamente o tiene derecho una persona o un grupo de *personas*, sino meramente lo que, bajo ciertas condiciones, determinados *hombres* (...) hacen o dejan de hacer habitualmente. Todos los conocimientos de una ciencia del derecho sociológica, sólo pueden ser conocimientos sobre la realidad, juicios de hecho, es decir, juicios sobre el nexo causal de determinados procesos regulares, y no juicios de valor como por ejemplo “esto es lícito, esto es ilícito”».

primer lugar, será necesaria la determinación del concepto de «hecho social» que, en palabras de DURKHEIM, se define de la siguiente forma: «hay en toda sociedad un grupo determinado de fenómenos que se distinguen por caracteres que contrastan con fenómenos que estudian las otras ciencias de la naturaleza»<sup>65</sup>. Así pues, por hechos sociales podemos entender aquellos que «presentan características muy especiales; consisten en maneras de actuar, de pensar y de sentir, externas al individuo, y que está dotadas de un poder de coerción en virtud del cual se le imponen»<sup>66</sup>.

A partir del concepto de «hecho social», la Sociología se puede definir, siguiendo a MARCUSE, como «“la ciencia de la sociedad”, que investiga particularmente las relaciones entre los hombres y las leyes y tendencias que en ellas operan. Esto implica que dichas relaciones “sociales”, pueden ser distinguidas de las religiosas, políticas, económicas o físicas, aunque en realidad nunca se presentan sin ellas»<sup>67</sup>. Por esta razón, habida cuenta del campo de estudio de la Sociología, desde esta perspectiva despiertan especial interés las siguientes cuestiones: a) en primer lugar, la que se refiere a la influencia que el mercado ejerce en el consumidor; b) la consideración de la contratación por adhesión como una cuestión social; y, por último, c) las medidas proteccionistas destinadas a contrarrestar el poder del mercado.

#### 4.2. *La influencia del consumismo en la autonomía privada.*

Partiendo de que los hábitos de consumo tienen incidencia directa en los hábitos contractuales, la supuesta subordinación del consumidor, en el momento en el que nos trasladamos al ámbito contractual, directamente nos lleva a la idea de la autonomía privada. En este sentido, por ejemplo, de acuerdo con GALBRAITH, la demanda de bienes, basada principalmente en el deseo del consumidor, y no ya en sus necesidades, es creada por la propia oferta. Según el autor, la oferta, para crear dicho deseo, se sirve sobre todo de la publicidad y de la emulación. Esto significa que el origen del deseo del consumidor se halla, en realidad, en factores externos a él, de tal manera que se podría concluir que el consumidor medio se estaría viendo desprovisto de su autonomía y, en consecuencia, de su propia dignidad si nos guiásemos por una concepción kantiana de la misma<sup>68</sup>.

Siguiendo esta línea, en esta incitación al consumo o, incluso, en este proceso de creación de necesidades, dicha circunstancia se agrava debido a que se ha llegado al punto de inducir a la situación de endeudamiento en las economías domésticas, llegando GALBRAITH a identificar un «proceso de persuasión para que se incurra en deuda»<sup>69</sup>. Aunque, desde luego, no nos podemos acoger por completo a estas ideas, lo que es indiscutible es que parte de la doctrina ha señalado

---

<sup>65</sup> DURKHEIM, É., *Las reglas del método sociológico*, Biblioteca nueva, Madrid, 2005, p. 135.

<sup>66</sup> DURKHEIM, É., *Op. Cit.*, p. 137.

<sup>67</sup> MARCUSE, H., *Razón y revolución*, Alianza Editorial, Madrid, 2010, pp. 369 y 370.

<sup>68</sup> Según KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 126, «la autonomía es, pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana».

<sup>69</sup> GALBRAITH, J. K., *La sociedad opulenta*, Ariel, Barcelona, 2014, p. 173. También, en el sentido de la creación del deseo del consumidor, ALONSO BENITO, L. E., *La era del consumo*, Siglo XXI, Madrid, 2005, pp. 10 y 11, quien sostiene que la abundancia «somete al individuo a un control social, donde el poder de la oferta determinaba la estructura de la demanda y de la sociedad misma».



una posible obsolescencia parcial del Derecho de obligaciones y contratos, entendiendo que en el actual tráfico económico el consumidor ha pasado de ser soberano a ser súbdito del mercado<sup>70</sup>.

Acercas de este punto, se hace necesario precisar que, desde nuestro punto de vista, el problema no se concentra en exclusiva en el poder que el mercado ejerce sobre el consumidor. Aunque solo sea parcialmente y sea discutible en qué medida, la situación actual de la contratación de consumo se debe asimismo a la propia naturaleza del ser humano, el cual, incluso no pudiéndose permitir un determinado bien o servicio por razones económicas, en numerosas ocasiones asumirá una deuda –es decir, solicitará un préstamo, por ejemplo, bajo la forma de un contrato de crédito al consumo- para así satisfacer su *deseo* –pues no hablamos aquí de la *necesidad objetiva*-. De esta forma, «el proceso de persuasión para que se incurra en deuda, y la organización necesaria para llevarlo a cabo, constituyen parte tan importante de la producción moderna como la elaboración de los bienes y la creación de necesidades»<sup>71</sup>.

Asimismo, sobre el sometimiento del consumidor, FEATHERSTONE indica que el consumo *posmoderno* y *anti-kantiano* lo que busca es el consumo «inmediato, barato, sensual y populista»<sup>72</sup>. A su vez, destaca «los placeres emocionales del consumo» y su derivación, en determinados casos, en una «excitación corporal directa»<sup>73</sup>. De otra parte, de acuerdo con BAUMAN, el consumidor se rige por un principio de placer, es decir, «por un deseo insaturable e inmediato, que parece desterrar el reino de la necesidad y que no admite demora»<sup>74</sup>. Precisamente, ese *deseo*, claramente manifestado como una debilidad, es tenido en cuenta por los oferentes tanto a la hora de publicitar sus productos como en la redacción del contrato y en el momento de la celebración del mismo.

La inmediatez es uno de los factores que ejercen una notable influencia en el acto de la contratación por adhesión. De entre sus distintas posibles repercusiones, en la práctica contractual cotidiana no son pocas las ocasiones en las que el adherente, con su premura por obtener el bien o la prestación de un servicio determinados, acaba convirtiéndose en su peor enemigo. Pensemos en aquellos supuestos en los que, a causa de esa precipitación a la que se ha hecho mención, el consumidor no procedió ni tan siquiera a la lectura del contrato –por supuesto, partiendo de la base de que el predisponente hubiere cumplido con los requisitos derivados de los controles de incorporación y de transparencia-. Este hipotético caso parece ser que se da con mayor asiduidad de la deseada, de tal modo que la doctrina ha planteado ciertas dudas en torno al alcance del consentimiento prestado por el adherente, dada la frecuencia con la que se dan los supuestos en los que éste apenas conoce el contenido del contrato suscrito<sup>75</sup>.

---

<sup>70</sup> Vid. Supra.

<sup>71</sup> GALBRAITH, J. K., Op. Cit., p. 174.

<sup>72</sup> SOLDEVILLA PÉREZ, C., “Triálogo: aproximaciones teóricas a la sociología del consumo”, *Cuaderno de realidades sociales*, Núm. 57-58, 2001, p. 43.

<sup>73</sup> FEATHERSTONE, M., *Cultura del consumo y posmodernismo*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 2000, p. 38.

<sup>74</sup> ALONSO BENITO, L. E., Op. Cit., pp. 290 y 291, acerca de la obra de Bauman.

<sup>75</sup> Sobre la debilidad del consentimiento prestado por el adherente, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. / Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Dir.), ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002, p. 82, sostiene que «la adhesión a cláusulas predisuestas no tiene el mismo valor que el consentimiento contractual». En este sentido, continúa el autor, «podría afirmarse que cuando un consumidor celebra un contrato con un empresario por el que adquiere

### 4.3. La contratación por adhesión como «cuestión social».

Aunque una de las finalidades principales de la normativa sobre la contratación por adhesión y la protección al consumidor es salvar las desigualdades existentes entre el consumidor y el empresario<sup>76</sup> -desigualdad que se puede referir a distintos aspectos según la posición doctrinal que se adopte-, la igualdad en su sentido general, como no podría ser de otra forma, no es una cuestión que solo se ciña a la esfera de lo jurídico. Partiendo de que el consumo, desde hace largo tiempo y en términos generales, ya no se halla reservado a un número reducido de personas, la Sociología se preocupado por la relación entre igualdad y consumismo.

Como crítica a la actual sociedad de consumo se ha afirmado que este principio democrático ha pasado de la igualdad manifestada como una igualdad de oportunidades sociales, la responsabilidad de los individuos y la igualdad ante la Ley a una «igualdad ante el Objeto»<sup>77</sup>. Esta crítica proviene de una corriente sociológica que considera el consumismo como un mecanismo de manipulación social<sup>78</sup> y que nos sitúa frente a una dimensión que poco o nada tiene que ver con la idea de la igualdad como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico –artículo 1.1 de la Constitución Española-. Pero, el hecho de que el acceso a bienes y servicios, ya sea desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo, se restrinja a un número reducido de ciudadanos en todo caso nos traslada a la denominada «desigualdad social», que no jurídica.

---

un determinado bien o servicio, es decir, toma una decisión libre (realiza un *acto de autodeterminación*) cuando acepta el precio y la prestación pactados, pero se limita a realizar un acto voluntario (no realiza un *acto de autodeterminación*) cuando se «adhiera» a las condiciones predispuestas que acompañan a los elementos esenciales». BUSTO LAGO, J. M. / ÁLVAREZ LATA, N. / PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de Consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, BUSTO LAGO, J. M. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 167, afirman que «lo que pretende la legislación que nos ocupa es proteger al consumidor frente a contenidos contractuales que no se ha detenido a considerar ni ponderar con un mínimo de detenimiento, y respecto de los cuales, en consecuencia, no ha consentido plenamente, más allá de su mera voluntad de adherirse en bloque a todo lo predispuesto por el empresario». BALLUGERA GÓMEZ, C., *El contrato no-contrato*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, pp. 46 y ss., «la imposición de las condiciones generales impide *dar por superada*, tras la perfección del contrato, pese a la certeza sobre la existencia del mismo y a la claridad de las condiciones generales, la divergencia o distancia de voluntades de la que arranca la formación del contrato. El *hecho* característico del concepto del contrato por adhesión tras su perfección, es, entonces, no el disenso sobre su contenido sino la posibilidad real del mismo, lo que llamaré *disociación*».

<sup>76</sup> Sobre esta asimetría estructural, entre otros, PEÑA LÓPEZ, F., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 137; CÁMARA LAPUENTE, S., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), Colex, Madrid, 2011, p. 215, se refiere a la desigualdad «jurídica, negociadora, económica e informativa» entre consumidor y empresario. Por último, GARCÍA VICENTE, J. R., *Tratado de contratos*, Tomo II, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1459, considera que la debilidad negocial y la consecuencia de la imperatividad de las normas sobre consumo bien pueden equipararse a las medidas proteccionistas del Derecho del trabajo.

<sup>77</sup> BAUDRILLARD, J., *La sociedad de consumo. Sus mitos y estructuras*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 2009, p. 40.

<sup>78</sup> SOLDEVILLA PÉREZ, C., Op. Cit., pp. 11 a 74, autores entre los que se encuentran Marx, K., Veblen, T., Galbraith, J. K., o Bauman, Z.

La afirmación acerca de que nos encontramos sumergidos en una *democracia de la posición social*, que se traduce en la «igualdad ante el Objeto», en sustitución de la democracia como organización social y, por consiguiente, de los principios democráticos, no parece tener cabida desde un punto de vista jurídico. No obstante, en un ámbito estrictamente jurídico, se hallan posturas doctrinales que defienden la desprivatización del Derecho privado, manifestándose en la defensa del denominado «Derecho privado social», que apuesta por la intervención del Estado en las relaciones contractuales en aras de restablecer el desequilibrio causado por el poder económico, debido a que consideran que el consumidor se encuentra en una posición de desventaja frente al empresario, derivando en lo que se ha denominado «asimetría subjetiva», y al entender que la proporcionalidad y la moderación han dejado de regir la actividad legislativa<sup>79</sup>.

Estas propuestas denuncian la igualdad meramente formal que el Derecho privado prevé, de manera que, en realidad, lo que realmente se esconde detrás de la referida igualdad formal es, precisamente, una desigualdad tanto económica como social<sup>80</sup>.

De hecho, a nuestro Derecho positivo se ha ido asimilando la preocupación por la participación de los ciudadanos en el ámbito económico a través del consumo y de ahí que se dote al consumidor de una serie de mecanismos de protección que garanticen su intervención en el tráfico<sup>81</sup>. Esta relación entre una de las posturas más críticas con respecto al consumismo y su reflejo en la actividad legislativa se corrobora, por ejemplo, en la legislación comunitaria que aboga por la inclusión social<sup>82</sup> dada la preocupación por la situación particular de los consumidores vulnerables, como así se ha recogido en el *Reglamento (UE) Núm. 254/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre el Programa Plurianual de Consumidores para el periodo 2014-2020 y por el que se deroga la Decisión Núm. 1926/2006/CE*<sup>83</sup>.

Asimismo, el influjo de esta corriente se produce en nuestra jurisprudencia; de este modo, según se indica en al STS de 8 de septiembre de 2014 (Núm. 464/2014), «*en la actualidad, conforme al desenvolvimiento social, económico y cultural y, particularmente, desde un claro impulso de actuaciones judiciales, tanto nacionales como europeas, se está asistiendo a un proceso de reforzamiento de los derechos de los consumidores y usuarios. (...) En síntesis, este proceso, en el ámbito de las condiciones generales que nos ocupa, tiende a superar la concepción*

---

<sup>79</sup> DI MAJO, A., “Il Socialismo giuridico. Ipotesi e letture”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4, Tomo I, Giuffrè Editore, Milán, 1974-1975, p. 413, acerca de las propuestas de Cimbali.

<sup>80</sup> MERCADER UGINA, J. R., “Modelos metodológicos de la ciencia jurídica y su impacto sobre el Derecho español del trabajo: una aproximación”, *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: Escritos jurídicos*, Universidad de Cantabria, Santander, 2002, pp. 423.

<sup>81</sup> Preocupación de nuestro actual Derecho de consumo que se corresponde con uno de los rasgos característicos del «fordismo» inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial, según ALONSO BENITO, E., *Op. Cit.*, pp. 48 y ss.

<sup>82</sup> De acuerdo con el *Plan Nacional para la Inclusión Social del Reino de España, 2013-2016*, por exclusión social habremos de entender aquel «proceso de pérdida de integración o participación de las personas en la sociedad y en los diferentes ámbitos económico, político y social».

<sup>83</sup> DO L 84 de 20 de marzo de 2014. En concreto, dice el Tercer Considerando de dicho reglamento que «el Programa Plurianual de Consumidores para el periodo 2014-2020 (“el Programa”) debería contribuir a garantizar un nivel elevado de protección de los consumidores», pretendiendo, entre otras cosas, «la inclusión social gracias a la toma en consideración de la situación particular de los consumidores vulnerables».

meramente “formal” de los valores de libertad e igualdad, referidos únicamente a la estructura negocial del contrato y, por extensión, al literalismo interpretativo (*pacta sunt servanda*), en aras a una aplicación material de los principios de buena fe y conmutatividad en el curso de validez, control y eficacia del fenómeno de las condiciones generales de la contratación».

La tendencia *desprivatizadora* en relación al Derecho privado, ya sea defendiendo un Derecho privado social o bien introduciendo una nueva categoría del Derecho con el Derecho social, el cual tendría por objeto regular «las relaciones entre particulares situados en posición desigual»<sup>84</sup>, parece olvidar que «*omne ius hominum causa constitutum est*», esto es, «todo el Derecho ha sido creado por razón de los hombres»<sup>85</sup>.

En lo que respecta al «Derecho privado social», añadir al Derecho, ya sea privado o público, el adjetivo «social» es conceptualmente incorrecto, ya que no dota ninguna clase de significado complementario al concepto de «Derecho». Es más, el empleo de un epíteto semejante en este contexto no es inocuo en absoluto, pues se está amputando de manera indirecta el alcance del Derecho, su significado. Aunque la referencia a lo social podría circunscribirse en exclusiva a una crítica dirigida al liberalismo y el individualismo propios del s. XIX<sup>86</sup> sin mayores implicaciones, de todos modos supondría separar *socialidad* e *individualidad* como si de dos conceptos enfrentados se trataran, lo que no hace otra cosa que faltar al propio concepto de Derecho<sup>87</sup>.

De lo que no cabe duda es que parece ser que la intervención pública se hizo necesaria en aquellas parcelas en las que el principio de libertad contractual y el de autonomía privada no parecían responder adecuadamente al panorama económico y social como, por ejemplo, así se ha considerado en el campo del Derecho contractual referente a la contratación por adhesión y en relación al fracaso del *equilibrio libre*<sup>88</sup>. Por este motivo, para poder comprender debidamente el rumbo que ha tomado y debe tomar el Derecho privado actual, hemos de tener en cuenta y, también, asumir el hecho de que la intervención pública en las relaciones *inter privados* es necesaria, aunque en qué medida deba tener lugar pueda estar por determinar.

Claro es que «el problema de lo social no es un problema de nuestros días»<sup>89</sup>, y tanto igual puede decirse respecto de la formulación de un Derecho privado social<sup>90</sup>. Ocurre, sin embargo, que de un tiempo a esta parte la «cuestión social» ha resurgido con fuerza trasladándose al ámbito

---

<sup>84</sup> MERCADER UGINA, J. R., Op. Cit., pp. 423 y 424, acerca de propuesta de Radbruch de un Derecho social, que rompería la clásica distinción entre Derecho privado y Derecho público.

<sup>85</sup> HERMOGENIANO, *Digesto*, I-V-II.

<sup>86</sup> FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., “Lo social y el Derecho privado”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Núm. 13, 1967-1968, p. 257.

<sup>87</sup> En este sentido, es de interés lo que HAYEK, F., “El atavismo de la Justicia social”, *Democracia, Justicia y socialismo*, Unión Editorial, Madrid, 1977, pp. 35 y ss., sostiene en relación a la llamada «Justicia social», calificándola como inane y vacía de contenido.

<sup>88</sup> WIEACKER, F., *Historia del Derecho privado de la Edad moderna*, Comares, Granada, 2000, p. 495.

<sup>89</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Lo social y sus perspectivas actuales*, Servicio de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1965, p. 46, recogiendo las palabras de Martínez Santoja. Esta observación se proporcionó a mediados de la década de los sesenta del siglo pasado con el fin de mostrar los riesgos de caer en el *actualismo* a la hora de dar solución a cuestiones que, en realidad, no presentan tanta novedad como en principio pudieran aparentar. En este mismo sentido, ORTEGA Y GASSET, J., *La rebelión de las masas*, Austral, Barcelona, 2013, p. 296, advierte de la necesidad de evitar dicho *actualismo*.

<sup>90</sup> Vid. *Supra*.

del Derecho contractual, en concreto, al de la contratación por adhesión. Aquella lucha de clases entre obreros y patronos se nos presenta ahora en el ámbito contractual como una *lucha* entre predisponentes –el empresario- y adherentes –sobre todo, consumidores-. Es más, no parece en absoluto osado realizar comparación semejante si tenemos en cuenta que ciertos rasgos propios del Derecho dirigido a la protección de los consumidores guardan estrecha relación con la normativa laboral. Así, por ejemplo, en lo que concierne a las normas imperativas de protección al consumidor y la relación entre la exclusión social y la especial vulnerabilidad de un determinado grupo de consumidores.

Pero, a pesar de compartir la opinión de que en esta clase de contratación se dan con demasiada frecuencia situaciones que bien pueden calificarse de abusivas y, en consecuencia, injustas, nos parece que concentrar la preocupación en esta circunstancia, es decir, en esta nueva modalidad de «cuestión social», implicaría una desviación del fin último del Derecho, esto es, la Justicia. Al igual que el *problema social* carece de toda novedad, tanto igual sucede en el momento en el que surge la necesidad de proteger al más débil –con fundamento en esta nueva lucha de clases-, ya que la protección suele proceder de la intervención pública en las relaciones entre particulares, por razones ya sean de carácter social o de justicia o de ambas conjuntamente<sup>91</sup>.

#### 4.4. *Visión crítica de las medidas proteccionistas a favor del consumidor.*

Enlazando la necesidad de proporcionar al consumidor instrumentos de protección que garanticen su intervención en el tráfico económico, también hemos de tener presente la discusión acerca de la conveniencia o no de la previsión de normativas de carácter proteccionista. En la actualidad, cuando se discute acerca de esta cuestión la tendencia es enfocarla desde la perspectiva de la protección al consumidor, dejando en un segundo plano el comercio. Recordando a MILL, el comercio es un acto social, de ahí que a lo largo de la historia se hayan justificado, con mayor o menor acierto, distintos tipos de medidas limitadoras de la actividad comercial –como, por ejemplo, la fijación de precios-. Pues bien, una de las críticas provenientes de esta corriente de pensamiento acerca del intervencionismo es que no se estaría limitando en exclusiva la libertad del vendedor, sino que, además, se limita la libertad de los compradores<sup>92</sup>. Por este motivo, a la hora de entrar a valorar la idoneidad de todas aquellas medidas que podemos considerar proteccionistas o paternalistas, resulta imprescindible valorar la totalidad de los efectos que produce una política legislativa proteccionista sobre los propios consumidores.

Si entendemos que el paternalismo consiste en el poder que ejerce el legislador sobre los ciudadanos con el propósito de evitar que éstos lleven a cabo «acciones u omisiones que le(s) dañan a sí mismo(s) y/o le(s) suponen un incremento del riesgo de daño (siendo estos daños de tipo físico, psíquico o económico)»<sup>93</sup>, puede resultar interesante, en este sentido, el denominado «paternalismo asimétrico», que se refiere a una teoría según la cual se pueden configurar

---

<sup>91</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J., *Sociedad de masas y Derecho*, Taurus, Madrid, 1969, p. 288. El autor hace alusión a la «protección de la masa» por parte del Estado Moderno, poniendo el acento en que tal misión se podrá llevar a cabo con una buena o mala orientación.

<sup>92</sup> MILL, J. S., *De la libertad*, Acanalado, Barcelona, 2013, pp. 131 y 132.

<sup>93</sup> ALEMANY, M., “El concepto y la justificación del paternalismo”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 28, 2005, p. 273.

legislaciones diseñadas con el fin de proporcionar una ayuda a los intereses individuales y que pueda generar beneficios para aquellos que no actúan del modo que más conviene a sus propios intereses<sup>94</sup>, mientras que aquellos que se comportan de forma enteramente racional o consciente tendrían que soportar un pequeño perjuicio o, a ser posible, ningún perjuicio<sup>95</sup>. La propuesta relativa al «paternalismo asimétrico», caracterizada por asumir la existencia de un grupo de consumidores que en la toma de sus decisiones se guía por sus propios intereses, contrasta con la postura que entiende que el consumidor, lejos de guiarse por sus propios intereses, con frecuencia toma la decisión equivocada, y no solo debido a una deficiencia en la información<sup>96</sup>.

Aun considerando necesario un sistema de protección de los derechos de los consumidores, entendemos que la corrección de los excesos de poder de los monopolios por parte de los poderes públicos puede tener una lectura que nos aleja de las buenas intenciones iniciales perseguidas.

Con una intensa protección de los intereses particulares de los consumidores se pone en funcionamiento un mecanismo psicológico colectivo a través de un «léxico maternal y proteccionista» y, tal y como apunta BAUDRILLARD, «esta “caridad” burocrática, estos mecanismos de “solidaridad colectiva” –todos ellos, además, “conquistas sociales”- funcionan así, a través de la operación *ideológica* de redistribución, como mecanismos de *control social*. Es como si se sacrificara cierta parte de la plusvalía para preservar la otra, es decir, el sistema global de poder se sostiene en virtud de esta ideología de la munificencia cuyo beneficio se oculta detrás de la “dádiva”»<sup>97</sup>.

En relación con las normas de protección de los consumidores, observamos que, efectivamente, el lenguaje empleado denota claramente este léxico *maternal* y proteccionista, lo que deriva en una *infantilización* o *incapacitación* del consumidor<sup>98</sup>. En esta línea, si desde una perspectiva histórica el paternalismo se fundaba en la consideración de que determinados sujetos, como los menores de edad, incapaces y mujeres, no contaban con capacidad suficiente para la toma de sus propias decisiones, en la actualidad tales medidas, que en buena medida pueden encuadrarse dentro de la noción de «paternalismo», se dirigen a la protección del consumidor.

---

<sup>94</sup> Podemos relacionar esta idea de la racionalidad limitada con la que en numerosas ocasiones parece comportarse el consumidor en sus relaciones contractuales. En este sentido, OLAIZOLA, F., “El Tribunal Supremo, la cláusula suelo, las manos rojas y la psicoeconomía”, *El Notario del s. XXI*, Núm. 50, julio de 2013, pp. 3 y 4.

<sup>95</sup> CAMERER, C. / ISSACHAROFF, S. / LOEWESTEIN, G. / O'DONOGHUE, T. / RABIN M., “Regulation for conservatives: Behavioural economics and the case for asymmetric paternalism”, *Columbia Law and Economics Working Paper*, Núm. 225, & *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 151, 2003, pp. 1211 y ss.

<sup>96</sup> CHATER, N. / HUCK, S. / INDERST, R., “Consumer Decision-Making in Retail Investment Services: a Behavioural Economics Perspective”, DECISION TECHNOLOGY LTD. (Coord.), November 2010.

<sup>97</sup> BAUDRILLARD, J., Op. Cit. pp. 200 y ss. De acuerdo con el autor, instituciones tales como la «Seguridad Social, seguros, protección de la infancia, de la vejez, subsidio por desempleo» emplean dicho léxico. Desde nuestro punto de vista, tanto igual cabría decir acerca de las normas de protección al consumidor.

<sup>98</sup> MAZEAUD, E. et L. / MAZEAUD, J. / CHABAS, F., *Leçons de Droit civil*, Tomo II, Vol. I, Montchrestien, París, 1998, p. 29, en cuanto a que «Or, si l'on examine de près ces textes, on remarque qu'ils ont souvent une double finalité: protéger le consommateur contre le professionnel, certes, mais aussi, indirectement, le protéger contre lui-même. C'est ainsi que le professionnel est présumé être sinon vraiment in fripon, du moins un individu retors et sans scrupules cependant que le consommateur apparaît comme un semi-débile, un incapable en mineur: on l'estime incapable de résister à des sollicitations ou des tentations; on lui permet de reprendre la parole donnée, etc.».

En este sentido, aunque la protección de los menores e incapaces está del todo justificada por razones obvias, nos encontramos con que, más allá del concepto de consumidor medio, se ha introducido una nueva categoría de consumidor: el consumidor vulnerable. De acuerdo con la *Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012, sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables*, «la vulnerabilidad de muchos consumidores nace precisamente de su falta de asertividad y de comprensión de la información que reciben o de las ofertas disponibles, ...». De este modo, siguiendo lo establecido por la referida resolución, la vulnerabilidad del consumidor no tiene porqué fundamentarse en las características personales del mismo, sino que, además, puede suceder que tal vulnerabilidad se produzca con base en el propio objeto de consumo, como ocurre, por ejemplo, en relación a los productos financieros. En particular, se señala la necesidad de introducir «normas más estrictas relativas a la publicidad de los productos financieros sofisticados destinados a los inversores minoristas, que no necesariamente entienden bien el riesgo financiero».

En definitiva, consideramos necesario mantener cierta cautela respecto de algunas de las medidas de protección al consumidor –sobre todo, las que pretenden *reforzarla*–, en el sentido de que, en ocasiones, más bien puede parecer que nos encontramos ante una aparente preocupación del legislador por defender los intereses de los consumidores pues, dadas las circunstancias, la inquietud por proteger al consumidor parece ir encaminada hacia un incremento del consumo.

Ahora bien, una vez hecha esta observación, las reacciones pueden ser de diversa índole. En este sentido, MIQUEL GONZÁLEZ señala que la protección a los consumidores en realidad no consiste en la «protección de personas débiles o inexpertas, como a veces se dice, sino protección del consumo, como función económica, y protección de la competencia, ambos esenciales para el buen funcionamiento del mercado». Así, el autor citado entiende necesario restablecer «la imparcialidad mediante reglas contractuales que otorguen igualdad de trato a las partes»<sup>99</sup>. Por su parte, CABANILLAS SÁNCHEZ pone de relieve que la protección al consumidor a través de medidas sancionadoras implica el riesgo de tener como fundamento consideraciones de tipo político y económico, en vez de responder a los fines de la justicia<sup>100</sup>.

Especialmente crítico, GUILARTE GUTIÉRREZ, a propósito de la *Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación*, reflexiona del siguiente modo: «frente a una cínica hipervaloración del fenómeno consumista, determinante de una acrítica consideración del principio de protección al usuario como un metaprincipio jurídico justificador de cualquier aberración normativa, ha de reconducirse el tema a sus justos cauces y apreciar el fenómeno en

---

<sup>99</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), Colex, Madrid, 2011, p. 716. También en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. / Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Dir.), ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002, p. 437, «en una concepción liberal del contrato, que otorga importancia a la voluntad y libertad individuales, el control de contenido de las condiciones generales se justifica porque el procedimiento empleado al establecer la regla contractual las pone en peligro y también por la necesidad de fomentar la contratación y en su caso, lo que es lo mismo, el consumo».

<sup>100</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 16, Núm. 4, 1983, p. 1197; citando a DE CASTRO, en relación a que la protección derivada de la Administración pública, más que atender a razones de justicia, tiene altas probabilidades de venir marcada por consideraciones políticas y económicas.

cuanto de específico puede tener respecto a los perfiles tradicionales en los que se enmarca la contratación particularizada. Ante el consumo, la consecuencia a extraer y el consejo a ofrecer es el de que no vale todo. Mucho menos si frente a la simplista visión del fenómeno –todo lo relacionado con el consumo se considera obedece a elevados principios de justicia distributiva- quizás quepa ofrecer una visión escasamente altruista del nuevo ordenamiento y pensar que al consumidor se le protege esencialmente para que pueda seguir consumiendo»<sup>101</sup>.

A nuestro juicio, en la línea de la opinión de GUILARTE GUTIÉRREZ, el proteccionismo y las normas *pro consumatore* podrían tener como consecuencia sumir al consumidor en un estado de confianza e inmerecida tranquilidad o despreocupación que, en el ámbito de la contratación, puede producir nefastos resultados. Y he aquí el perjuicio al consumidor del que inicialmente se ha hablado y que sirve de fundamento para cuestionar la adopción de medidas que, en última instancia, más que beneficiar al consumidor, suponen un claro perjuicio para él.

Teniendo en cuenta lo expresado hasta ahora, si en el marco del Derecho civil el principio de autonomía privada y el consentimiento se configuran como fundamentos de las relaciones contractuales, parece haber llegado el momento de preguntarnos si, más que intentar superar aquella asimetría subjetiva a la que continuamente se hace alusión, lo que debería merecer nuestra atención sería precisamente la protección de la autonomía privada del adherente, considerando la contratación por adhesión desde una perspectiva general que no se circunscriba únicamente a la posibilidad del adherente de acudir a los controles de incorporación, contenido y transparencia para la defensa de sus intereses.

## II. LA LIBERTAD EN LA CONTRATACIÓN POR ADHESIÓN.

### 1. Introducción a la noción de libertad en la contratación por adhesión.

Dada la ausencia de negociación en el modelo contractual que nos ocupa y la predisposición total o parcial del contrato por una sola de las partes contratantes, la libertad se pone de manifiesto en esta clase de contratación de modo distinto que cuando el contenido contractual es el resultado de la negociación entre las partes contratantes. Precisamente, este uno de los puntos en los que se ponen de relieve de manera mucho más intensa las diferencias entre una y otra clase de contrato.

En el ámbito de la teoría general de los contratos, de la autonomía privada derivan la libertad de contratar –autodeterminación- y la libertad contractual –autonormación-<sup>102</sup>. Así, la

---

<sup>101</sup> GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia derivada de su no incorporación (Crónica de lo incomprensible)”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 54, Núm. 3, 2001.

<sup>102</sup> Por todos, REVERTE NAVARRO, A., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo XVII, Vol. 1º-A, ALBALADEJO, M. / DÍAZ ALABART, S. (Dir.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, pp. 114 y 115; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. I, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 155; PÉREZ HERESA, J., *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo III-1, Consejo General del Notariado, España, p. 431; MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato*, Tomo I, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, p. 18, CAVALLÉ CRUZ, A., *Instituciones de Derecho privado*, Tomo III, Vol. 2º, DELGADO DE MIGUEL, J. F. (Coord. General), SIMÓ SANTOJA, V. L. (Coord.), Civitas, Madrid, 2005, pp. 62 y ss.



libertad de contratar es el principio informador del Derecho contractual por antonomasia, ya que parte de la consideración de que la persona cuenta con la libertad suficiente para asumir compromisos. La libertad de contratar se encuentra recogida, si bien de manera indirecta, en el artículo 1254 CC<sup>103</sup>, según el cual la existencia del contrato pende del consentimiento prestado por las partes contratantes en relación a la asunción de una obligación en los mismos términos expresados por el artículo 1088 CC. En cambio, la libertad contractual ha de ser entendida en el sentido de la libre determinación del contenido del contrato<sup>104</sup> y que de manera evidente se encuentra reconocida en nuestro artículo 1255 CC.

Aparte de la aludida distinción entre libertad de contratar y libertad contractual, en la contratación por adhesión sucede que tanto una como otra libertad tienen distinto alcance según se trate del predisponente o del adherente, lo cual no ocurriría si nos hallásemos ante un contrato por negociación.

Si tomásemos como referencia las tesis según las cuales el poder del mercado y las consecuencias derivadas de la actual *sociedad de consumo* son de tal relevancia que el consumidor se halla sometido a dicho poder<sup>105</sup>, desde esta perspectiva podría concluirse que tanto la libertad de contratar como la libertad contractual se ven comprometidas de manera prácticamente absoluta en el ámbito de la contratación por adhesión. Aunque, sin necesidad de atender a tales posturas sino simplemente observando lo que se ha demostrado en la práctica, la libertad de contratar y la libertad contractual, propias de los contratos por negociación, no encajan plenamente en el marco de la contratación que nos ocupa. Pero esto no significa que pueda admitirse como válida la opinión relativa al estado de *sometimiento* del adherente, tomando como fundamento la simple adhesión a un contrato. Aparte de que tal afirmación no puede considerarse cierta, conllevaría, además, el reconocimiento de un poder del predisponente que implicaría la total negación de la autonomía privada del adherente, lo cual ni tan siquiera sería conforme a Derecho<sup>106</sup>.

Debido a que las expresiones «libertad de contratar» y «libertad contractual» no reflejan de manera exacta la realidad contractual cuando se produce la predisposición total o parcial del contrato, cabe preguntarse si sería conveniente emplear una terminología diferente para una realidad también diferente. Podría pensarse que ya desde un punto de terminológico estaríamos distinguiendo de forma más clara el contrato por negociación del de adhesión y, además, en la medida de lo posible procuraríamos ir dejando atrás los intentos de encajar el contrato por adhesión en ciertos aspectos de la dogmática del contrato por negociación.

---

<sup>103</sup> ATAZ LÓPEZ, J., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo XVII, Vol. 1º-A, ALBALADEJO, M. / DÍAZ ALABART, S. (Dir.), Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1993, pp. 78 y 79.

<sup>104</sup> REVERTE NAVARRO, A., *Op. Cit.*, pp. 78 y 79.

<sup>105</sup> Vid. *Supra*, acerca de las teorías sobre la materia en el terreno de lo sociológico de autores como, por ejemplo, Baudrillard, Galbraith o Featherstone.

<sup>106</sup> FLUME, W., *Op. Cit.*, pp. 782 y 783, quien sostiene la diferencia entre la «remisión a las condiciones generales» del «sometimiento», siendo inaceptable este último concepto ya que supondría el reconocimiento de un «señorío» del predisponente. Así, argumenta el autor que «esto no sería conforme a Derecho, porque el abandono de la autodeterminación, y el sometimiento a la configuración de relaciones jurídicas por determinación ajena, no son concebibles en Derecho».

Así, en lo que concierne a la contratación por adhesión podría pensarse que es más apropiado referirnos a la «libertad *de* o *para* adherirse» en lugar de la clásica «libertad de contratar» cuando se trata de designar la libertad del adherente en este sentido, dada la ausencia de negociación en esta clase de contratos. Pero ello supondría negar la naturaleza contractual de los contratos por adhesión, lo cual, en nuestra opinión, sería del todo desacertado. Como es sabido, la autonomía privada no se circunscribe a la determinación del contenido contractual por medio de la negociación. Más aún cuando la posibilidad de negociación no implica el aseguramiento de que así suceda efectivamente. En este sentido, un claro ejemplo de la situación descrita se halla en el ámbito de los arrendamientos urbanos para uso de vivienda, cuya legislación, por ejemplo, a través de la *Ley 4/2014, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas*, ha reforzado la libertad de pactos, priorizando la voluntad de las partes. Sin embargo, la *Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos* sigue manteniendo su carácter tuitivo en las cuestiones de mayor relevancia, pretendiendo, tal y como se dispone en su Preámbulo, el «*equilibrio adecuado en las prestaciones de las partes*».

En relación a la libertad contractual, siendo el predisponente la parte contratante que configura el contenido del contrato, éste tiene limitada su libertad contractual con base en las normas relativas a los deberes precontractuales y contractuales de información, así como ha de tenerse presente los requisitos derivados de los controles de incorporación –*ex* artículo 80 del *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (en adelante, TRLGDCU), los artículos. 5 y 7 de la *Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación* (LCGC en lo sucesivo)-, de transparencia –creación de la doctrina jurisprudencial como desarrollo del artículo 4.2 de la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* (Directiva 93/13/CEE en adelante)- y el control de contenido –artículos 82 y ss. TRLGDCU-.

Ahora bien, centrándonos en la figura del adherente, se observa que la libertad contractual se halla anulada apriorísticamente en la contratación por adhesión. Es claro, entonces, que la libertad contractual queda por completo comprometida en lo que atiene al adherente, ya que el contenido del contrato es resultado de la prerredacción realizada por el predisponente, a lo que ha de sumarse el hecho de que la predisposición suele abarcar la totalidad del clausulado<sup>107</sup>.

En consecuencia, en cuanto a la nula libertad contractual del adherente en los contratos por adhesión, la antinomia parece encontrarse en el propio concepto de contrato por adhesión, aunque dicha afirmación solo podría ser válida basándonos en la clásica concepción de la libertad en la contratación. Sin embargo, ello sería admitir, de acuerdo con la más básica lógica proposicional, que estamos ante un contrato *si y solo si* las partes gozan de plena libertad contractual. Obviando, por tanto, que el adherente, en principio, goza de libertad de contratar y que la eficacia del contrato pende, no ya de la facultad que otorga lo previsto por el artículo 1255

---

<sup>107</sup> En este sentido, MESSINEO, F., *Op. Cit.*, p. 18, «como hay varias acepciones del concepto de libertad contractual, así hay varios significados del concepto de límite a la libertad contractual», entre dichas limitaciones, señala el autor que, «un primer límite está constituido por los casos en que –(...)– el esquema del contrato está preparado, en todo o en parte, por uno solo de los contratantes, de manera que le otro no sea admitido a concurrir en su determinación».

CC acerca de que las partes establezcan el contenido del contrato, sino del consentimiento que hubieren prestado al mismo conforme a lo establecido por los artículos 1254 «el contrato existe desde que una o varias personas consiente en obligarse, respecto de otra y otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio»- y 1262.1 CC «el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato»-.

## 2. Libertad de contratar: necesidad *versus* libertad.

Conforme a lo que se ha apuntado en relación a la libertad de contratar, ciertamente encontramos parcelas en las que la libertad para proceder o no a la contratación de un bien o servicio se ve absolutamente limitada hasta el punto de poder entender que el adherente se ve *obligado* a contratar, a pesar de no estar verdaderamente conforme con parte -o gran parte- de las condiciones del contrato, ya que en numerosas ocasiones el objeto del mismo se refiere a un bien o servicio que el adherente *necesita* y ello conduce a que, en caso de un posible desacuerdo con respecto a alguna de las cláusulas del contrato, el adherente acepte igualmente dada esta aludida necesidad<sup>108</sup>. He aquí donde hallamos una de las cuestiones que más preocupación ha suscitado y sigue suscitando a la doctrina, ya que afecta a la esencia misma del contrato, esto es, a la autonomía privada, si bien es cierto que la iniciativa legislativa sobre todo se ha centrado en el desequilibrio entre empresario y adherente<sup>109</sup>. Pero esta cuestión, acerca de la necesidad de contratar del adherente, como decimos, ha sido señalada de manera reiterada a la hora de poner de manifiesto los problemas que se derivan de la contratación por adhesión. Así, en nuestra jurisprudencia se observa que con bastante asiduidad se recurre a la expresión «*take it or leave it*», para hacer referencia al dicho popular «lo tomas o lo dejas»<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> Entre otros, ROYO MARTÍNEZ, M., “Contratos de adhesión”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 2, Núm. 1, 1949, p. 58; DE CASTRO Y BRAVO, F., “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 14, Núm. 2, 1961, p. 322; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. I, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 166; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “¿Una nueva doctrina general del contrato?”, *Ensayos Jurídicos*, Tomo II, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 2171; SIMÓ SANTOJA, V. L., *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo III, Vol. 1º, DELGADO DE MIGUEL, J. F. (Coord. General), SIMÓ SANTOJA, V. L. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002, p. 22; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. / Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Dir.), ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002, p. 100.

<sup>109</sup> Según la Exposición de Motivos de la LCGC, «la protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica», omitiendo mención alguna a la libertad.

<sup>110</sup> El empleo de la expresión por parte de nuestros tribunales parece tener su origen en la SAP Oviedo de 30 de diciembre de 2008 (Núm. 376/2008), y que el Tribunal Supremo, al conocer del recurso de casación interpuesto contra la misma, reproduce en su sentencia de 25 de noviembre de 2011 (Núm. 842/2011). A partir de ahí y, sobre todo, tras la STS de 9 de mayo de 2013 (Núm. 241/2013), se utiliza, entre otras muchas, en las siguientes sentencias: SAP Cuenca de 30 de julio de 2013 (Núm. 209/2013); SAP Bilbao de 30 de junio de 2014 (Núm. 429/2014); SAP Soria de 28 de mayo de 2015 (Núm. 50/2015); SAP Sevilla de 16 de junio de 2015 (Núm. 239/2015); SAP Vitoria-Gasteiz de 14 de julio de 2015 (Núm. 263/2015); SAP Cádiz de 3 de septiembre de 2015 (Núm. 376/2015); SAP Logroño de 9 de octubre de 2015 (Núm. 224/2015); SAP Madrid de 13 de octubre de 2015 (Núm. 279/2015); SAP Jaén de 10 de noviembre de 2015 (Núm. 491/2015); SAP Barcelona de 17 de diciembre de 2015 (Núm. 294/2015); SAP Gerona de 17 de diciembre de 2015 (Núm. 307/2015); SAP Sevilla de 5 de febrero de 2016 (Núm. 56/2016); SAP Barcelona de 17 de marzo de 2016 (Núm. 62/2016); SAP Palma de Mallorca de 22 de marzo de 2016 (Núm. 81/2016); SAP Bilbao de 25 de mayo de 2015 (Núm. 327/2016); SAP Madrid de 27 de mayo de 2016 (Núm. 208/2016); SAP Salamanca de 30 de junio de 2016

Determinar en qué momento estamos ante un contrato cuyo objeto es necesario para el adherente no es tarea fácil. Sobre este extremo, podríamos acudir, por ejemplo, a la relación de bienes y servicios a los que, de acuerdo con el artículo 91 de la *Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido*, se les aplica los tipos impositivos reducidos. Sin embargo, en tales artículos no se incluyen bienes y servicios que perfectamente pueden tener la consideración de *necesarios*, como pueda ser, por ejemplo, el suministro eléctrico.

Por otro lado, hay clasificaciones de los bienes y servicios de consumo que se basan en dos premisas, a saber, el «grado de durabilidad y su grado de prescindibilidad»<sup>111</sup>, de tal manera que pueden distinguirse dos grupos de bienes y servicios: a) de una parte, los no duraderos y los denominados «consumos no ajustables»; b) y, de otra, los no duraderos no esenciales y los duraderos y semiduraderos<sup>112</sup>.

Los consumos no ajustables son aquellos que se caracterizan por referirse a los contratos celebrados en períodos en que la economía se encuentra en alza y que, al entrar en una fase de recesión, en caso de que el precio variase, lo haría de manera prácticamente inapreciable, por lo que se trata de contratos cuya carga patrimonial, acerca de la que ha de soportar el consumidor, destaca por su «elevado grado de rigidez»<sup>113</sup>.

A pesar de la aparente validez de esta última distinción, debido a que dentro de los consumos no ajustables se incluyen servicios como el de energía eléctrica, la realidad sobre sus precios nos muestra que, en contra de la afirmación acerca de su escasa variabilidad, en los últimos años se ha apreciado un notable incremento del precio de la energía eléctrica, en contraste con la grave crisis económica que ha venido padeciendo nuestro país. Así, durante el período 2008 a 2014, «los precios de la electricidad (con IVA) para los clientes residenciales españoles aumentaron en más del 50%», lo que repercute de manera indiscutiblemente negativa en los pequeños consumidores, «ya que, en términos económicos, son los que tienen una menor elasticidad de demanda, es decir, que su consumo no baja mucho cuando sube el precio»<sup>114</sup>.

---

(Núm. 322/2016); SAP Logroño de 29 de julio de 2016 (Núm. 175/2016); SAP Salamanca de 26 de septiembre de 2016 (Núm. 368/2016); SAP San Sebastián de 1 de diciembre de 2016 (Núm. 292/2016).

<sup>111</sup> GONZÁLEZ MÍNGUEZ, J. / URTASUN, A., “La dinámica del consumo en España por tipos de productos”, *Boletín Económico* 9/2015, Banco de España, septiembre 2015, p. 70, distinción que guarda gran similitud con la realizada por BILS, M., Y KLENOW, P. J., “Using consumer theory to test competing business cycle models”, *Journal of Political Economy*, 1998, Vol. 106, Núm. 2, pp. 233 y ss.

<sup>112</sup> GONZÁLEZ MÍNGUEZ, J. / URTASUN, A., Op. Cit., p. 71, según los autores, los bienes y servicios se pueden clasificar en: 1. No duraderos de primera necesidad, entre los que se encuentran los alimentos y bebidas no alcohólicas, medicamentos y otros productos farmacéuticos, aparatos y material terapéutico, los servicios de transporte y la educación; 2. Duraderos no esenciales; 3. Duraderos y semiduraderos y, en último lugar, 4. No ajustables: vivienda, agua, electricidad, gas y otros combustibles. No obstante, de acuerdo con esta distinción, los servicios de teléfono y fax entran en la categoría de «no duraderos no esenciales», lo que, desde la perspectiva contractual, no se acomoda a la realidad de que se trata de un servicio prestado, en la práctica mayoría de las veces, tras la celebración de un contrato de tracto sucesivo. Y, por otro lado, de acuerdo con la realidad social del momento, el servicio de telefonía más bien alcanzaría el rango de bien o servicio esencial.

<sup>113</sup> GONZÁLEZ MÍNGUEZ, J. / URTASUN, A., Op. Cit., p. 69.

<sup>114</sup> ROBINSON, D., “Análisis comparativo de los precios de la electricidad en la Unión Europea y en Estados Unidos: Una perspectiva española”, octubre 2015, Enlace Web: <https://cdn.20m.es/adj/2015/10/20/3382.pdf>, pp. 46 y 52 y ss. Además, de acuerdo con el autor, el incremento del precio de la energía eléctrica «está en gran medida relacionado con la introducción de costes para sufragar ciertas políticas públicas». Continúa el autor sostienen que «el dinero que el gobierno recauda a través de la tarifa eléctrica (mediante la cuña gubernamental)

Pero una clasificación que se limitase a distinguir entre bienes y servicios de primera necesidad o de consumo necesario y los que se podrían calificar como secundarios no se ajustaría a los propósitos de la hipótesis que aquí se plantea. La razón no es otra que, ante determinados supuestos, se da la obligatoriedad legal de contratar. En este sentido, por ejemplo, conforme a lo dispuesto por el artículo 2 del *Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor* -en lo sucesivo, LRCSCVM-<sup>115</sup>, en nuestro ordenamiento jurídico se prevé el *deber de suscripción de seguro obligatorio*, en los supuestos así determinados por la ley<sup>116</sup>. De este modo, la limitación de la libertad para contratar del adherente, viene determinada por la previsión de una serie de contratos forzosos que, con frecuencia, suelen consistir en contratos por adhesión<sup>117</sup>.

En términos generales, parece que puede apreciarse dentro de esta *necesidad* a la que se alude dos bloques principales de contratos que plantean una limitación de la libertad del adherente, en el sentido de que, independientemente de su conformidad con el clausulado del mismo, éste se ve en la tesitura de *tener* que celebrar el contrato. Así, de una parte encontraríamos un grupo de contratos que se refieren a bienes y servicios esenciales, entre los que se encuentran, por citar algunos ejemplos, el suministro eléctrico, agua, gas o, incluso, telefonía; y, de otra parte, están los contratos que han de celebrarse por imperativo legal, como sucede respecto de los seguros obligatorios de responsabilidad civil<sup>118</sup>. Sobre estos últimos contratos, ocurre entonces que el adherente ve mermada de manera considerable su autonomía privada, dado que se encuentra frente a lo que se conoce como un «contrato forzoso», si bien, como señala BERCOVITZ, ello no

---

para financiar distintas políticas públicas, es un impuesto financiado principalmente por los consumidores de menor tamaño, como son los consumidores residenciales», de tal manera que nos encontramos con que «este sistema impositivo es claramente regresivo».

<sup>115</sup> De acuerdo con el artículo 2.1 del LRCSCVM, «todo propietario de vehículos a motor que tenga su estacionamiento habitual en España estará obligado a suscribir y mantener en vigor un contrato de seguro por cada vehículo de que sea titular, que cubra, hasta la cuantía de los límites del aseguramiento obligatorio, la responsabilidad civil a que se refiere el artículo 1. (...)»

<sup>116</sup> Según CALZADA CONDE, M. Á., *Contratos Mercantiles*, Tomo III, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.), CALZADA CONDE, M. Á. (Dir. Adjunta), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 658, «hay que tener muy presente que la instauración de seguros obligatorios se produce en relación con determinados sectores en los que el desarrollo de ciertas actividades ligadas normalmente al creciente desarrollo industrial y tecnológico, es o puede ser fuente de numerosos y graves daños, frente a los que se origina una acusada sensibilidad social y para los que, además, no resultan adecuados el tradicional régimen de la responsabilidad por culpa».

<sup>117</sup> Sobre los contratos forzosos, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «La autonomía privada y el Derecho necesario en la LAU», *Ensayos Jurídicos*, Tomo II, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 1691, «el poder autónomo de constitución puede verse también limitado, cuando la ley lo que hace no es prohibir o impedir la celebración de negocios, sino imponer coactivamente determinadas relaciones jurídicas a los individuos. Nos hallamos en tal caso ante los actos de constitución forzosa de relaciones, también llamados contratos forzosos».

<sup>118</sup> Por citar algunos ejemplos de esta clase de contratos, en primer lugar, el ya mencionado seguro obligatorio de responsabilidad civil, conforme a lo previsto por el artículo 2 LRCSCVM; la obligación de los promotores que perciban cantidades anticipadas en la construcción de toda clase de viviendas de suscribir un contrato de seguro de caución, según la Disposición Adicional Primera de la *Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*; el seguro de responsabilidad civil por daños a terceros como requisito necesario para la obtención de la licencia administrativa para la tenencia de animales potencialmente peligrosos, según el artículo 3.1.d) de la *Ley 50/1999, de 23 de diciembre, sobre el Régimen Jurídico de la Tenencia de Animales Potencialmente Peligrosos*; el seguro obligatorio que todo cazador con armas habrá de concertar de acuerdo con el artículo 52.1 de la *Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza*.

impide que el destinatario de la norma «en ocasiones disponga de un margen para elegir con quien contrata, así como negociar en mayor o menor medida el contenido contrato en cuestión»<sup>119</sup>. El problema radica en que en la mayor parte de los casos el contenido del contrato rara vez será susceptible de negociación, lo cual nos lleva a una doble restricción: en lo que respecta a la libertad de contratar por medio de la imposición legal de celebrar un determinado contrato y, por otro lado, la libertad contractual -imposibilidad de influir en el contenido del contrato-.

No en vano, según lo expuesto hasta ahora, no parece que podamos llegar a la conclusión de que la contratación por adhesión lleve implícita la restricción de la libertad del adherente para celebrar el contrato. Lo que sucede en este ámbito de la contratación es que, al hecho de que el adherente no pueda influir en el contenido contractual, se le suma que el objeto de determinados contratos se refiere a bienes y servicios que consideramos indispensables o bien que por imperativo legal el adherente ha de proceder a la suscripción de un contrato determinado, de manera que no se da la opción de no llegar a contratar. Pero, como decimos, dicha limitación de la libertad de contratar del adherente no viene determinada por la propia esencia del contrato por adhesión, sino que proviene de causas externas al mismo. La necesidad o la obligatoriedad consisten en unos obstáculos insalvables a la posibilidad del adherente de decidir si celebrar un contrato o no, descartando, por supuesto, la necesidad que tiene un origen meramente psicológico referido al *deseo* por obtener un bien o servicio.

Lo que verdaderamente puede considerarse causa de limitación de la libertad de contratar del adherente es una ley de la oferta y de la demanda viciada, sin que el adherente tenga verdadera opción de elegir entre distintas ofertas pudiendo valorar cuál de ellas se ajusta mejor a sus necesidades. En este sentido, compartimos la idea de que «la autodeterminación contractual no se identifica con la negociación, sino con la competencia, esto es, con la posibilidad de elegir entre diferentes ofertas en un mercado»<sup>120</sup>. Sobre la libertad de contratar del adherente, de nuevo nos encontramos ante una causa extrínseca al contrato por adhesión. No obstante, entendemos que, efectivamente, las normas sustantivas de protección al adherente no solo tienen por finalidad la protección de éste en el seno de una relación contractual sino que, además, dicho sistema de protección ha sido ideado teniendo en cuenta la eventual falta de competencia en lo concerniente al propio contenido contractual de los distintos contratos que se ofertan en relación a un determinado bien o servicio<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Tratado de contratos*, Tomo I, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 121.

<sup>120</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 66 y 76, al igual que en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. / DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Dir.), ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002, pp. 83 y ss.; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Tratado de Contratos*, Tomo II, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1594, basándose en la citada obra de Flume. Así, de acuerdo con FLUME, W., Op. Cit., p. 34, «en el tráfico de bienes y servicios, en general se encuentran frente a frente contratante de desigual poder económico. Pero sólo por eso no se vulnera el poder de autodeterminación, si gracias al orden económico, que descansa en la autonomía privada, el mercado neutraliza el poder económico del más fuerte».

<sup>121</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. / DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Dir.), ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002, p. 899. Aunque hemos de tener en cuenta que el poder de mercado de las empresas hace que la competencia no se manifieste tal y como se representa desde un plano ideal, ya éstas gozarán siempre de cierto

### 3. Alcance de la libertad contractual en los contratos por adhesión.

#### 3.1. Fundamento ético-jurídico de los límites a la libertad contractual del predisponente.

El fenómeno de la contratación en masa o en la que se emplean condiciones generales de la contratación implica una importante repercusión de la actuación llevada a cabo por el predisponente, dado que en el ejercicio de su libertad establece el contenido de un contrato que se celebrará, probablemente, con un elevado número de personas.

Los límites a la libertad y la correlativa responsabilidad del predisponente derivada de su actuación en ejercicio de la referida libertad contractual –autonormación-, dado su amplio ámbito de actuación, ha de ser proporcional a las importantes consecuencias económicas y sociales que van más allá de la relación contractual que nazca entre el predisponente y un adherente en concreto. Precisamente por este motivo, aunque al predisponente se le presupone plena libertad para determinar el contenido del contrato –aunque limitada por el artículo 1255 CC y, en consecuencia, las disposiciones relativas al deber de información, entre otras normas-, en el caso de que el adherente sea un consumidor o bien cuando el objeto del contrato revista cierta complejidad o sea de un elevado valor patrimonial, desde un punto de vista formal, el deber de información que jurídicamente se le exige al predisponente limitará en mayor o menor medida su libertad contractual. Y, desde una perspectiva material, encontramos, por ejemplo, el control de contenido sobre los elementos no esenciales de los contratos por adhesión o bien el control sobre el tipo de interés remuneratorio en los contratos de préstamo y similares acerca de la represión de la usura.

La libertad, como principio metajurídico que es, puede ser conceptualizada partiendo desde las más diversas perspectivas. Aun así, en lo que concierne al ámbito de la contratación, de acuerdo con DE CASTRO, «el dogma de la autonomía de la voluntad tiene una base muy sólida; va unido íntimamente a la libertad de la persona, es una manifestación necesaria del respeto que a ésta le es debido y puede afirmarse que, por ello, constituye el centro mismo del Derecho privado»<sup>122</sup> -en esta relación entre libertad y autonomía privada, el valor de la autonomía privada es considerado de manera incuestionable dado que la libertad es inherente a la propia persona<sup>123</sup>-.

---

margen de actuación que podríamos definir como «independencia de comportamiento con respecto de sus consumidores y sus clientes», según ORTIZ BLANCO, L. / MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. / IBÁÑEZ COLOMO, P. / LAMADRID DE PABLO, A., *Manual de Derecho de Competencia*, Tecnos, Madrid, 2008, p. 52.

<sup>122</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., “Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el proyecto de la Ley Uniforme sobre la venta”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 11, Núm. 4, 1958, p. 1010, en relación a la inexactitud de la afirmación relativa a que el dogma de la autonomía de la voluntad «nació con Grocio, que es divulgado por Rousseau y Kant y que triunfa con la Revolución Francesa y el Código de Napoleón», de ahí que, según lo reflejado, señale el autor que la autonomía de la voluntad de donde nace es de la libertad de la persona.

<sup>123</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo II, Consejo General del Notariado, España, 2012, pp. 349 y ss., apunta que la autonomía privada se compone de «una serie de presupuestos socioeconómicos, éticos e institucionales» de diversa índole. Tales presupuestos son la libertad, la igualdad y la justicia. Acerca de la libertad, afirma el autor, ésta es «condición inherente a la naturaleza humana».

La noción de contrato por negociación se debe principalmente al iusnaturalismo racional y al liberalismo<sup>124</sup>. Desde una perspectiva amplia, el iusnaturalismo, en todas sus vertientes, ha sido criticado debido a que se dirige a la distinción entre lo justo y lo injusto, lo cual lleva a un inagotable debate acerca de qué debe entenderse por justicia<sup>125</sup>. En este sentido, como bien señala GARCÍA DE ENTERRÍA, a pesar de los esfuerzos en crear un sistema predominantemente deductivo para dar respuesta a problemas concretos e incluso considerando el Derecho como el conjunto de respuestas a tales problemas, «siempre queda intacta e inaccesible la *Grundaporie*, la aporía o problema fundamental del Derecho, que consiste en determinar qué es lo justo»<sup>126</sup>. De este modo, a pesar de las críticas al iusnaturalismo, a la hora de valorar la libertad contractual, esto es, la libertad para establecer el contenido de un contrato, no cabe duda de que es altamente contraproducente evitar los juicios de valor esquivando, además, los aspectos morales del Derecho, ya que supone dar por válidas las concepciones vigentes sin que trascienda su idoneidad o no.

Así pues, lejos de lo que puede denominarse la «tesis fuerte» del positivismo jurídico<sup>127</sup>, sobre el ejercicio de la libertad sabemos que en las teorías aristotélico-tomistas subyace la idea de justicia como valor supremo. Conscientes de que estas posturas presentan la justicia como un principio formal, de tal manera que podría entenderse que *pecan* de cierta tautología<sup>128</sup>, no es menos cierto que la libertad, como tal, en ningún momento debe entenderse como un valor de carácter absoluto<sup>129</sup>. De tal manera que esta clase de concepciones insertan aspectos morales y éticos en las relaciones jurídico-privadas, sirviendo de equilibrio ante las pretensiones exclusivamente económicas o lucrativas -piénsese, por ejemplo, en el principio de buena fe, donde la ética y lo jurídico se encuentran, contribuyendo, precisamente, a la moralización de las relaciones económicas y, en consecuencia, al sometimiento de las mismas a la justicia<sup>130</sup>.

En este punto se pone de manifiesto el papel que cumplen los principios generales del Derecho en cuanto a la necesidad de someter el Derecho natural a un proceso de conversión

---

<sup>124</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., Op. Cit., pp. 312 y 313.

<sup>125</sup> Al respecto, MARTÍNEZ ROLDÁN, L. / FERNÁNDEZ SUÁREZ, J. A., *Curso de teoría del Derecho*, Ariel, España, 2012, p. 44, señala que, «en realidad, no participamos de ninguna suerte de evidencia universal acerca de aquello en lo que consista lo bueno y lo justo, o si prefiere, no existe un acuerdo acerca de cuáles sean los verdaderos dictámenes de la naturaleza racional, con lo que los contenidos acerca de lo justo a los que llegan los distintos iusnaturalistas –pensemos p. ej., en Aristóteles y Pufendorf- y todo aquello que se embarque en la empresa de definición de las normas buenas o de la justicia variarán al albur de las ideologías, la fe, las creencias o los intereses de quienes establezcan en cada momento tales contenidos».

<sup>126</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 56 y 57, tomando como referencia la obra de Viehweg, T., *Topik und Jurisprudenz*.

<sup>127</sup> De acuerdo con RÓDENAS, Á., ¿Qué queda del positivismo jurídico?, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 26, 2003, p. 417, «la “versión fuerte” de la tesis de las fuentes del positivismo jurídico no sería sino una interpretación radical de las tesis hartiana de las fuentes sociales, es decir, de un conjunto de acciones de los miembros de dicha sociedad, que *pueden* ser descritos sin recurrir a la moralidad, ni, en general, a los juicios evaluativos».

<sup>128</sup> MARTÍNEZ ROLDÁN, L. / FERNÁNDEZ SUÁREZ, J. A., Op. Cit., pp. 216 a 220.

<sup>129</sup> Aunque la siguiente formulación sea muy simple, nada tiene de incierta: «la libertad del individuo debe tener el límite de que no perjudique a otros», según MILL, J. S., *De la libertad*, Acantilado, Barcelona, 2013, pp. 80 y 81.

<sup>130</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. I, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 9.



jurídica para así influir en el proceso de concreción técnica de la norma<sup>131</sup>. De este modo, a nuestro juicio, la justificación de los límites a la libertad contractual del predisponente debe ir más allá de la simple asunción de una posición aventajada del predisponente; esto es, tales límites responden a un fin de mayor envergadura: más que la igualdad o justicia distributiva, se invoca aquí la justicia. La justicia entendida como resultado, principalmente, de una «dialéctica real y racional entre libertad e igualdad»<sup>132</sup>.

Dentro del iusnaturalismo cristiano, en la distinción entre libertad y libre albedrío se observa la relación entre el ejercicio de la libertad y la responsabilidad inherente al mismo. Para SANTO TOMÁS, «el libre albedrío puede elegir entre cosas diversas, conservando siempre su ordenación al fin, es algo que pertenece a la perfección de la libertad. En cambio, elegir entre algo apartándose de su ordenación al fin, y en esto consiste el pecado, es un defecto de libertad»<sup>133</sup>. De manera similar, GARCÍA BAÑÓN considera que «el libre albedrío es potencia que tiende a actualizarse, a perfeccionarse, mediante el ejercicio de la libertad, que es autodirección al bien»<sup>134</sup>. De lo expuesto se colige que, para el ejercicio de la libertad propiamente dicha, ésta necesariamente habrá de estar dirigida al bien, de lo contrario –y abandonando la noción de *pecado* propio del cristianismo–, estaríamos ante una actuación que podría ser calificada como vicio o defecto de la libertad.

Hemos apuntado que las teorías aristotélico-tomistas se caracterizan por una abstracción que, de manera inevitable, plantean nuevos interrogantes –tales como qué habremos de entender entonces por *bien* o por *justicia*–. No en vano, acerca del *bien*, éste ostenta el rango de fin o propósito; pero es que, además, el objetivo sería alcanzar el bien común, lo que se entiende como un rechazo a las tesis propias del individualismo<sup>135</sup> o, desde nuestro punto de vista, como un rechazo a una incorrecta interpretación del individualismo.

En esta dicotomía entre bien individual y bien común, consideramos que la postura más adecuada, por equilibrada, es la que entiende que bien común y bien individual en realidad son la misma cosa. Es decir, nos acogemos a CAVALLÉ CRUZ en cuanto a que «no existe antítesis entre el bien común y el bien de cada hombre», de manera que tanto uno como otro han de «armonizarse de tal modo que no exista conflicto entre ellos»<sup>136</sup>. Y precisamente en esto se basan los límites a la autonomía privada, en que la libertad ni, por tanto, tampoco la autonomía privada son valores absolutos, sino que en todo caso deberán manifestarse respetando los «límites ajustados a principios éticos y de carácter social»<sup>137</sup>, de ahí que los artículos 7.1 y 1255 CC operen como limitadores de la autonomía privada. Al respecto, la STS de 10 de enero de 2011 (Núm.

---

<sup>131</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Op. Cit., pp. 60 y ss.

<sup>132</sup> DÍAZ GARCÍA, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1988, p. 365.

<sup>133</sup> SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología*, I-I, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2001, C. 62, a. 9, p. 578.

<sup>134</sup> GARCÍA BAÑÓN, A., “Concepción unitaria del contrato”, *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, Vol. V, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, pp. 297.

<sup>135</sup> GARCÍA BAÑÓN, A., Op. Cit., p. 273, relaciona el autor la decadencia del liberalismo con el hecho de que éste parece no tener en cuenta que «la libertad sólo puede comprenderse en el ámbito del fin, en el ámbito del bien, no ya del individual, sino también del común».

<sup>136</sup> CAVALLÉ CRUZ, A., *Instituciones de Derecho privado*, Tomo III, Vol. 2º, DELGADO DE MIGUEL, J. F. (Coord. General), SIMÓ SANTOJA, V. L. (Coord.), Civitas, Madrid, 2005, p. 22.

<sup>137</sup> CAVALLÉ CRUZ, A., Op. Cit., p. 61.

868/2010), pone de relieve que, efectivamente, «en nuestro sistema, como regla, rige el principio de libertad autonormativa en méritos de la cual, como regla, son las partes las que definen el equilibrio contractual y las mutuas contraprestaciones». Sin embargo, continúa la sentencia señalando que «esta regla, debilitada cuando una de las partes ostenta la condición de consumidor y la otra la de profesional o empresario, también sufre ciertas restricciones en aquellos casos en los que el legislador ha creído conveniente fijar ciertas reglas imperativas para tutelar la posición de ciertos empresarios frente al libre juego de las reglas del mercado».

### 3.2. Materialización de la relativa libertad contractual del predisponente.

La consabida limitación a la autonomía privada contenida en el artículo 1255 CC adquiere una especial relevancia en la contratación por adhesión, sobre todo en lo que concierne a los contratos de consumo –habida cuenta de que el primero de los límites a la autonomía privada es la ley-<sup>138</sup>. La autonomía privada del predisponente, referida a su libertad contractual, se encuentra limitada por un gran número de normas imperativas cuyo fundamento reside, según la postura doctrinal que se adopte, en la protección de la libre competencia en el mercado o bien en garantizar la justicia en las relaciones contractuales nacidas de la celebración de un contrato con un consumidor y, asimismo, se ha previsto un régimen de control de condiciones generales y cláusulas predispuestas, estableciéndose unos requisitos tanto formales como materiales que esta clase de cláusulas contractuales ha de observar en todo caso.

En términos generales, se pueden distinguir tres grupos de normas que ponen coto a la libertad contractual del predisponente. En primer lugar, están las normas específicas relativas a la contratación por adhesión, y que se encuentran contenidas en la LCGC y en los artículos 80 y ss. TRLGDCU; en segundo término, contamos con un conjunto de normas a observar por el empresario que establecen un deber de información específico cuando la otra parte contratante sea un consumidor –artículos 60 y ss. TRLGDCU-; y, en último lugar, se encuentra la normativa sectorial de aplicación a cada contrato concreto, que establece un contenido mínimo de la información a proporcionar y el modo en que ésta deba facilitarse –tal y como sucede, por ejemplo, respecto de los contratos bancarios-.

Por tanto, la libertad contractual que, tal y como hemos venido señalando, nunca se ha manifestado de manera absoluta, en el momento en que nos trasladamos a la contratación por adhesión entre empresario y consumidor, y en contraste con las limitaciones de la autonomía privada del adherente –destacando su nula libertad contractual-, la libertad contractual se presenta para el predisponente de forma mucho más restringida de lo que correspondería en la contratación

---

<sup>138</sup> En este mismo sentido, DÍAZ RUIZ, E., “Autonomía de la voluntad, contratación bancaria y condiciones generales”, *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo II, Consejo General del Notariado, España, 2012, pp. 562 y 563. Según el autor, respecto del principio de autonomía privada, «este principio se encuentra en la actualidad enormemente matizado, cuando claramente restringido, por razón de la legislación protectora de los consumidores y usuarios (sin que esta matización o restricción sea, en sí misma, negativa), a la vez que sujeto a limitaciones también especiales, incluso cuando la contraparte de la entidad de crédito no es un consumidor, pero se utilizan condiciones generales de la contratación, circunstancia muy habitual en la práctica bancaria».

por negociación -aunque hoy día abunda de igual modo la normativa sectorial aludida en relación con la contratación por negociación-

Sobre el sistema de control de condiciones generales y cláusulas predispuestas, en primer lugar, procederá aplicar el control de incorporación o de inclusión previsto en los artículos 5 y 7 LCGC y en el artículo 80.1.a) y b) TRLGDCU. Se trata de un control formal en el que se exige el cumplimiento de una serie de requisitos relativos a la aceptación del contenido contractual, la accesibilidad y legibilidad y al modo en que haya de redactarse las cláusulas contractuales de forma que la información se ajuste a los «criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez» -artículo 5.5 LCGC y, en sentido similar, el artículo 7.b) LCGC y el artículo 80.1.a) TRLGDCU-. En caso de incumplimiento de los deberes descritos, la condición general o cláusula predispuesta controvertida no quedará incorporada al contrato. Aparte de este control formal, serán de aplicación el control de contenido y el control de transparencia –ambos, controles materiales- en los que se examinará la abusividad de la cláusula de que se trate. Tal juicio de abusividad, en relación al control de transparencia, se refiere a la comprensibilidad de la misma que, en caso de no ser comprensible y dicha circunstancia provoque en el adherente una percepción errónea de las cargas económicas y jurídicas del contrato, la cláusula será declarada nula por abusiva<sup>139</sup>. Por otro lado, en sede del control de contenido, se ha previsto la nulidad de pleno derecho todas aquellas cláusulas que impliquen la contravención del principio de buena fe y que, además, «causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato» -*ex* artículo 82.1 TRLGDCU-<sup>140</sup>.

Estos límites a la libertad contractual del predisponente no requieren mucha más justificación que la nula libertad contractual del adherente y la evidente necesidad de salvaguardar el equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes contratantes<sup>141</sup>. En este sentido, los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, que prevén la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y el deber de los Estados miembros de velar por la previsión de medios adecuados y eficaces para el cese del uso de cláusulas abusivas, respectivamente. Pues bien, al

---

<sup>139</sup> El control de transparencia, que es de creación jurisprudencial y se debe a la STS de 9 de mayo de 2013 (Núm. 241/2013), se define «*como parámetro abstracto de validez de la cláusulas predispuesta, (...), (que) cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo*». Aunque el control de transparencia ha sido plenamente asimilado por nuestro ordenamiento jurídico, no cabe duda de que dicho control no ha terminado de quedar plenamente configurado.

<sup>140</sup> Se recoge un listado –*numerus apertus*- de cláusulas abusivas en los artículos 85 a 90 TRLGDCU: «por vincular el contrato a la voluntad del empresario», «por limitar los derechos básico del consumidor y usuario», «por falta de reciprocidad», «sobre garantías», las «que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato» y «sobre competencia y derecho aplicable».

<sup>141</sup> Así, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), Colex, Madrid, p. 715, acerca del control de contenido, «no se trata de un control previsto para supuestos especialmente inocuos, sino para restablecer un equilibrio entre los derechos y obligaciones impuestos por el contrato y los que resulten del Derecho dispositivo aplicable sin la cláusula abusiva».

respecto, en las Conclusiones de la Abogado General de 14 de mayo de 2009, C-40/09, *Asturcom Telecomunicaciones*, se indica que tales preceptos «constituyen, desde el punto de vista de la dogmática jurídica, disposiciones coercitivas del Derecho derivado para proteger a los consumidores, que tienen como consecuencia una limitación de la libertad contractual como reflejo más importante de la autonomía privada».

En segundo lugar, en cuanto al deber de información, puede decirse que esta es una de las claves del sistema de protección del adherente-consumidor. Con carácter general, el deber de información en los contratos de consumo se prevé en el artículo 60 TRLGDCU, según el cual, en su primer apartado, la vinculación del consumidor al contrato proyectado dependerá de que el empresario hubiere facilitado «de forma clara y comprensible, (...), la información relevante, veraz y suficiente sobre las características del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas». Este deber de información precontractual tiene por finalidad la protección de la libertad de contratar del consumidor *con pleno conocimiento de causa*. Además, se dirige a proporcionar información suficiente al consumidor para que éste puede comparar adecuadamente entre las distintas ofertas en el mercado y, por último, también tiene como objetivo que el consumidor comprenda las consecuencias jurídicas y económicas derivadas de la celebración del contrato<sup>142</sup>.

No obstante, a pesar de la indiscutible relevancia del artículo 60 TRLGDCU, son pocos los supuestos en los que una decisión judicial se sustenta a partir de la aplicación en exclusiva de dicho precepto. En la mayor parte de los casos, las decisiones judiciales con motivo de una controversia surgida por un incumplimiento del deber de información se fundamentan en lo dispuesto por las normas sectoriales aplicables al supuesto concreto. Así, destaca, por ejemplo, el artículo 79 bis de la *Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores*, hoy derogada por el *Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores*<sup>143</sup>. Las obligaciones de información exigidas en el referido artículo versan, por un lado, sobre el modo en que la información habrá de ser proporcionada –de manera «imparcial, clara y no engañosa»– y, por otro, la información mínima que las entidades deberán ofrecer a sus clientes, incluyendo a los clientes potenciales –como, por ejemplo, la información sobre los servicios que presta la entidad, los riesgos asociados a los instrumentos financieros–.

---

<sup>142</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), Colex, Madrid, 2011, p. 489.

<sup>143</sup> Cuyo contenido se conforma por la referida *Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores*; las disposiciones adicionales tercera y decimocuarta y las disposiciones transitorias primera, segunda, quinta y sexta de la *Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores*; la disposición adicional tercera de la *Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores*; las disposiciones adicionales primera, segunda, tercera y cuarta y las disposiciones transitorias primera, segunda y sexta de la *Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero*; la disposición adicional tercera de la *Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre*; la disposición adicional de la *Ley 6/2007, de 12 de abril, de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores*; las disposiciones finales primera, segunda y cuarta de la *Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito*; la disposición transitoria novena de la *Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial*; y, por último, las disposiciones transitorias sexta y séptima de la *Ley 11/2015, de 18 de julio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión*.

Otro ejemplo de norma sectorial que regula el deber de información es la *Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarias*, que establece en su artículo 7.3 lo siguiente: «los documentos contractuales relativos a servicios bancarios de captación de fondos reembolsables, especialmente depósitos, y de concesión de crédito y préstamo deberán recoger de forma explícita y clara» extremos tales como el interés nominal, las comisiones de gastos repercutibles que sea de aplicación o las normas relativas a las fechas de valor aplicables.

Asimismo, según el Preámbulo de la *Ley 13/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo*, «la mayor exigencia de información al consumidor sobre sus derechos y obligaciones se refleja en la regulación del contenido de los contratos, la cual se adapta a la especificidad de los distintos contratos de crédito». De este modo, en el artículo 16.2 de la citada norma se prevé un contenido mínimo obligatorio de todo contrato, el cual, además de las condiciones esenciales del mismo, habrá de contener información acerca del tipo de crédito, su importe total y sus condiciones de disposición, las consecuencias en caso de impago o, entre otros datos, el procedimiento a seguir en caso de que el consumidor quisiera ejercer su derecho a poner fin al contrato.

Pero, además del deber de información, en nuestro ordenamiento jurídico se prevén normas en las que se establece el contenido del contrato, en cuanto a los derechos y obligaciones de las partes contractuales. En este sentido, por ejemplo, el artículo 18 de la *Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro* –en adelante, LCS–, establece que «en cualquier supuesto, el asegurador deberá efectuar, dentro de los cuarenta días, a partir de la recepción de la declaración del siniestro, el pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber, según las circunstancias por él conocidas»<sup>144</sup>.

Efectivamente, habida cuenta de la realidad normativa, no parece posible hablar de una libertad contractual plena del predisponente, ya que éste ha de observar rigurosas normas tendentes a la protección del adherente y que abarcan distintos aspectos que afectan a la libertad contractual. Sin embargo, esto no significa que el contrato por adhesión celebrado con consumidores sea un contrato normado, ya que, siguiendo a BERCOVITZ, en los contratos normados «el contenido que se impone a las partes es especialmente intenso, comprendiendo la propia redacción de las cláusulas»<sup>145</sup>, circunstancia que se producirá únicamente respecto de determinados contratos y acerca de cuestiones específicas.

---

<sup>144</sup> Sobre la interpretación del artículo 18 LCS, en la STS de 4 de noviembre de 1996 (Núm. 880/1996) se advierte de que dicha obligación «se refiere, indudablemente, al supuesto de daños en las cosas, en el que, al existir diversas peritaciones, siempre habrá una cantidad mínima que el asegurado deba pagar en dicho plazo, que será la de inferior peritación, pero no es predicable en modo alguno respecto de la indemnización procedente por el concepto de responsabilidad civil por muerte de una persona, en el que, al no ser procedente peritación alguna (la vida humana no es peritable o tasable) no es posible conocer la cantidad mínima que, por dicho precepto, pueda deber el asegurador, sino solamente la máxima que pueda serle exigida, que vendrá determinada por el límite pactado en el seguro».

<sup>145</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Tratado de contratos*, Tomo I, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 122, siguiendo lo sostenido por Rivero Hernández, F., en *Elementos de Derecho Civil*, Vol. III, Tomo I, (Lacruz y otros), Dykinson, 1999. Aunque la definición de los contratos normados de CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, Tomo III, Reus, Madrid, 2008, p. 585, parece más amplia que la de Bercovitz, de acuerdo con la cual «son

### 3.3. La nula libertad contractual del adherente en relación con la libertad de contratar.

La referencia a la *imposición* del clausulado en la contratación por adhesión contribuye, con mayor o menor intensidad según la postura que se adopte, a las conocidas connotaciones negativas que se suelen asociar a esta modalidad contractual. En lo que a la doctrina y la jurisprudencia respecta, el empleo de dicho término es del todo justificado si nos ajustamos a la letra de la norma, en concreto al artículo 1.1 LCGC, en el que se definen las condiciones generales de la contratación<sup>146</sup>.

Sobre el requisito de la imposición, según la STS de 9 de mayo de 2013 (Núm. 241/2013), «la exégesis de la norma ha llevado a la doctrina a concluir que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes: (...) c) *Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes –aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula*». Más adelante, en la referida sentencia se aclara que el requisito de la imposición dispuesto por el artículo 1.1 LCGC ha de ser interpretado de acuerdo con el artículo 3.2 Directiva 93/13/CEE, conforme al cual son cláusulas no negociadas individualmente las que se hayan redactado previamente y en cuyo contenido el adherente-consumidor no hubiese podido influir. Así, de dicha sentencia se deduce la equiparación entre «imposición» y «no negociación», lo que, a su vez, se traduce en la incapacidad del adherente de influir en el contenido contractual.

También se advierte de que la «“*imposición del contenido*” del contrato no puede identificarse con la “*imposición del contrato*” en el sentido de “*obligar a contratar*”», si bien tal imposición es de entidad suficiente como para que comúnmente se entienda que la predisposición contractual lleva implícita la posición aventajada del predisponente, dado el sometimiento del adherente al contenido del contrato<sup>147</sup>. Aunque esta circunstancia tampoco debe confundirse con la concurrencia de la necesaria libertad contractual, en el sentido de que la ausencia de negociación no lleva implícita la coartación de la libertad de decisión, sino que tal libertad depende de la existencia de distintas alternativas u ofertas contractuales en el mercado<sup>148</sup>.

---

aquellos en que los contratantes sólo pueden establecer sus pactos y condiciones dentro de ciertos límites fijados por el poder público, en vista de la función social del respectivo contrato».

<sup>146</sup> Dice el artículo 1.1 LCGC que «son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, (...)».

<sup>147</sup> MARÍN LÓPEZ, J. J., “El ámbito de aplicación de la ley sobre condiciones generales de la contratación”, *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, NIETO CAROL, U. (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 132; BALLESTEROS GARRIDO, J. A., *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, pp. 43 y ss., al señalar que es frecuente considerar que la parte predisponente tiene un poder cuasi omnímodo, situándose en una posición superior a la del adherente.

<sup>148</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 66 y 76, acerca de la «irrelevancia de la existencia de negociación: la «teoría del zoco»; también en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. / DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Dir.), ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002, pp. 83 y ss., si bien distinguiendo entre la ausencia de negociación respecto de los elementos esenciales y las condiciones generales, que para el autor no tienen dicha condición las cláusulas relativas a los elementos esenciales, de manera que «cuando se trata de las condiciones predispuestas, la estructura del mercado de dichas

Ahora bien, a nuestro juicio, uno de los problemas que se pueden asociar al vocablo *imposición* es la de construir toda una doctrina del contrato por adhesión centrado en la sumisión o sometimiento del adherente respecto del predisponente. En consecuencia, a la hora de tratar la libertad contractual desde la perspectiva del adherente, nos planteamos si nos encontramos meramente ante una adhesión contractual equivalente al consentimiento contractual, sin que se aprecie una posible sumisión de éste bajo la sola voluntad del predisponente, o bien ciertamente ha de reconocerse el poder del predisponente sobre el adherente, especialmente cuando el adherente ostenta la condición de consumidor. Al respecto, conviene recordar que la imposición del contenido contractual es un aspecto concreto, es decir, se refiere a uno de los elementos que forman parte del concepto de condición general –y también de las cláusulas predispuestas o cláusulas no negociadas individualmente-; de tal forma que a partir de un aspecto concreto se estaría realizando una afirmación de alcance general, esto es, el sometimiento del adherente a la voluntad del predisponente.

No pretendemos realizar aquí un excursus de tipo etimológico en torno al verbo «imponer», pero si acudimos al *Diccionario del Real Academia Española* se puede comprobar que ninguna de sus acepciones dejan mucho margen para su *suavización*<sup>149</sup>. A pesar de ello, en el ámbito de lo estrictamente jurídico el término *imposición* se equipara a la *ausencia de negociación*, sin asumir directamente esa connotación negativa al *sometimiento* que hemos aludido. Así, en este sentido, dentro de nuestra doctrina BERCOVITZ ya especificaba, de la misma manera en que más recientemente hizo la citada STS de 9 de mayo de 2013, que «la adhesión (...) es consecuencia de la imposición, es decir, de la falta de negociación individual»<sup>150</sup>. Sin embargo, en nuestra opinión, entendemos que la imposición y la ausencia de negociación no deberían entenderse en sentido equivalente, pues la imposición nos lleva a la idea de sometimiento, lo que a su vez se relaciona con la *victimización* del adherente. El hecho de que no se negocien unas cláusulas contractuales determinadas no significa que sean impuestas al adherente -según el verdadero significado del verbo «imponer»-, puesto que es difícil distinguir el verdadero significado de un término y el significado que, por vía de interpretación, se le da por parte de doctrina y jurisprudencia -lo que además facilita la argumentación en apoyo de la postura según la cual la contratación por adhesión conlleva la negación de la autonomía privada del adherente-.

En torno al significado que adquiere el requisito de la imposición con respecto a la valoración de la autonomía privada del adherente se admiten diversas matizaciones de distinto alcance. En lo que aquí nos interesa, es de destacar la tesis sostenida por FLUME en relación al *sometimiento* del adherente. El razonamiento seguido por este autor es que donde hay sometimiento, se reconoce un *señorío*, por lo que ello conllevaría «el abandono de la

---

condiciones hace que no sea exigible al consumidor al que no le gustan las condiciones que le proponen que se abstenga de contratar y se dirija a la competencia», por lo que en este sentido no podría hablarse de consentimiento contractual. Asimismo, sobre la relación entre libre competencia y libertad de contratar, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Tratado de Contratos*, Tomo II, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 159.

<sup>149</sup> Según su primera acepción, imponer significa «poner una carga, una obligación y otra cosa». Es más, si consultamos el *Diccionario Panhispánico de Dudas*, publicada en 2005, el verbo «imponer», como intransitivo pronominal, significa «hacer valer alguien su autoridad o su poder y `vencer´».

<sup>150</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Elcano, 1999, p. 27.

autodeterminación, y el sometimiento a la configuración de relaciones jurídicas por determinación ajena», lo cual ni tan siquiera sería admisible en el Derecho. En consecuencia, «es inconcebible con este principio (el de autonomía privada) que un particular en el uso de la autodeterminación decida sobre otro»<sup>151</sup>, por lo que no es posible admitir imposición alguna.

Si el requisito de la imposición de las condiciones generales y cláusulas predispuestas resulta inapropiado si lo que indica es la ausencia de negociación o bien se refiere a su sentido literal –lo que implicará la negación de la autonomía privada del adherente-, en consecuencia, sería más adecuado emplear el término «adhesión» -no es lo mismo «a mí me imponen» que «yo me adhiero»-.

A pesar de la nula libertad contractual del adherente, en tanto que no interviene en la determinación del contenido contractual dada su nula libertad contractual –autonormación-, éste siempre tiene, o debe tener, la opción de adherirse o no al contrato –libertad de contratar o autodeterminación-. Pero la nula libertad contractual no debe implicar que en el concepto de condición general o cláusula predispuesta se incluya el requisito de la imposición porque, además de lo señalado, supone reconocer un poder al predisponente, al empresario, que en realidad no le corresponde<sup>152</sup>.

### III. IGUALDAD Y EQUILIBRIO EN LA CONTRATACIÓN POR ADHESIÓN.

#### 1. Igualdad formal e igualdad material en el Derecho de contratos.

Desde una perspectiva constitucional, el artículo 14 CE proclama el principio de igualdad formal, esto es, la igualdad de los ciudadanos ante la ley<sup>153</sup>. Relacionando el referido mandato constitucional con el principio de autonomía privada en las relaciones entre los particulares, el Auto del Tribunal Constitucional 465/1985, de 10 de julio de 1985, entra a valorar la interpretación del artículo 1255 CC -libertad contractual o autonormación- a la luz de lo previsto

---

<sup>151</sup> FLUME, W., *El negocio jurídico*, Parte General del Derecho Civil, Tomo II, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pp. 782 y 783.

<sup>152</sup> Vid. Supra, a modo de contraste, acerca de las tesis sociológicas sobre el consumismo, que sitúan al consumidor en un plano de absoluta sumisión, preso de las técnicas de publicidad y marketing empleadas, sobre todo, por las grandes empresas. Además, las posturas doctrinales en el ámbito jurídico, y de manera casi unánime, afirman que el consumidor se encuentra en una clara posición de desventaja. Valoración que se produce igualmente cuando se trata de la relación entre predisponente y adherente. En este sentido, v. gr., MARÍN LÓPEZ, J. J., *Op. Cit.*, p. 132; BALLESTEROS GARRIDO, J. A., *Op. Cit.*, pp. 43 y ss.; SARAZÁ JIMENA, R., “La crisis del Derecho privado codificado y el paso al nuevo Derecho privado del tráfico económico. El Derecho de consumo”, *Jueces para la Democracia*, Núm. 14, 1991, p. 37; MARTÍNEZ AGUIRRE, C., “Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 47, Núm. 1, pp. 43 y 44; PEÑA LÓPEZ, F. *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 137; CÁMARA LAPUENTE, S., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), Colex, Madrid, 2011, p. 215; GARCÍA VICENTE, J. R., *Tratado de Contratos*, Tomo II, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1450.

<sup>153</sup> Dice el artículo 14 CE: «Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».



por el artículo 14 CE. De acuerdo con dicho auto, «*el principio de igualdad no garantiza que las transmisiones voluntarias (...) se efectúen por el mismo precio o la misma forma, ya que ello entre en el ámbito de la autonomía de la voluntad (art. 1255 del Código Civil)*». Por tanto, si un mismo comprador, en este caso un ayuntamiento, trata de manera desigual a distintos compradores, en caso de que se hubiese acordado que todos los compradores habían de recibir el mismo trato, en todo caso se estaría ante un incumplimiento de carácter contractual y «*no el de violación del art. 14 de la Constitución*».

Así pues, en lo que respecta al papel del principio de igualdad formal en materia contractual, tal principio no interferirá en lo que las partes hayan decidido pactar *ex* artículo 1255 CC. Asimismo, en caso de incumplimiento de un hipotético pacto que implicase el trato igual a distintos sujetos, estaríamos ante un incumplimiento contractual y no ante una vulneración del artículo 14 CE.

Sin embargo, cuestión distinta es lo que se plantea con respecto al artículo 9.2 CE, en el que se recoge el principio de igualdad material<sup>154</sup> y su relación con el Derecho contractual. Dicho artículo ha sido interpretado como una moderación del artículo 14 CE, «*en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida la acción de favorecimiento que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial*» -STC 216/1991, de 14 de noviembre (Rec. Amparo 1844/1988)-.

Así pues, acerca de la labor legislativa en materia contractual, la intervención pública en una relación jurídico privada buscando el favorecimiento del adherente o del consumidor, partiendo de su posición desventajada respecto del predisponente, es perfectamente justificable a tenor de lo dispuesto en nuestra Constitución. De este modo, siguiendo a ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, «*la igualdad no significa, por tanto, que todos deban ser tratados de la misma manera; la igualdad (...) significa también desigualdad de trato, sobre todo a favor a aquellos que se encuentran en una situación de inferioridad, respecto de quienes ostentan una posición más ventajosa*»<sup>155</sup>. Admitida la posibilidad de que los poderes públicos intervengan en las relaciones contractuales previendo medidas a favor del adherente o del consumidor, quedaría por determinar si tales medidas son apropiadas para la consecución de tales fines.

En relación a la relevancia del principio de igualdad en el ámbito contractual, en la conciencia colectiva se ha asentado la idea del consumidor o adherente como víctima de los intereses económicos y políticos –pensemos, por ejemplo, en la percepción de la sociedad de la contratación bancaria durante los últimos años-. Por este motivo, de manera más o menos continuada, tanto el legislador como el juzgador han ido tomando decisiones cuya razón de ser es la necesidad de refuerzo de la protección del consumidor y, asimismo, contrarrestar la posición

---

<sup>154</sup> El artículo 9.2 CE prevé: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

<sup>155</sup> ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J., *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Civitas, Madrid, 1990, p. 162.

de dominio del predisponente mediante la creación de un orden público económico que limite la autonomía privada de los particulares<sup>156</sup>.

La igualdad, al contrario de lo que sucede con el principio general de buena fe, es un principio que, en palabras de CASTÁN, requiere cierta dosificación variable que, en aras de respetar la justicia, se adapte a las desigualdades reales<sup>157</sup>. Así, la sociedad necesita la igualdad por razones prácticas y no con motivo de un «imperativo categórico *a priori* de una igualdad que imponer a todas las relaciones jurídicas»<sup>158</sup>.

A partir de este razonamiento, se pone de manifiesto la relación entre la igualdad y el «dar a cada uno lo suyo»<sup>159</sup>. Por tanto, «si el concepto de Derecho está unido, de modo indisoluble, a la idea de Justicia»<sup>160</sup>, si uno de los preceptos del Derecho es «dar a cada uno lo suyo», el Derecho exige, entre otras cosas, ciertas dosis de igualdad, lo que, desde una perspectiva tomista, se fundamenta en que de otro modo no sería posible regular de manera apropiada las relaciones entre los particulares<sup>161</sup>. Pero, desde hace largo tiempo, el principio de igualdad se ha venido reclamando desde su perspectiva material, lo que desemboca en la intervención pública sobre las relaciones privadas para de este modo alcanzar una verdadera igualdad entre los ciudadanos<sup>162</sup>.

Cuando nos trasladamos al ámbito del Derecho contractual esta vertiente de la igualdad se encuentra con un importante obstáculo para su aplicación práctica: esto es, el principio de autonomía privada. Aparte de la constitucionalidad de una medida en la que se prevea un trato desigual a distintos sujetos, en este caso justificada por la desigualdad inicial entre predisponente y adherente, en respeto del principio de libertad y del de autonomía privada se hace necesario mantener cierta cautela a la hora de proclamar la primacía del principio de igualdad material.

De acuerdo con DÍEZ-PICAZO, el requisito de la igualdad en materia contractual consiste en una «igualdad mítica que en realidad no existe ni ha existido nunca»<sup>163</sup>. Con esta afirmación, el autor parece referirse al hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico no se exige de un modo específico que las partes se encuentren una posición de igualdad, de tal manera que la validez del consentimiento no dependerá de dicho factor. No obstante, de otra parte, el contrato como

---

<sup>156</sup> Vid. *Supra*. Asimismo, en relación a la limitación de la autonomía privada a través de una serie de normas de política económica como consecuencia necesaria de lo dispuesto en el art. 51 CE, CARRETERO PÉREZ, A., “Relaciones privadas intervenidas y relaciones libres y principio de igualdad”, *XI Jornadas de Estudio, El principio de igualdad en la Constitución Española*, Vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1703, añade que el fundamento del art. 51 CE «es la prevención del abuso del poder económico de los productores frente al consumidor, que es la parte débil y desigual en la relación».

<sup>157</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Hacia un nuevo Derecho civil*, Reus, Madrid, 1933, pp. 47 y 48.

<sup>158</sup> IHERING, R., *El fin del Derecho*, B. Rodríguez Serra, Madrid, 1911, p. 232.

<sup>159</sup> ULPIANO, *Digesto*, I-I-X.

<sup>160</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, Vol. I, Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 22.

<sup>161</sup> SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología*, II-II (a), Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1990, p. 470. De acuerdo con el autor citado, la justicia, como virtud general, ordena al hombre al bien común, que en as pp. 475 y ss., realiza una reflexión sobre la justicia, basándose, principalmente, en las obras de Aristóteles y de Ulpiano. Asimismo, en cuando a que la justicia es virtud general, ya que ordena el acto de todas las virtudes al bien común, es posible entonces hablar de la justicia legal como virtud especial, gracias a su propia esencia, pues el objeto de la justicia legal es, igualmente, el bien común.

<sup>162</sup> GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 45.

<sup>163</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “Contratos de consumo y Derecho de contratos”, *Ensayos Jurídicos*, Tomo II, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 2651.

expresión de la voluntad de las partes contratantes conlleva la libertad y la igualdad entre las mismas, aunque esta última sea relativa<sup>164</sup>.

Para que pueda hablarse de auténtica libertad en esta sede se requiere un mínimo de igualdad entre los contratantes, es decir, los sujetos habrán de hallarse en una situación en la que ostenten capacidades *similares*<sup>165</sup>.

A nuestro juicio, el fundamento principal de la legislación en materia de contratación por adhesión es la responsabilidad del predisponente dada su libertad contractual -autonormación- y la correlativa nula libertad contractual del adherente. No obstante, dado el papel del principio de igualdad conmutativa, referida a las partes contratantes en el seno de una relación contractual, el respeto de dicho principio depende asimismo de tales normas, que en gran medida se dirigen a garantizar el cumplimiento del deber de información -que deriva del principio general de buena fe-, ya que el adherente es la parte que a priori se encuentra en desventaja en lo que respecta al conocimiento del contenido contractual -desde las prestaciones principales hasta los aspectos accesorios- dada la predisposición del contrato por el predisponente. De este modo, ya que en la legislación sobre la contratación por adhesión se respeta el principio de la equivalencia de las prestaciones en su vertiente subjetiva, es decir, esta es una cuestión que se deja al arbitrio de las partes contratantes -por ello el control de contenido no es aplicable a las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato *ex* artículo 4.2 Directiva 93/13CEE-, en aras de garantizar el equilibrio económico en el contexto de una relación contractual es imprescindible el cumplimiento riguroso de los deberes de información.

## **2. La consecución de la igualdad conmutativa a través del deber de información.**

### *2.1. La corrección de la desigualdad entre las partes contratantes a través del deber general de información en la contratación con consumidores.*

Las normas sobre los contratos por adhesión regulan de manera más o menos indirecta el deber de información al prever una serie de normas dirigidas a establecer unos requisitos de incorporación y de transparencia -artículos 5 y 7 LCGC y artículo 80 TRLGDCU-, cubriendo la práctica totalidad de las exigencias que se derivan del referido deber -si bien se omite el deber de veracidad al establecerse los requisitos de incorporación y el deber de transparencia-.

En principio, parece incuestionable que la desigualdad entre adherente y predisponente se pone de manifiesto en lo que respecta a la información -dado que la redacción del contrato se lleva a cabo en exclusiva por el predisponente-, aunque el alcance de dicha cuestión pueda ser entendida como de interés privado o bien, como ha reiterado nuestra jurisprudencia, consiste en una cuestión de interés público. En consecuencia, si se parte de la desigualdad de las partes en lo que atañe a la información contractual, precisamente la corrección de dicha desigualdad depende

---

<sup>164</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 14, Núm. 2, 1961, p. 332.

<sup>165</sup> CAVALLÉ CRUZ, A., *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo III, Vol. 2º, DELGADO DE MIGUEL, J. F. (Coord. General), SIMÓ SANTOJA, V. L. (Coord.), Civitas, Madrid, 2005, p. 25; DE LA HIGUERA GONZÁLEZ, L. M., *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo III-1, Consejo General del Notariado, España, 2012, p. 178.

de la previsión y cumplimiento de unos deberes de información -que a su vez derivan del principio general de buena fe-

Pues bien, en la contratación de consumo, la observancia del principio general de buena fe en el momento de redactar el contrato se ha materializado en un deber de información específico recogido en diversas leyes especiales -pensemos, por ejemplo, en el ámbito de la contratación bancaria-, aparte de los artículos 60 y siguientes del TRLGDCU. Y cuando además nos hallamos ante condiciones generales y cláusulas predispuestas, por todos es sabido que los deberes u obligaciones en los tratos preliminares implican que la parte predisponente habrá de observar unos especiales deberes de buena fe y lealtad, reforzándose la exigencia de que sus manifestaciones se encontrarán sometidas al deber de veracidad y, por tanto, al deber de información<sup>166</sup>.

Dentro de nuestra jurisprudencia, en particular, en la STS de 21 de noviembre de 2003 (Núm. 1090/2003) se pone de manifiesto que, en términos generales, el artículo 7.1 CC *«es una norma que en su profundo sentido obliga a la exigencia, en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética significada por los valores de honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atendimiento a las consecuencias de todo acto consciente y libre pueda provocar en el ámbito de la confianza ajena»*<sup>167</sup>; por su parte, la STS de 11 de diciembre de 2012 (Núm. 728/2012), sostiene que el referido artículo procura *«el cumplimiento de los criterios de ética social en las relaciones jurídicas y su natural proyección en los deberes de rectitud, honradez y lealtad en los tratos y en su consecuente interpretación y ejecución»*.

Asimismo, tal y como se ha puesto de manifiesto, en el Derecho de contratos el deber de información no solamente se dirige a la materialización del principio de general de buena fe, sino que, además, el deber de información es esencial a fin de garantizar las condiciones necesarias para que el consumidor -o, en su caso, el adherente- pueda valorar debidamente las prestaciones y tomar su decisión en consecuencia, lo que se refiere a la libertad de contratar y, a su vez, el deber de información supone una medida que tiene como propósito paliar la desigualdad inicial en lo referente a la información relativa al contrato.

El deber de informar, el cual se encuentra hoy día expresamente recogido en sucesivas normas sectoriales, tradicionalmente ha encontrado su fundamento en el principio general de buena fe, abarcando los valores de honradez, lealtad y justo reparto de responsabilidades; pero, además, donde hay un deber de informar, se halla un derecho a ser informado. En la contratación de consumo, la información no sólo se presenta como un deber de una de las partes contratantes, sino que, además, de manera correlativa, la otra parte -el consumidor- ostenta el derecho a ser informado, lo que facilita la observancia de dolo omisivo en caso de no cumplir con dicho deber<sup>168</sup>.

Antes de contar con el artículo 60 TRLGDCU, en el que se prevé, entre otras cosas, la obligación del empresario de proporcionar al consumidor, antes de la celebración del contrato,

---

<sup>166</sup> GARCÍA-GRANERO COLOMER, A. V., *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo III, Vol. I, DELGADO DE MIGUEL, J. F. (Coord. General), SIMÓ SANTOJA, V. L. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002, p. 93, siguiendo a GARCÍA RUBIO, M. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 43 y ss.

<sup>167</sup> Del mismo modo, en las SSTS de 8 de julio de 1981(Núm. 320/1981) y de 21 de septiembre de 1987 (Núm. 546/1987).

<sup>168</sup> CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 353.

«la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas», el deber de información precontractual se había venido exigiendo conforme a los parámetros del principio de buena fe -aunque la cuestión no era del todo pacífica-. De este modo, se ha sostenido que con el desarrollo del derecho del consumidor a ser informado se ha llegado a «la imposición de auténticas obligaciones de informar por parte del empresario antes de la celebración del contrato como forma de paliar el desequilibrio informativo de su contraparte, el consumidor, en un sistema de competencia por fuerza imperfecto»<sup>169</sup>.

Sobre este punto, en opinión de GARCÍA VICENTE, cuando «el legislador no haya previsto específicamente deberes de información, ni precisado su contenido o modo de satisfacerlo, el consumidor no puede alegar tal derecho frente al empresario o profesional. Es, sencillamente, un fin al que aspira o hacia el que debe orientarse el Derecho de consumo. O mejor, nada añade respecto a la buena fe como fuente integradora de deberes; esto es, el empresario tiene la obligación de proporcionar, como exigencia derivada de la buena fe objetiva, aquella información relevante (debe distinguirse entre su “importancia”, que concierne a sobre qué se informa, y su “corrección” que concierne a cómo se informa y que remite a un juicio de veracidad)»<sup>170</sup>.

En un sentido práctico, el hecho de que tal deber haya sido recogido tanto por el TRLGDCU como por numerosas normas sectoriales permite concretar la labor dirigida a determinar ante qué situaciones puede entenderse que una de las partes –en este supuesto, el predisponente- ha infringido dicho deber. Es decir, no se trata aquí de denostar el principio general de buena fe y su componente ético<sup>171</sup>, sino que su concreción en lo referido al deber de información, plasmándose de manera específica en nuestro Derecho sustantivo, facilita precisamente la *sanción* de su contravención.

A su vez, se ha entendido desde una perspectiva teórica que la concreción de los deberes de información implica ir más allá del principio de buena fe objetiva, configurándose expresamente como un deber de carácter imperativo tendente a la protección de la libertad contractual<sup>172</sup> –más que la protección del consumidor, que supondría su relativización-. De tal

---

<sup>169</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores, Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), Colex, Madrid, 2011, p. 483.

<sup>170</sup> GARCÍA VICENTE, J. R., *Tratado de Contratos*, Tomo II, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1463.

<sup>171</sup> Sobre el componente ético del principio de buena fe, LÓPEZ CÁNOVAS, Á., “La *bona fides* como límite en la contratación bancaria de productos complejos”, *Revista de Derecho Privado*, Reus, Núm. 4, julio-agosto 2015, pp. 6 y 7, «en la filosofía kantiana, la ética del imperativo categórico, del *deber ser*, incluye una respuesta a la obligación de comportarse la persona (...), no sólo consigo misma, sino en su conducta con los demás, (...). Se refiere así no ya a una ética individual, sino a una ética social, relativa a la conducta o comportamiento de la persona en sus relaciones con los demás. (...). De aquí que, en todo caso, en virtud de este principio ético-jurídico de la *bona fides* y de los demás principios jurídicos generales, el sistema del ordenamiento jurídico venga configurado de modo abierto y flexible, al penetrar así, a través del Derecho, criterios éticos en la convivencia social y jurídica».

<sup>172</sup> DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites del deber precontractual de información*, Civitas, Cizur Menor, 2010, p. 61. Igualmente, en relación al interés protegido por este deber de información, de acuerdo con el mismo autor, en términos generales puede afirmarse que, efectivamente, el interés protegido es la libertad contractual del consumidor, p. 128.

manera que, si bien el principio general de buena fe recogido en nuestro artículo 7.1 CC «todos los derechos se deberán ejercitar conforme a las exigencias» de dicho principio, el deber de información precontractual es uno de los pilares fundamentales a la hora de proteger la libertad contractual y, además, la libre competencia<sup>173</sup>. A lo cual añadimos su función de garantía para el favorecimiento de las condiciones idóneas para el respeto al principio de igualdad conmutativa, lo que, a su vez, es necesario para el respeto al principio de la equivalencia subjetiva de las prestaciones.

En definitiva, por medio de estos deberes, se protege la libertad contractual y la igualdad conmutativa de las partes contratantes dado que se procura la adecuada formación del consentimiento contractual. En este sentido, LLOBET I AGUADO define la información como «un elemento de conocimiento suministrado obligatoriamente por una de las partes contratantes (deudor de la obligación de información) a la otra parte (acreedor de la obligación de información), teniendo como objeto principal la adecuada formación del consentimiento contractual de este último tanto en lo referente a los aspectos jurídicos como materiales del negocio»<sup>174</sup>.

## *2.2. El desinterés del adherente como obstáculo al cumplimiento del deber de información.*

Una política legislativa especialmente preocupada por el principio de igualdad material, tendente a la descarga de responsabilidad de la parte considerada más débil conlleva de manera inherente una consecuencia de especial relevancia: la desmotivación de la actuación diligente del considerado más débil. La importancia de esta afirmación radica fundamentalmente en que sin la colaboración del titular del derecho a ser informado -el adherente- es hace imposible el cumplimiento de los fines de los deberes de información. Es decir, el desinterés del adherente es un auténtico obstáculo al cumplimiento de dicho deber, lo que implica la vulneración de los principios de libertad e igualdad en el ámbito contractual.

La adopción de medidas que primordialmente pretenden salvar la asimetría entre las partes en un contrato por adhesión podrían desembocar en el establecimiento de una igualdad externa o, incluso, artificial, que no atenderían a razones de verdadera justicia. Esto se debe a que, previendo medidas en busca de la igualdad material entre las partes, parece que ésta ha conquistado parcelas que debe corresponder a la justicia; es decir, a través de la igualdad, como fundamento de la norma, parece que se ha diluido en ella el verdadero objetivo de la misma, que es la justicia.

Sirva de ejemplo el Preámbulo de la LCGC, conforme al cual la finalidad de dicha norma consiste en «la protección de la igualdad de los contratantes» y «los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual», considerada la salvaguardia de la igualdad como «presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica». De esta forma, de lo transcrito se colige que la justicia contractual se garantiza por esta ley a través de la protección

---

<sup>173</sup> GARCÍA VICENTE, J. R., Op. Cit., 1467.

<sup>174</sup> LLOBET I AGUADO, J., *El deber de información en la formación de los contratos*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 33.

de la igualdad de los contratantes<sup>175</sup>. Esta cuestión es vital debido a que la justicia llevará implícita la igualdad cuando así sea requerido y en su justa medida –la proporcionalidad a la que nos referimos anteriormente–, pero no puede decirse lo mismo en sentido contrario, esto es, la igualdad no tiene porqué ser siempre justa. De hecho, es posible defender la igualdad sin necesidad de reclamarla, puesto que en el momento en que se apela a la justicia, a la vez se estará haciendo lo mismo por la igualdad, de tal modo que los principios jurídicos se expresarán con mayor claridad y precisión si se recurre a la justicia, antes que a la igualdad<sup>176</sup>.

Pero, en lo que aquí especialmente nos interesa, esto es, la consecución de los fines de los deberes de información, teniendo en cuenta las controversias que se suelen originar en torno a los contratos por adhesión, paliar la desigualdad entre el predisponente y el adherente –sobre todo, cuando se trata de un consumidor– nos lleva a preguntarnos si, a partir del reconocimiento de la disminución de la autonomía privada del adherente y el abanico de propuestas o medidas de protección de sus intereses, como puede ser la inexigibilidad de lectura de las estipulaciones contractuales<sup>177</sup>, lo que se estaría consiguiendo sería la inversión de la posición aventajada. Es decir, una vez concluido el contrato, y gracias a lo previsto por las normas de protección del adherente –marcadas por la desigualdad apriorística entre predisponente y el adherente–, sería éste quien se posicionaría con clara ventaja frente al predisponente<sup>178</sup>.

El principio de autonomía privada lleva intrínseco el reconocimiento de la responsabilidad que tienen los individuos en el marco de las actividades que lleven a cabo. Por esta razón, cabe preguntarse si el reconocimiento de una merma de esta autonomía privada debería implicar una disminución de la responsabilidad por los propios actos.

En relación a la inexigibilidad de lectura del contrato por parte del adherente en los casos de contratación por adhesión, ésta parece motivarse en dos consideraciones distintas. Por un lado, desde un punto de vista subjetivo, se ha señalado que el adherente no cuenta con incentivo alguno para realizar un *esfuerzo* semejante. Aunque no estuviese de acuerdo con alguna de las condiciones generales, la posibilidad de negociar el contenido contractual está excluida. Pero,

---

<sup>175</sup> Incluso cuando se entiende que la igualdad es el elemento principal dentro de la noción de justicia, de acuerdo con RUBIO LLORENTE, F., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, *XI Jornadas de Estudio, El principio de igualdad en la Constitución Española*, Vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 690, citando a Hart, H. L. en *El concepto del Derecho*, «todo Derecho se pretende justo y es la idea de justicia la que lleva derechamente al principio de igualdad que, en cierto sentido, constituye su contenido esencial, aunque no su contenido único, pues, “aunque el enunciado que ordena tratar los casos semejantes de la misma manera y los casos diferentes de diferente manera es un elemento central en la idea de justicia, en sí es incompleto y mientras no se le complemente no puede proporcionar ninguna guía determinada para la conducta”».

<sup>176</sup> GARCÍA MANRIQUE, R., “La semántica confusa de la igualdad”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 33, 2010, pp. 593 y 594.

<sup>177</sup> PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 90 y ss., quien recoge esta idea de la doctrina alemana, relativa a la relación entre la protección dispensada por la legislación relativa a la contratación por adhesión y la inexigibilidad de lectura de los contratos.

<sup>178</sup> En esta línea, JIMÉNEZ HORWITZ, M., “La renuncia de derechos y la buena fe contractual en el ámbito de las normas imperativas de protección”, *Anuario de Derecho Civil*, Núm. 60, Vol. 2, 2007, pp. 514 y 515, sosteniendo que «las exigencias de la buena fe se estiran tanto de un lado, con criterios jurídicos rigurosos y asépticos, que, al menor descuido, el contrato puede acabar en un equilibrio formal de derechos y obligaciones que, en realidad, significa un desequilibrio económico del otro lado. En particular, la práctica jurídica ha aprendido a realizar linealmente el Derecho dispositivo en salvaguardia del interés del consumidor».

además, desde una perspectiva objetiva, se hace alusión a los costes implícitos a la lectura, comprensión y la consiguiente comparación entre las distintas opciones a disposición del adherente, puesto que tales costes no solo repercutirían en él sino que, además, influirían en el desarrollo del tráfico económico como obstáculo a la fluidez del mismo<sup>179</sup>.

Sin embargo, considerar que el adherente ni tan siquiera lea las cláusulas contractuales no debe ser considerado una falta de diligencia por su parte conlleva una serie de graves implicaciones. Esta asimilación o reconocimiento de que el adherente pueda comportarse de tal manera que, bajo otras circunstancias podría calificarse de negligente, supone la negación prácticamente absoluta de un mínimo de responsabilidad exigible al adherente, lo que podría entenderse como una estimulación dirigida hacia una contratación del todo irreflexiva. De hecho, se ha podido observar que, en el caso del consumidor, con frecuencia éste suele actuar de forma poco racional en sus relaciones contractuales, es decir, su comportamiento responde a una «racionalidad limitada»<sup>180</sup>.

El reconocimiento de una escasa incentivación puede ser hasta cierto punto comprensible, si bien es el propio interesado el que debe –o debería- actuar con mayor celo en lo que respecta a sus propias decisiones –dadas sus consecuencias jurídicas y económicas-. Pero ya contamos con un elenco de normas que prevé la protección del adherente, aplicando unos criterios objetivos que le suponen una exención de la responsabilidad de conocer el contenido contractual y sin que el hecho de haberlas leído puedan justificar en ningún caso que el adherente no pueda valerse de tales medidas de protección, ya que, precisamente, la actuación llevada a cabo por el predisponente se ha dirigido a que aquél no pueda alcanzar a entender el clausulado debidamente.

Tal vez, el objetivo de alcanzar una mayor igualdad entre las partes contratantes a través de una legislación tendente a compensar la posición desventajada del adherente sea una quimera. Es decir, quizá el mayor problema que radica en la predisposición de las cláusulas contractuales no se halla precisamente en la situación de desigualdad *en abstracto* de las partes –la desigualdad de información se palia a través de los deberes de información-. Por esta razón nos preguntamos si, dado el dominio de la contratación por adhesión en el ámbito del consumo, tal vez hemos caído en una suerte de idealización del contrato por negociación, asumiendo que, en este último supuesto en todo caso las partes negocian en una posición de igualdad –pensemos en la desigualdad económica y social durante el s. XIX y principios del s. XX-.

El punto de partida en la elaboración de las normas reguladoras de la contratación por adhesión es el de la consideración de que el adherente se encuentra en una posición de sumisión respecto del predisponente, lo cual, tal y como hemos puesto de manifiesto, resulta del todo inapropiado ya que la contratación por adhesión no implica la imposición de la celebración del contrato al adherente, sino que, en cualquier caso, la libertad del adherente se verá sobre todo cercenada ante un mercado en el que no rija la libre competencia<sup>181</sup> –si bien somos conscientes de que la salvaguarda de la libertad para adherirse no puede descansar únicamente en el sistema de protección de la libre competencia-.

---

<sup>179</sup> Siguiendo la doctrina alemana, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., Op. Cit., pp. 90 y ss.

<sup>180</sup> OLAIZOLA, F., “El Tribunal Supremo, la cláusula suelo, las manos rojas y la psicoeconomía”, *El Notario del S. XXI*, Núm. 50, julio 2013, pp. 3 y 4.

<sup>181</sup> Vid. Supra.



Consecuentemente, a nuestro juicio, el planteamiento actual en la legislación sobre la contratación por adhesión y su interpretación jurisprudencial ha tendido a la adopción de soluciones que, en última instancia, ni reequilibran las posiciones de las partes contratantes ni reestablecen la justicia contractual, sino que plantean el peligro de terminar sumiendo al adherente en un estado mental en el que pierde la noción acerca de sus propios intereses e, incluso, de su propia dignidad -considerara desde la perspectiva de su relación con el principio de autonomía privada-. Es más, el propio propósito de pretender reequilibrar las posiciones de las partes contratantes, que con frecuencia se formula de esta manera abstracta, es un propósito absolutamente vacío de contenido.

### 3. La equivalencia de las prestaciones.

#### 3.1. Aproximación a la equivalencia de las prestaciones.

De acuerdo con RIPERT, un acto jurídico inicialmente válido puede ser anulado o bien modificado a fin de restablecer el equilibrio y evitar, por tanto, el enriquecimiento injustificado de una parte en detrimento de la otra -un enriquecimiento injustificado que se habría provocado por circunstancias diversas como pueden ser el estado de necesidad, la debilidad o, incluso, la insensatez de la parte perjudicada-. No en vano, como señala el autor, para transformar una regla moral en norma jurídica<sup>182</sup> se hace necesario realizar las debidas precisiones -por ejemplo, la medida a emplear para juzgar la desproporción entre las prestaciones-<sup>183</sup>.

Una definición del principio de equivalencia de las prestaciones es aquella de acuerdo con la cual dicho principio «procura que ninguno de los contratantes quede en situación de desmedro patrimonial frente al otro que sí aprovecha en mayor medida las ventajas de la relación, aunque de ninguna manera se persigue la equivalencia matemática»<sup>184</sup>.

A pesar de que el principio de equivalencia de las prestaciones no se debe entender en el sentido de que las partes realicen un intercambio patrimonial cuyo valor sea matemáticamente equivalente, dicha pretensión encuentra, principalmente, dos obstáculos. Por un lado, es posible acudir a distintos indicadores para determinar el valor de cada una de las prestaciones, por ejemplo, el precio de mercado del bien o servicio o bien dictámenes específicos elaborados para tal fin<sup>185</sup>.

---

<sup>182</sup> Sobre la distinción entre normas morales y normas jurídicas, VERNENGO, R. J., “Normas morales y normas jurídicas”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Vol. 9, 1991, p. 206, sostiene que «un principio moral, por caso, integra la moral, pero no es necesariamente parte de un derecho positivo. Pero la concepción de moral y derecho, como códigos prescriptivos, también supone que en los mismos se dan normas reglas o prescripciones de distinto nivel: la moral no sólo contiene reglas de conducta sino reglas que imponen condiciones necesarias para la validez valorativa de las normas de primer nivel y, quizás, principios más elevados aún que definen nociones supremas como la de bien, deber moral o virtud. En derecho, tenemos ciertamente normas que, en principio, parecen dirigirse a regular la creación y anulación de normas, a determinar los criterios mínimos de validez de las mismas y las pautas para su aplicación».

<sup>183</sup> RIPERT, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1949, pp. 116 y ss.

<sup>184</sup> REZZÓNICO, J. C., *Principios fundamentales de los contratos*, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 283.

<sup>185</sup> Según REZZÓNICO, J. C., *Op. Cit.*, pp. 302 y 303, «existe dentro de la técnica económico-jurídica procedimientos de aproximación que permiten evaluar la proporcionalidad de las prestaciones, mencionándose con frecuencia como instrumentos adecuados a ese fin, el precio del mercado y el que dimana de un dictamen técnico».

Sin embargo, dada la diversidad de posibles mecanismos para su valoración, se plantea la duda acerca de cuál de ellos habría de aplicarse y en qué medida<sup>186</sup>. De otra parte, hemos de tomar en consideración que el hecho de que jueces y tribunales corrigiesen el valor económico de las prestaciones cuando se detectase una ausencia de equilibrio entre las mismas, conllevaría una importante limitación de la autonomía privada de las partes contratantes<sup>187</sup>.

Hasta aquí, venimos haciendo referencia a la equivalencia de las prestaciones entendida desde un punto de vista objetivo. Así, desde esta perspectiva, la equivalencia de las prestaciones se dará en función de que el resultado de la valoración económica de éstas responda a la idea de justicia conmutativa, de forma que las prestaciones debidas por las partes y el beneficio que éstas obtengan deberán respetar la igualdad y la proporcionalidad<sup>188</sup>. De este modo, la equivalencia objetiva se mide, consecuentemente, con independencia de la valoración que las partes realicen acerca del valor de las prestaciones. Pero, tal y como hemos indicado, esta equivalencia objetiva se revela como una importante limitación a la autonomía privada de las partes. Tanto es así que, a pesar de la finalidad tuitiva de las normas de protección de los consumidores en relación a sus legítimos intereses, el control de contenido previsto en la contratación por adhesión no se aplica a aquellas cláusulas que se refieran 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» -*ex* artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE-. De forma que en esta sede se respeta el principio de libertad de precios al haber excluido el control de precios y del equilibrio de las prestaciones –STS de 18 de junio de 2012 (Núm. 406/2012)-.

Así pues, a fin de respetar el principio de autonomía privada, en nuestro ordenamiento jurídico la equivalencia de las prestaciones es asimilada en su vertiente subjetiva. Esto significa que la consecución de una relación contractual regida por la justicia conmutativa a la que hemos hecho alusión dependerá de la sola voluntad de las partes<sup>189</sup>.

La equivalencia subjetiva tiene como premisa la primacía del principio de autonomía privada. Pero en este punto es preciso recordar que, aparte del principio de autonomía privada, la equivalencia subjetiva de las prestaciones encuentra su fundamento en la concepción subjetiva del valor planteada por la Escuela de Salamanca, según la cual «el valor de una cosa no depende de su naturaleza objetiva sino de la estimación subjetiva de los hombres, incluso aunque tal estimación sea alocada». La definición transcrita, recogida por HUERTA DE SOTO, fue elaborada por DE COVARRUBIAS Y LEYVA en el año 1554, quien añadía a dicha definición que «en las Indias el trigo se valora más que en España porque allí los hombres lo estiman más, y ello a pesar de que la naturaleza del trigo es la misma en ambos lugares»<sup>190</sup>.

---

<sup>186</sup> LARENZ, K., *Derecho civil*, Parte General, Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 62.

<sup>187</sup> LARENZ, K., *Ídem*.

<sup>188</sup> FUENMAYOR CHAMPÍN, A., “La equivalencia de las prestaciones en la legislación especial de Arrendamientos”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 3, Núm. 4, 1950, p. 1191.

<sup>189</sup> Que la equivalencia de las prestaciones se haga depender de la voluntad de las partes contratantes ha sido defendido, entre otros, por CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, Tomo III, Reus, Madrid, 2008, p. 585, sosteniendo que en los contratos onerosos el equilibrio económico se entenderá satisfecho, en términos generales, basándose en la propia apreciación de cada parte contratante; MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato*, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, p. 416.

<sup>190</sup> HUERTA DE SOTO, J., *Nuevos estudios de Economía política*, Unión Editorial, Madrid, 2002, p. 153.

No obstante, de un tiempo a esta parte ha ido requiriendo sucesivas matizaciones. El motivo no es otro que la propia evolución de la economía de mercado en relación con las prácticas contractuales en el ámbito del consumo y la *vulnerabilidad* del consumidor. Consecuentemente, se da la circunstancia de que en la actualidad afirmaciones tales como que todo aquello que las partes hubieren convenido, por el hecho de regirse por el principio de autonomía privada, es en sí mismo justo<sup>191</sup> o bien que el egoísmo inherente al ser humano implica el justo equilibrio de las prestaciones en las relaciones contractuales<sup>192</sup>, se tienen por obsoletas.

En cualquier caso, discutimos dicha obsolescencia ya que, en el plano de lo ideal en el que las partes son plenamente conocedoras de las consecuencias jurídicas y económicas que se derivan del contrato celebrado, tales afirmaciones son perfectamente válidas. De hecho, desde un punto de vista histórico, la protección del consumidor como una de las piedras angulares de la política legislativa se revela como una tendencia relativamente reciente –fundamentada en la asimetría subjetiva–; pero, casualmente –o no tanto–, es una de ley de principios del s. XX, la *Ley, de 23 de julio de 1908, de Represión de la Usura*, la que con mayor severidad reacciona ante los actos abusivos que pudiere cometer la parte *aventajada* al prever la nulidad contractual de los contratos usurarios y leoninos -reacción fundamentada por razones de justicia-.

### 3.2. *La equivalencia de las prestaciones frente al equilibrio entre derechos y obligaciones en las normas de protección al adherente.*

En la primera redacción de la *Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* –LGDCU en lo sucesivo–, se establecía en su artículo 10.1.c) que las cláusulas, condiciones o estipulaciones incluidas en los contratos de consumo, en todo caso y con carácter general, habían de respetar el principio de «buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones». En este primer momento, el equilibrio de las prestaciones se erige como requisito necesario en todo contrato de consumo y presupone, junto con el deber de respeto de la buena fe en las relaciones contractuales, la exclusión de «las cláusulas abusivas, entendiéndose por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios».

Como es sabido, el actual artículo 82.1 TRLGDCU, en el que se recoge el concepto de cláusula abusiva, prescinde del requisito de la equivalencia de las prestaciones, sancionando únicamente el «desequilibrio importante de los derechos y las obligaciones de las partes» en perjuicio del consumidor, reservándose la valoración de las prestaciones al criterio de las partes contratantes –equivalencia subjetiva–. En consecuencia, la protección dispensada al adherente

---

<sup>191</sup> CASTRILLO SANTOS, J., “Autonomía y heteronomía de la voluntad de los contratos”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 2, Núm. 2, 1949, p. 591, en relación a la equivalencia subjetiva de las prestaciones, recuerda la siguiente afirmación de Kant: «cuando uno decide alguna cosa en relación con otro es siempre posible que le cause alguna injusticia; pero toda injusticia es imposible cuando uno decide por sí mismo».

<sup>192</sup> FUENMAYOR CHAMPÍN, A., Ídem, acerca de la equivalencia en sentido subjetivo, la cual «se escuda en la idea de la autonomía contractual», cita a Ihering en cuanto a que, ante posibles problemas que pudieren derivarse de esta concesión a la autonomía privada, «el egoísmo de aquel que quiere recibir lo más posible, tropieza con idéntico sentimiento de aquel que trata dar lo menos posible».

cuando ostenta la condición de consumidor por medio del control de contenido se dirige a una equivalencia de carácter jurídico –si bien es cierto que la distinción entre equilibrio económico y equilibrio jurídico es indiscutiblemente sutil-<sup>193</sup>. Así, de acuerdo con la STS de 18 de junio de 2012 (Núm. 406/2012), con la Directiva 93/13CEE se modificó el artículo 10 LGDCU y «se substituyó la expresión amplia “justo equilibrio de las prestaciones” por “desequilibrio importante de los derechos y obligaciones”, en línea de lo dispuesto por la Directiva a la hora de limitar el control de contenido que podía llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, de ahí que pueda afirmarse que no se da un control de precio, ni del equilibrio de las prestaciones propiamente dicho» -aunque, más que una sustitución, lo que se produjo fue la eliminación de la referencia al equilibrio de las prestaciones-.

La transposición de la Directiva 93/13/CEE a nuestro ordenamiento jurídico puede interpretarse como un paso más hacia una mayor protección frente a las cláusulas abusivas, en el sentido de asumir una política legislativa tendente a dispensar una mayor protección a los consumidores. Sin embargo, al excluirse del control de contenido toda cláusula relativa a los elementos esenciales del contrato y la valoración de la equivalencia de las prestaciones desde una perspectiva objetiva, en realidad, la transposición de la Directiva 93/13/CEE, en este punto concreto, se revela como una reducción de la protección que nuestro legislador previó para el consumidor<sup>194</sup>. De este modo, la legislación nacional previa a la Directiva 93/13CEE tenía un mayor ámbito de protección del adherente que la normativa europea, dada la protección de la equivalencia de las prestaciones en la contratación por adhesión con consumidores.

Dejando a un lado la vertiente objetiva de la equivalencia de las prestaciones, cabe preguntarse qué sucede respecto del principio de equivalencia de las prestaciones considerado desde su perspectiva subjetiva, ya que los contratos por adhesión, por norma, son contratos onerosos. Si en todo contrato oneroso se presupone la equivalencia de las prestaciones de acuerdo con la apreciación de las propias partes contratantes que, al prestar su consentimiento manifiestan también su conformidad respecto de la valoración de las prestaciones<sup>195</sup>, la validez de tal anuencia dependerá del nivel de información que las partes tengan acerca de las prestaciones y así proceder a su debida valoración.

---

<sup>193</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, CÁMARA LAPUENTE, S., Colex, Madrid, 2011, pp. 733 y 734, señalando que «el equilibrio perseguido por el control de contenido es un equilibrio jurídico relativo a los derechos y obligaciones, no un equilibrio económico entre las prestaciones, es decir, no se refiere a la equivalencia entre objeto y precio»; señalando, a continuación, que la consideración de que «el equilibrio jurídico es también económico» es una observación que «sólo es útil para poner de manifiesto la sutileza de los límites del control de contenido y la necesidad de afinar los criterios para distinguir en las condiciones generales o cláusulas predispuestas lo controlable de lo exento de control». De este modo, tras la reforma operada para la transposición de la Directiva 93/13/CEE, «el control de contenido no permite entrar a enjuiciar la justicia y el equilibrio contraprestacional de los elementos esenciales del contrato y, por tanto, a valorar la posible “abusividad” del interés convenido» -STS de 18 de junio de 2012-.

<sup>194</sup> Habida cuenta del lapso de tiempo transcurrido entre la entrada en vigor de la LGDCU y la transposición de la referida directiva, la amplia protección al consumidor inicialmente prevista podría ser calificada como anecdótica. En este sentido, CLEMENTE MEORO, M., *Contratación y consumo*, ORDUÑA MORENO, F. J. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 304 y 305, celebra el hecho de que se previese un control de contenido basado en el principio general de buena fe y en el justo equilibrio de las prestaciones.

<sup>195</sup> Vid. Supra.

Como bien señala PERTÍÑEZ, sobre la plena capacidad de elección, para que «la competencia pueda actuar como garante del equilibrio contractual, es preciso tener un conocimiento exacto y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación, antes de la celebración del contrato»<sup>196</sup>. Si la equivalencia de las prestaciones es una cuestión que se ha dejado al arbitrio de las partes contratantes, el ordenamiento solo deberá intervenir para procurar que éstas formen «su criterio sin error ni coacción»<sup>197</sup>.

Dentro de los controles previstos en la contratación por adhesión, corresponde al control de transparencia velar por que el adherente tenga la información sobre las consecuencias jurídicas y económicas del contrato proyectado y, por tanto, se dirige a la protección del adherente para la valoración de las prestaciones contractuales. Por tanto, el enfoque más apropiado acerca de la función del control de transparencia sobre las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato debiera ser, más que la validez y eficacia de la cláusula predispuesta<sup>198</sup>, la protección de la formación del consentimiento contractual y la consiguiente defensa del adherente ante una eventual falta de equilibrio de las prestaciones<sup>199</sup>. En definitiva, la cuestión relativa a la equivalencia de las prestaciones subjetiva se refiere a la validez del consentimiento prestado, lo cual no se circunscribe únicamente al citado control de transparencia, sino que, además, cumplen con la misma finalidad los deberes de información a cargo del predisponente como empresario y, además, la teoría de los vicios del consentimiento, en concreto, el error y el dolo.

### 3.3. La compatibilidad entre la Ley, de 23 de julio de 1908, de Represión de la Usura y el respeto a la libertad de precios.

El artículo 1 de la Ley Azcárate sanciona con la nulidad de los contratos de préstamo en los que, en primer lugar, el interés estipulado sea notablemente superior al normal del dinero y, además, que en las circunstancias particulares del caso resulte manifiestamente desproporcionado y, en segundo lugar, también serán nulos los contratos leoninos, esto es, aquellos que se hubiesen celebrado con motivo de la situación angustiosa del prestatario, su inexperiencia o la limitación de sus facultades mentales<sup>200</sup>.

---

<sup>196</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Tratado de contratos*, Tomo II, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1638. Por otro lado, BUSTO LAGO, J. M. / ÁLVAREZ LATA, N. / PEÑA LÓPEZ, F., *Op. Cit.*, p. 183, indican que «lo que cada uno de los consumidores está dispuesto a pagar por los bienes y servicios que se le ofrecen pertenece al ámbito de la libertad económica individual. El Derecho, con carácter general, se limita a garantizar que se decida con plena libertad, y que el mercado funcione en condiciones de suficiencia competitiva».

<sup>197</sup> LARENZ, K., *Op. Cit.*, p. 62.

<sup>198</sup> ORDUÑA MORENO, F. J., *Control de transparencia y contratación bancaria. Régimen de aplicación y doctrina jurisprudencial aplicable*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 81, para quien el control de transparencia deriva del principio general de buena fe y «responde a una obligación principal del contrato en orden a la validez y eficacia de la cláusula predispuesta».

<sup>199</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. / Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Dir.), ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002, p. 914, defiende que la exigencia de transparencia, cuando se refiere a las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato, tiene por finalidad garantizar la equivalencia de las prestaciones.

<sup>200</sup> Declarada la nulidad del contrato, conforme a lo previsto por el artículo 3 LRU, «el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquélla y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital».

La cuestión a la que nos referimos se pone de manifiesto de manera clara en la interpretación jurisprudencial de dicha norma, si bien es cierto que en la actualidad las controversias surgidas en los contratos de préstamo suelen resolverse por la vía de los controles previstos para la contratación por adhesión y los deberes de información exigidos por la normativa sectorial. Pues bien, de acuerdo con la STS de 18 de junio de 2012 (Núm. 406/2012), la Ley de Represión de la Usura *«se encuadra dentro del esquema liberal de nuestro Código Civil que sienta la base del sistema económico sobre el libre intercambio de bienes y servicios y la determinación de su respectivo precio o remuneración en orden a la autonomía privada de las partes contratantes, “pacta sunt servanda”»* y, continúa, recordando que *«la libertad de precios, según lo acordado por las partes, se impone como una pieza maestra de la doctrina liberal en materia de contratos (SSTS de 9 de abril de 1947, RJ 1947/898, de 26 de octubre de 1965, RJ 1965/4468, 29 de diciembre de 1971, RJ 1971/5449 y 20 de julio de 1993, RJ 1993/6166)»*. Es decir, según nuestra jurisprudencia la severidad de las consecuencias jurídicas frente a la usura respeta tanto el principio *pacta sunt servanda* como la libertad de precios.

Este respeto al principio de autonomía privada y a la libertad de precios se justifica, según nuestra doctrina jurisprudencial, en que la reacción del Derecho frente a los préstamos usurarios y/o leoninos se sustenta en el abuso inmoral llevado a cabo por el prestamista. De esta forma, siguiendo con la STS de 18 de junio de 2012, *«el control que se establece a través de la ley de represión de la usura no viene a alterar ni el principio de libertad de precios, ni tampoco la configuración tradicional de los contratos, pues dicho control, como expresión o plasmación de los controles generales o límites del artículo 1255, se particulariza como sanción a un abuso inmoral, especialmente grave o reprochable, que explota una determinada situación subjetiva de la contratación, los denominados préstamos usurarios o leoninos»* -en sentido similar, la STS de 2 de diciembre de 2014 (Núm. 677/2014)-.

En consecuencia, a diferencia de lo que sucede respecto del control de contenido aplicable a condiciones generales y cláusulas predisuestas, que *«se cierne sobre el ámbito objetivo del desequilibrio resultante para el consumidor adherente en sus derechos y obligaciones»* -sin exigir el requisito de la inmoralidad del abuso-, en la represión de la usura, y con fundamento en el referido abuso inmoral, se *«presupone una lesión grave los intereses objeto de protección que, (...), se proyecta tanto sobre el plano del contenido patrimonial del contrato de préstamo, sobre la base de la noción de lesión o perjuicio económico injustificado, como en el plano causal de la validez de la validez estructural del contrato celebrado»* -STS de 2 de diciembre de 2014 (Núm. 677/2014)-<sup>201</sup>.

---

prestado». Sobre la aplicación de dicho artículo, la STS de 25 de noviembre de 2015 (Núm. 628/2015), en el supuesto de que el prestatario hubiese satisfecho parte de los intereses vencidos, para que le sea devuelta tal cantidad se requiere que así lo solicite expresamente o bien en la demanda o en la demanda reconventional, en su caso. Así, se dice en la referida sentencia que *«en el caso objeto del recurso, el demandado (el cliente) ha abonado a la demandante (el prestatario) una cantidad superior a la que recibió, (...). La falta de formulación de reconvencción impide aplicar la previsión de la segunda parte del precepto (el artículo 3 LRU), según el cual, si el prestatario hubiera satisfecho parte de la suma percibida como principal y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado»*.

<sup>201</sup> RIPERT, G., *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1950, p. 39, sobre el consentimiento prestado por el adherente en los contratos por

Dados los problemas de sobra conocidos que se originan a raíz de una práctica contractual en la que impera el uso de condiciones generales de la contratación, al haberse excluido del control de contenido las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato, parece que correlativamente ha crecido la preocupación por la igualdad económica entre las partes contratantes, lo cual se halla ligado al poder negocial que las mismas ostentan.

De esta manera, se produce la desviación de la consideración de la igualdad como equivalencia de las prestaciones. En vez de actuar ante abusos tildados de inmorales, como en el caso de la represión de la usura, es habitual que en el ámbito de la contratación por adhesión se relacionen el equilibrio contractual con la paridad económica de las partes –y no ya de las prestaciones debidas-<sup>202</sup>.

---

adhesión, sostiene que «esta comprobación de la debilidad del consentimiento no podía producir ningún resultado, puesto que el Código civil no la considera como uno de los vicios de la voluntad capaz de producir la nulidad del contrato. Solamente la vieja idea de la justicia contractual permite condenar un convenio en razón de la desigualdad de las prestaciones recíprocas».

<sup>202</sup> En este sentido, REZZÓNICO, J. C., Op. Cit., pp. 306 y 307, basándose en las obras de Messineo y de Schmidt-Rimpler, sostiene que cuando la libertad contractual se ha visto comprometida, con fundamento en ese necesario equilibrio contractual, es cuando la ley puede corregir el contenido del contrato a fin de que éste sea *reflejo de la paridad económica*. No en vano, la relevancia del principio de igualdad se ha venido manifestando desde hace largo tiempo –si bien su enfoque ha ido variando las circunstancias políticas, económicas y sociales-. Así, de acuerdo con IHERING, R., *El fin del Derecho*, B. Rodríguez Serra, Madrid, 1911, p. 89, «la más alta misión de la sociedad consiste, pues, en hacer prevalecer el principio del equivalente en todas las relaciones de la vida social». Y, de otra parte, conforme a POTHIER, R. J., *Tratado de obligaciones*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, México, 2003, p. 29, «la equidad desde el punto de vista comercial, consiste en la igualdad, y así desde el momento que esta igualdad se siente herida y que uno de los contratantes da más que no recibe, el contrato es vicioso, por cuanto peca contra la igualdad que en el mismo ha de reinar».





## I. NOCIÓN CLÁSICA DEL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL EN LA CONTRATACIÓN POR NEGOCIACIÓN Y PRESUPUESTOS ESENCIALES PARA SU VALIDEZ.

De acuerdo con VON TUHR, las normas abstractas enuncian unos hechos; en consecuencia, si estos hechos se dan, correlativamente se tendrán que producir los efectos jurídicos previstos por la norma. De manera que el conjunto de hechos enunciados recibe el nombre de «*factum*». Pues bien, en lo que respecta al contrato, conforme al autor citado, «el *factum* del contrato requiere un encaje de declaraciones de voluntad, de igual contenido, entre varias personas, por lo general dos, que se oponen como partes (las partes del contrato)»<sup>203</sup>.

Siguiendo esta línea, se puede definir el consentimiento contractual como «el acuerdo de voluntades de dos o más personas sobre el objeto y causa del contrato»<sup>204</sup>, cuya finalidad es la creación de un vínculo jurídico entre las partes que lo otorgan<sup>205</sup>. De este modo, el consentimiento contractual constituye la conjunción o integración de las voluntades individuales de cada una de las partes contractuales dando, por tanto, como resultado una voluntad común de la que nace una obligación –artículos 1088 y 1911 CC-<sup>206</sup>.

En relación a la concurrencia de las voluntades de las partes contratantes, RAMS ALBESA profundiza en este aspecto señalando la primacía de la voluntad común sobre la voluntad individual de las partes. Esta afirmación supone que la intención de las partes manifestada a través de un acuerdo que tiene por objeto crear un vínculo jurídico obligacional tiene mayor relevancia que lo que las partes contratantes verdaderamente desean a fin de satisfacer sus intereses

<sup>203</sup> VON TUHR, A., *Derecho Civil*, Vol. II, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 4 y 203.

<sup>204</sup> MARÍN LÓPEZ, J. M., *Tratado de Contratos*, Tomo I, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 536.

<sup>205</sup> Acerca de la intención común de crear un vínculo obligacional, entre otros, RAMS ALBESA, J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, Vol. 1º-B, ALBALADEJO, M. / DÍAZ ALABART, S. (Dir.), Edersa, Madrid, 1993, p. 14; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 175; CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 137.

<sup>206</sup> BARNETT, R. E., “Contract is not promise; Contract is consent”, *Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper*, No. 11-29, 2011, p. 10, aunque en nuestro ordenamiento jurídico la noción de obligación parece clara, cuyo concepto normativo se extrae de los artículos 1088 y 1911 CC -de acuerdo con los cuales toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer algo, de cuyo cumplimiento responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros-, el autor citado realiza la siguiente distinción: «to promise is to commit to do or refrain from doing something. To consent to contract is to commit to be *legally* responsible for nonperformance of a promise». De dicha distinción se extrae la relación entre «consideration» y «promise» -este último como sustantivo y no como verbo- como términos similares a nuestra «prestación», y, por otro lado, la relación entre consentimiento contractual y la asunción de la responsabilidad de cumplimiento.

personales<sup>207</sup>. De hecho, a la preeminencia de la voluntad común ha de sumársele que ni tan siquiera se pretenda -ni se proteja- la satisfacción personal de cada parte contratante a consecuencia del contrato celebrado<sup>208</sup>. Acerca de la importancia de la voluntad común sobre las voluntades individuales, la STS de 14 de noviembre de 2003 (Núm. 1096/2003), se expresa en los siguientes términos, «*el contrato existe, como afirma el artículo 1254, desde que una o varias personas consienten en obligarse. Por tanto, la coincidencia de voluntades en ese consentimiento de origen dual o bilateral, determina la perfección del contrato, como momento desde el que el mismo adquiere fuerza obligatoria*».

Tal y como pone de manifiesto el referido autor, esta circunstancia provoca que entre los elementos esenciales del contrato –consentimiento, objeto y causa-, es el consentimiento el que tiene un mayor peso, quedando el objeto y la causa relegados a un segundo plano<sup>209</sup>.

Por supuesto, el consentimiento contractual, además de abarcar la voluntad de las partes en la creación de un vínculo jurídico, habrá de comprender el objeto y la causa del contrato proyectado. Conforme a nuestra jurisprudencia, sobre el contenido del consentimiento contractual la STS de 26 de marzo de 1993 (Núm. 293/1993) recuerda que «*los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento manifestado por el concurso de la oferta y la aceptación, que marca el final del iter formativo del contrato, el final de los actos preliminares al mismo, lo que requiere que la oferta contenga todos los elementos determinantes del objeto y la causa, para que la posterior aceptación determine el concurso respecto de ellos*» -v.gr., artículos 1254, 1258 y 1262 CC-.

Continuando con la perfección del contrato a través del consentimiento contractual – obviamente salvo en los supuestos, escasos, de los contratos reales y los contratos formales-, la STS de 14 de octubre de 1998 (Núm. 924/1998) acerca del artículo 1262 CC sostiene que «*la pauta legal indica que (el consentimiento) sólo versará sobre lo que se ofrece y se acepta respecto de una futura relación contractual*». Asimismo, de acuerdo con la STS de 30 de marzo de 2010 (Núm. 168/2010), «*la perfección de los contratos consensuales exige, sin necesidad de otro requisito adicional –artículos 1258, 1262, párrafo primero, y 1275 del Código Civil-, que las partes hubieran tenido intención de quedar obligados y que exterioricen esa voluntad mediante –en este caso- declaraciones destinadas a ser conocidas por la otra –artículo 1262, párrafo segundo del Código Civil-*».

Con base en el concepto de consentimiento aquí reproducido, de acuerdo con DÍEZ-PICAZO, los fenómenos que se encuadran dentro del consentimiento contractual son : a) «la voluntad interna de cada uno de los contratantes; b) «la declaración que cada uno de los contratantes emite»; c) «lo que puede llamarse la voluntad común, es decir, aquella zona donde las dos voluntades , manifestadas a través de las dos declaraciones, coinciden»<sup>210</sup>. Y, en relación a los elementos del consentimiento, siguiendo a CASTÁN, hallamos: a) *pluralidad de sujetos o partes*; b) *capacidad*; c) *voluntad*, en cuanto a que «el consentimiento representa la voluntad

---

<sup>207</sup> RAMS ALBESA, J., Op. Cit., pp. 13 y 14.

<sup>208</sup> CARRASCO PERERA, Á., Op. Cit., p. 139.

<sup>209</sup> RAMS ALBESA, J., Ídem.

<sup>210</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., Op. Cit., p. 173.

conforme o voluntad contractual, que se forma como resultado de la conjunción de las voluntades singulares. Y estas voluntades han de ser conscientes o inteligentes y libres»; d) *declaración*<sup>211</sup>.

En esencia, el consentimiento contractual requiere la concurrencia de dos elementos estrechamente conectados: conocimiento y libertad<sup>212</sup>.

En primer lugar, acerca del conocimiento, la importancia que reviste este presupuesto se evidencia por la gran cantidad de normas de carácter imperativo dedicadas al deber de información, destacando en la práctica de los tribunales los litigios que giran en torno a la información precontractual, pues la actividad judicial de los últimos años en el ámbito civil está intensamente marcada por las controversias surgidas en relación con los contratos de préstamo hipotecario, el escándalo de las participaciones preferentes y la venta de otros instrumentos financieros de elevado riesgo y complejidad, por citar algunos ejemplos.

Como es sabido, tal deber de información se deriva del principio general de buena fe *ex* artículo 7.1 CC, si bien hoy día se recoge expresamente, por ejemplo, en el artículo 60 del TRLGDCU, así como en un buen número de normas sectoriales y, además, se extrae parcialmente de los requisitos de incorporación y transparencia en el ámbito de la contratación por adhesión. Las partes contratantes han de ofrecer la información relevante sobre el objeto del mismo y las consecuencias que de él se derivarán a la contraparte –la información ha de ser suficiente- y, a su vez, dicha información habrá de ser relevante, veraz y comprensible -artículo 60 TRLGDCU-.

Dada la abundancia de controversias como las antes descritas, y considerando que uno de los fines de las normas de protección al consumidor es la subsanación de la asimetría entre las partes y vulnerabilidad de los consumidores, es incuestionable que, efectivamente, se ha producido un fracaso en este sentido. Así lo pone de manifiesto HUALDE MANSO, en cuanto a que, a pesar del carácter imperativo y esencial de las normas sobre los deberes de información, «la práctica ha demostrado que la información por sí sola no cumple su función de protección al consumidor en general y que no logra remediar situaciones de vulnerabilidad»<sup>213</sup>.

Ahora bien, a pesar de que dicha afirmación nos parece incuestionable, esto es, la relación entre la finalidad perseguida por la política legislativa de los últimos años y los resultados obtenidos<sup>214</sup>, la hipótesis que aquí se plantea se centra en que la formación del consentimiento se produzca según los cauces adecuados para ello y en la revisión de las normas relativas a la teoría

---

<sup>211</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, Tomo III, Reus, Madrid, 2008, p. 637.

<sup>212</sup> Entre otros, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Op. Cit.*, p. 637; GARCÍA-GRANERO COLOMER, A. V., *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo III, Vol. I, DELGADO DE MIGUEL, J. F. (Coord. General), SIMÓ SANTOJA, V. L. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002, p. 326; GARCÍA VICENTE, J. R., *Comentarios al Código Civil*, Tomo VII, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), Valencia, 2013, p. 9093, en cuanto a que la vinculación o fuerza de ley de las promesas se justifica en una *decisión libre y consciente*.

<sup>213</sup> HUALDE MANSO, T., *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de Consumo Europeo*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 99.

<sup>214</sup> Sobre esta cuestión, CATALANO, R., “Autonomía privada y desequilibrio de fuerza contractual: perfiles evolutivos de la teoría del contrato en el Derecho italiano y europeo”, *Revista de Derecho Privado*, Núm. 6, Noviembre-Diciembre 2012, p. 109, considera que «aunque haya concordia sobre la necesidad de considerar unitariamente estas disposiciones (relativas a la protección de consumidores), no hay un acuerdo acerca de los efectos que dicha consideración unitaria produce sobre el plano de la teoría general del contrato».

general de los contratos, teniendo en cuenta la práctica contractual actual y tomando en consideración las circunstancias especiales que se dan en la contratación por adhesión, sobre todo cuando el contenido del contrato presenta una serie de cualidades técnicas, ya sean jurídicas o económicas, que dificultan su comprensión. De manera que los deberes de información se revelan del todo imprescindibles a fin de garantizar la posibilidad de conocimiento del contenido contractual durante el proceso de formación del contrato -en cambio, entendemos que no debería pretender el efectivo conocimiento, ya que la consecución de dicho fin requiere la concurrencia de medidas que van más allá del cumplimiento de los deberes de información-.

Pero el motivo por el que se han previsto unos deberes imperativos de información no se agota en la intención de procurar el conocimiento sobre el objeto y la causa objetiva del contrato sino que, además, siguiendo a GARCÍA VICENTE, responde a la necesidad de dispensar protección a la libertad de contratar -autodeterminación-<sup>215</sup>. En este punto, se pone de manifiesto que el deber de información durante la fase precontractual o de formación es un nexo de unión entre los presupuestos esenciales del consentimiento: conocimiento y libertad, pues ambos se aseguran en nuestro ordenamiento mediante la previsión de las normas relativas a los deberes de información.

Sobre la libertad necesaria para la validez del consentimiento prestado, nos referimos, por tanto, a la libertad de contratar, esto es, la libertad para decidir y, en su caso, celebrar un determinado contrato. Conviene precisar, de nuevo, que la libertad aludida no es la contenida en el artículo 1255 CC. Por tanto, en vez de la autonormación del citado artículo, la validez del consentimiento se hace depender de la libertad entendida en el sentido de autodeterminación –es decir, la «capacidad de una persona para decidir por sí misma algo»<sup>216</sup>.

En relación con el principio de autonomía privada, el consentimiento y la contratación por adhesión, se asume la limitación de la autonomía privada dada la predisposición del contenido contractual. Ahora bien, dado que la autonomía privada contractual se compone de la libertad de

---

<sup>215</sup> Según GARCÍA VICENTE, J. R., *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2002)*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 768 y ss., entiende que las razones por las que se han establecido tales deberes son: «la protección de la libertad de decisión sobre si contratar o no hacerlo», «el conocimiento del alcance del compromiso» y el «conocimiento de las cualidades de la prestación»; CÁMARA LAPUENTE, S., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), Colex, Madrid, 2011, p. 489. Y, sobre la libertad de contratar dependiente de la libre competencia, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 66 y 76, al igual que en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. / DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Dir.), ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002, pp. 83 y ss.; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Tratado de Contratos*, Tomo II, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 159.

<sup>216</sup> *Diccionario de la Real Academia Española*. Una definición de la libertad de contratar es la de GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo II, Consejo General del Notariado, España, 2012, pp. 354 y 355, quien considera que «la libertad de contratar consiste en la libre opción del Individuo entre celebrar o no celebrar el contrato o negocio jurídico; elegir si prefiere renunciar a obtener los bienes y servicios deseados, o si prefiere obtenerlos, pero por su propio esfuerzo o con sus propios recursos, haciendo ejercicio de sus propios derechos o titularidades reales o de otra índole...sin recurrir a la colaboración de otras personas, que se vinculen contractualmente con él. O si -por el contrario- prefiere obtener los mismos bienes y/o servicios, recurriendo a la colaboración de otras personas, que se vinculen contractualmente con él, al objeto de proporcionárselos».

contratar –autodeterminación- y la libertad contractual –autonormación-, en lo que a la libertad de contratar respecta, fundamental para la validez del consentimiento, ésta no se ve afectada por la naturaleza de la contratación por adhesión. La libertad de contratar, en cualquier caso, y fuera de supuestos tales como los de violencia e intimidación, se ve cercenada por figuras como los contratos forzosos –que pueden ser por adhesión o por negociación<sup>217</sup>. Pero es que, además, no debe olvidarse que la libertad de contratar no se ve afectada únicamente en un sentido positivo – esto es, el mandato legal sobre la obligatoriedad de celebrar un contrato determinado como en los llamados contratos forzosos-, sino que la libertad de contratar se ve también afectada desde una perspectiva negativa, como sucede con las prohibiciones de adquirir por compraventa contempladas en el artículo 1459 CC -prohibiciones responden a distintos intereses: en primer lugar, la protección del interés privado del vendedor; luego, a raíz de un conflicto de intereses con el comprador y, por último, por razones de orden público<sup>218</sup>.

Las transgresiones a los elementos esenciales «conocimiento» y «libertad», necesarios para la validez del consentimiento contractual, pueden ser de muy variada naturaleza y gravedad. Pero, desde luego, tales transgresiones no se producen de manera exclusiva en el ámbito de la contratación por adhesión o en el de la contratación con consumidores. A pesar de la evidencia de esta afirmación, se percibe una idealización del contrato por negociación desde que se inició el estudio de uno de los aspectos nucleares del contrato por adhesión -y de todo contrato, al fin y al cabo-, esto es, el consentimiento.

## II. CONTEXTUALIZACIÓN PARA LA DETERMINACIÓN DEL VALOR NEGOCIAL DEL CONSENTIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN POR ADHESIÓN.

### 1. La superación del voluntarismo en la contratación por negociación frente a la exaltación de la voluntad en la contratación por adhesión.

A propósito de las críticas a las tesis contractualistas en lo que concierne a la contratación por adhesión y en relación con el valor negocial del consentimiento en este contexto, PAGADOR LÓPEZ apunta que «las especialidades reseñadas del Derecho de condiciones generales pueden explicarse también desde la afirmación de la naturaleza contractual de este tipo de cláusulas, bien que matizada con la observación -mejor, el reconocimiento- de que no todas las cláusulas contractuales son ni han sido, ni siquiera para el codificador decimonónico, iguales ni poseen la misma relevancia desde el punto de vista de los problemas de validez y eficacia del contrato. (...) Que no todas las estipulaciones de un contrato son iguales, sin que por ello unas pierdan su

---

<sup>217</sup> A propósito de los contratos forzosos, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “Los llamados contratos forzosos”, *Ensayos Jurídicos*, Tomo II, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 1652, señala que «la autonomía privada tiene un doble sentido: a) la posibilidad de creación autónoma de relaciones jurídicas; b) posibilidad de determinación autónoma del contenido de estas relaciones. Por ello, parece también exacto que las limitaciones (...) pueden producirse en dos sentidos: a) relaciones jurídico-privadas que nos e constituyen autónomamente; b) relaciones que, con independencia del modo como hayan sido constituidas, no ven autónomamente determinado un contenido. En este segundo supuesto, que conviene apartar del primero para dar claridad al tema, caben los llamados contratos reglamentados, contratos dictados, contratos normados. El primero, objeto único de nuestra atención, es el llamado contrato forzoso».

<sup>218</sup> GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *Comentarios al Código Civil*, Tomo VII, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 10284.

naturaleza contractual o deban ser consideradas menos contractuales que otras, es por otra parte, una idea que se manifiesta en numerosos preceptos del Código civil en material de obligaciones y contratos»<sup>219</sup>.

Desde nuestro punto de vista, la negación de la *contractualidad* de los contratos por adhesión parece provenir precisamente de aquellas posturas puramente voluntaristas del contrato por negociación. Es decir, da la impresión de que la negativa a equiparar la adhesión al consentimiento contractual -sin distinción entre elementos esenciales y no esenciales- o la negación de valor negocial al consentimiento prestado por el adherente en general vienen motivadas en gran medida por una suerte de exaltación de la concepción tradicional del contrato de acuerdo con los *ideales* decimonónicos de libertad e igualdad -pero que no dejaban de ser unos ideales y esa era su consideración-.

La exaltación o sobrestimación del contrato por negociación de acuerdo con las tesis puramente voluntaristas no debe atribuirse en exclusiva a la doctrina reciente. En realidad, más bien estamos ante una continuación o perpetuación de dicha exaltación. Según la concepción ideal decimonónica del contrato -por negociación-, que se caracteriza por el auge y posterior inicio de la decadencia del individualismo liberal, el contrato se fundamenta, por tanto, en los siguientes presupuestos ideológicos y sociológicos: a) en primer lugar, la economía liberal; b) segundo, «la idea de la sustancial igualdad de las partes contratantes» -*igual situación en un mismo plano económico*-; c) y, por último, la libertad individual<sup>220</sup>.

Probablemente, el presupuesto que con mayor frecuencia se ha empleado para resaltar la singularidad de la contratación por adhesión es el de la desigualdad entre las partes contratantes, destacando el poder del predisponente sobre el adherente. A nuestro juicio, y tomando en consideración la desigualdad económica y social imperante durante el siglo XIX -que se corresponde con el período de la codificación-, la concepción del contrato por negociación parte de unos fundamentos ideales, que, en lo que respecta al consentimiento contractual, suponen que su validez se hace depender del conocimiento y la libertad. Ahora bien, ello no obsta para que al mismo tiempo se previese todo un sistema de *remedios* como reacción ante posibles transgresiones contra *ese conocimiento y esa libertad*. El engaño durante la fase precontractual o de formación, y cualquiera que sea el modo en que se manifieste -incumplimiento del deber de información por suministrar información no veraz o bien por no proporcionarla de manera comprensible-, atenta contra el conocimiento y contra la libertad de contratar, lo cual no puede ser considerado un tipo de transgresión surgido con motivo del empleo, *per se*, de condiciones generales y cláusulas predisuestas ni tampoco debido a las potenciales desigualdades entre el predisponente y el adherente -desigualdades que, a su vez, pueden ser de muy diversa índole y grado-.

De hecho, como pone de relieve DÍEZ-PICAZO, acerca del dogma de la perfecta voluntad y la pugna entre voluntaristas y declaracionistas, sobre los criterios hermenéuticos sostiene que

---

<sup>219</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pp. 650 y 651.

<sup>220</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., Op. Cit., pp. 526 y 527, acerca de la exageración de la importancia del contrato desde una perspectiva teórica, con base en el pensamiento individualista liberal; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 137.

«resulta imposible saber por qué se adoptan criterios de interpretación objetiva, como la interpretación usual, la interpretación *contra stipulatorem* o la interpretación que tiende a conservar el negocio y a dotarle de mayor eficacia, porque si el contrato es voluntad, sólo los llamados criterios de interpretación subjetiva deberían mantenerse. (...). Por esta razón, las tendencias modernas se sitúan más bien en la línea de restar las mágicas componentes voluntaristas al contrato»<sup>221</sup>. Por tanto, la exaltación del ideal del contrato -por negociación- no solo queda fuera de lugar ante un contrato en el que se emplean condiciones generales y cláusulas predispuestas. Una vez en el terreno de la realidad práctica y a pesar de que el punto de partida sea la idealización de la voluntad contractual, el propio Código civil prescinde de dicho criterio puramente voluntarista.

En consecuencia, si el propio Derecho común prescinde de la sobrestimación de la voluntad negocial, esta circunstancia repercute en el propio concepto de contrato de manera que puede ser considerado como «una operación económica de distribución y de circulación de bienes y servicios surgida de la iniciativa privada en la que los interesados arreglan autónomamente sus propios intereses»<sup>222</sup>. De este modo, habida cuenta además de la práctica contractual actual de consumo, a la hora de definir y valorar el consentimiento contractual ha de tenerse presente la diferenciación entre la noción ideal del contrato y una noción más actualizada y ajustada a la realidad práctica; así, el vínculo contractual no depende exclusivamente de la voluntad de las partes, independientemente de que el contenido contractual haya sido predispuesto o, en su lugar, dicho contenido hubiese sido negociado por las partes contratantes, puesto que han de tenerse en cuenta exigencias tales como la protección de la estabilidad de los contratos, la protección de los consumidores o la doctrina de los actos propios<sup>223</sup>.

## **2. La bidimensionalidad del contrato por adhesión: los controles de condiciones generales y cláusulas predispuestas y la teoría de los vicios del consentimiento.**

Dada la naturaleza del contrato por adhesión y el tratamiento que, en consonancia a ello, ha recibido por parte de la doctrina y jurisprudencia, la validez de esta clase de contratos se puede centrar en lo que respecta a la validez de cada una de las condiciones generales y cláusulas predispuestas, o bien, el contrato puede ser considerado como un todo, lo que responde al concepto unitario del contrato.

Aunque la contratación por adhesión se encuentra regulada específicamente en la LCGC y en el TRLGDCU, además son de aplicación a cada caso concreto distintas normas sectoriales que abordan aspectos nucleares relativos al consentimiento contractual -así, la *Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro*, LCS en lo sucesivo o la *Ley 16/2011, de 24 de junio, de*

---

<sup>221</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Op. Cit.*, pp. 153 y 154.

<sup>222</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Op. Cit.*, p. 154.

<sup>223</sup> Sobre la capacidad del concepto de contrato para adaptarse a las particularidades y novedades del mercado, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Tratado de Contratos*, Tomo I, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 105. Asimismo, sobre los otros elementos que influyen en la vinculación contractual, MORALES MORENO, A. M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, Vol. 1º-B, ALBALADEJO, M. / DÍAZ ALABART, S. (Dir.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, p. 216.

*contratos de crédito al consumo*, LCCC-. Por tanto, dada la realidad práctica, las vicisitudes durante la fase precontractual o de formación del contrato que puedan surgir en el contexto de un contrato por adhesión exceden de lo previsto por la LCGC y TRLGDCU. En tales casos, aparte de las normas sectoriales citadas que puedan ser de aplicación, se hace necesario asimismo acudir a lo previsto por nuestro Código Civil.

Esta circunstancia se pone de manifiesto, por ejemplo, en el caso de que el tomador del seguro incumpla su deber de declarar «todas las circunstancias conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo» -artículo 10.1 LCS-. Aparte del hecho de que el contrato de seguro sea un contrato por adhesión y le sean de aplicación la LCGC, el TRLGDCU y el artículo 3 LCS, debido a que la controversia surge con motivo del incumplimiento del tomador, no se procederá a la práctica de los controles de incorporación, contenido ni transparencia propios de la contratación por adhesión, sino que se estará a lo dispuesto por el artículo 10 LCS, de acuerdo con el cual y conforme a nuestra jurisprudencia, las consecuencias previstas en su segundo apartado son : «a) *La facultad del asegurador de ‘rescindir el contrato mediante declaración dirigida al tomador del seguro en el plazo de un mes, a contar del conocimiento de la reserva o inexactitudes del tomador del seguro’*. b) *La reducción de la prestación del asegurador ‘proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo’*. Esta reducción se produce únicamente si el siniestro sobreviene antes de que el asegurador haga la declaración de rescisión. c) *La liberación del asegurador del pago de la prestación. Este efecto solo se produce, según el artículo 10 II, último inciso, LCS, ‘[s]i medió dolo o culpa grave del tomador del seguro’ (SSTS 31 de mayo de 2004; 17 de julio de 2007, rec. 3121/2000)»* -entre otras, las SSTS de 4 de diciembre de 2014 (Núm. 676/2014), de 17 de febrero de 2016 (Núm. 72/2016), de 5 de abril de 2017 (Núm. 222/2017)-.

No es nuestra intención aquí negar la singularidad de la contratación por adhesión, menos aún cuando la cuestión que se está abordando es la validez de esta clase de contratos y el consentimiento contractual. Lo que se pretende poner de relieve es la necesidad de armonización entre la teoría general de los contratos y las especialidades inherentes a la contratación por adhesión y su regulación especial, pues las controversias relativas a la fase precontractual o de formación, según las circunstancias de cada caso, se pueden referir a los vicios del consentimiento, el deber general de buena fe *ex* artículo 7.1 CC, las normas relativas a la interpretación e integración de los contratos o bien, por otro lado, la aplicación del control de incorporación o la averiguación de si se da la abusividad de una o varias cláusulas por la no superación del control de transparencia.

Durante los últimos años han abundado las sentencias relativas a la anulabilidad de contratos sobre productos o instrumentos financieros complejos en virtud de un error vicio. Esta clase de contratos suelen ser contratos por adhesión, de tal manera que no faltan las sentencias en las que se aborda no solo la posible concurrencia de un error vicio sino que también hay situaciones en las que se ha alegado -pero no estimado- la posible abusividad de una o varias cláusulas por un defecto de transparencia. Si bien es cierto que estos asuntos han sido resueltos por la vía del error vicio, en ellos se evidencia el hecho de que la solución a las controversias que puedan surgir a propósito de la contratación por adhesión no se agota en las previsiones de su



normativa específica -LCGC, TRLGDCU-<sup>224</sup>, incluso aunque tenga la consideración de «auténtico modo de contratar claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación por nuestro Código Civil» -SSTS de 18 de junio de 2012 (Núm. 406/2012), de 7 de abril de 2014 (Núm. 166/2014), de 28 de mayo de 2014 (Núm. 246/2014), de 8 de septiembre de 2014 (Núm. 464/2014), de 14 de diciembre de 2017 (Núm. 669/2017)-.

De este modo, si se llega al punto de negar valor negocial al consentimiento contractual en lo que respecta, al menos, a los elementos esenciales del contrato, se desnaturalizarían las sanciones previstas, asimismo, en leyes como en la *Ley de Represión de la Usura* que, como se verá, a propósito de la creación del control de transparencia, un sector de la doctrina jurisprudencial parece apoyar la negación del valor de la voluntad negocial del adherente, incluso cuando en lo que respecta a las cláusulas cuyo objeto tiene la consideración de elemento esencial.

Ante un contrato por adhesión cuyo objeto recaiga sobre un préstamo –o similar- o bien la adquisición de un producto financiero, se podría producir la inaplicabilidad de tales normas partiendo de su propia finalidad y en consideración de la importancia de la formación del consentimiento como elemento esencial de los contratos por negociación y como requisito para la perfección de los mismos. Según la STS de 18 de junio de 2012 (Núm. 406/2012), «dentro de la particularidad enunciada en la aplicación de la ley de usura, cabe resaltar que su configuración como una proyección de los controles generales o límites del artículo 1255 del Código, especialmente de la consideración de inmoralidad de los préstamos usurarios o leoninos, presupone una lesión grave de los intereses protegidos que, sin duda, y a diferencia de las condiciones generales representa un control tanto del contenido del contrato, sobre la base de la idea de lesión o de perjuicio económico injustificado, como validez estructural del consentimiento prestado»<sup>225</sup>. Por este motivo, si la eficacia última del contrato por adhesión no se fundamenta en el consentimiento prestado por las partes contratantes, sino en una serie de deberes que han de ser cumplidos por el predisponente, la Ley de Represión de la Usura perdería parte de su razón de ser cuando el contrato de préstamo –o similar- fuese predispuesto por una de las partes contratantes.

Esta cualidad de la contratación por adhesión y el consentimiento contractual se manifiesta asimismo en supuestos en los que el adherente es un profesional y el predisponente incumple los deberes de información. En este sentido, en el caso de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre profesionales que incluía una cláusula de limitación del interés variable, ante la pretensión de dejar sin efecto la referida cláusula, se recuerda que dadas las

---

<sup>224</sup> En sentido parecido, MERCADAL VIDAL, F. / HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización de swaps de tipos de interés por las entidades de crédito. Estudio sobre la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales*, Bosch, España, 2012, p. 50. Por su parte, ZUNZUNEGUI, F., “Negociación de swaps por cuenta propia”, *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, Working Paper 1/2012, junio 2012, p. 15, acerca del empleo de contratos estandarizados mediante el empleo del Contrato marco de operaciones financieras -CMOF- de la Asociación Española de Banca -AEB- e, incluso, la inserción de condiciones generales en la parte que se debería considerar dedicada a las condiciones particulares. De tal manera que los clientes minoristas no negocian el contenido del contrato celebrando, por tanto, contratos por adhesión.

<sup>225</sup> Según DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., Op. Cit., p. 185, «para que exista contrato, debe existir un consentimiento, que ha de ser serio, espontáneo y libre. Cuando alguna de estas cualidades o condiciones del consentimiento no se da, se dice que el consentimiento se encuentra viciado, de suerte que en el contrato existe una irregularidad que ha de determinar, o al menos permitir, su invalidación».

limitaciones a la aplicación de la LCGC cuando el adherente es un profesional -por supuesto, el TRLGDCU queda totalmente excluido-, serán de aplicación las *normas contractuales generales* o *régimen general del contrato por negociación*.

Así, de acuerdo con las SSTs de 3 de junio de 2016 (Núm. ) y de 18 de enero de 2017 (Núm. 30/2017), *«puede considerarse que la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, es defendible, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato»*. Por tanto, en este supuesto se está haciendo referencia al control de transparencia, que supone la instrumentalización de la falta de transparencia por parte del predisponente para provocar en el adherente una idea errónea acerca del objeto de la cláusula afectada por la referida falta de transparencia, lo cual, dicho sea de paso, se relaciona con la doctrina de las cláusulas sorprendentes.

Continúa la sentencia relacionando la falta de transparencia empleada por el predisponente, a fin de que el adherente se haga una representación equivocada entre lo pactado y lo que creía estar pactando, con el principio de buena fe en el sentido de que *«puede resultar contrario a la buena fe sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente. Así, el art. 1258 CC ha sido invocado para blindar, frente a pactos sorprendentes, lo que se conoce como el contenido natural del contrato (las consecuencias que, conforme a la buena fe, y según las circunstancias -publicidad, actos preparatorios, etc- se derivan de la naturaleza del contrato)»*.

De tal manera que, como pone de relieve la STS de 18 de enero de 2017 (Núm. 30/2017), de acuerdo con las normas sobre la teoría general de los contratos, junto con los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, en concreto el artículo 1:201 sobre el principio general de buena fe y el artículo 4:110.1, será posible la declaración de *«la nulidad de cláusulas abusivas sea cual fuere la condición (consumidor o no) del adherente, entendiendo por tales las que “causen, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato”»*. Así, el abuso de posición de dominio del predisponente, *«en el sentido de que el predisponente hace un mal uso de su capacidad de imposición de las condiciones generales para introducir cláusulas que desnaturalizan el contenido contrato»*, será apreciable independientemente de la condición de profesional del adherente. Por tanto, de acuerdo con la sentencia citada, *«para que pueda estimarse que concurren tales circunstancias, habrá que tomar en consideración el nivel de información proporcionado, pues una correcta información excluiría el factor sorpresivo, y la diligencia empleada por el prestatario adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas del préstamo y los posibles efectos futuros de la condición general discutida sobre el coste del crédito»*.

En definitiva, en el contexto de la contratación por adhesión, el consentimiento contractual puede ser abordado desde la perspectiva del contrato considerado en su conjunto - concepción unitaria- o bien se puede pasar a valorar la validez de cada condición general o cláusula predispuesta de manera aislada con fundamento en las normas contenidas en la LCGC y en el

TRLGDCU. Asimismo, según el objeto del contrato o bien la pretensión del adherente, serán de aplicación distintas normas sectoriales -como el *Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores*, TRLMV en adelante- junto con los artículos del Código Civil dedicados, por ejemplo, a los vicios del consentimiento en el supuesto de los contratos relativos a instrumentos financieros complejos.

Dada la conjunción de las distintas valoraciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el consentimiento en los contratos por adhesión, la validez de las condiciones generales y cláusulas predispuestas y la realidad práctica que se impone en esta clase de contratación, llegamos a la conclusión de que en la práctica el contrato por adhesión se presenta como un fenómeno de carácter bidimensional, aunque quedaría por determinar si dicha bidimensionalidad es una cualidad congénita del contrato por adhesión o más bien es una cualidad artificial creada por la doctrina y jurisprudencia.

En conclusión, esta bidimensionalidad se justifica en que, según los casos, será de aplicación la normativa específica de la contratación por adhesión, considerando la validez de las condiciones generales y cláusulas predispuestas de manera independiente y sin entrar a valorar el consentimiento contractual prestado -es decir, sin considerar el contrato como un todo-. En cambio, en otros supuestos la norma aplicable será el Derecho común junto con la normativa sectorial de que se trate, valorando, como sucede respecto de los productos financieros complejos, si el consentimiento contractual se encontraba viciado o no -el contrato considerado en su conjunto y cuya validez depende del consentimiento contractual-. Estas circunstancias no hacen sino dificultar aún más la determinación del valor y alcance del consentimiento contractual y la validez de las condiciones generales y cláusulas predispuestas en el ámbito que nos ocupa.

### **III. PRINCIPALES TEORÍAS SOBRE EL VALOR NEGOCIAL DEL CONSENTIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN POR ADHESIÓN. EN ESPECIAL, LA DISTINCIÓN ENTRE ELEMENTOS ESENCIALES Y ELEMENTOS NO ESENCIALES.**

#### **1. Aproximación a las distintas posturas doctrinales relativas al consentimiento en la contratación por adhesión y a la validez de condiciones generales y cláusulas predispuestas.**

En el ámbito de la contratación por negociación, el concepto de consentimiento contractual, así como los distintos fenómenos que en él se distinguen y los elementos que lo conforman, se encuentran claramente determinados sin que en la actualidad planteen la necesidad de sustanciales interpretaciones doctrinales ni jurisprudenciales al respecto. Así, por ejemplo, ocurre con las excepciones a la prohibición de la autocontratación, el consentimiento tácito, los supuestos de simulación o la capacidad de obrar de los sujetos otorgantes del consentimiento<sup>226</sup>.

Sin embargo, desde la proliferación de los contratos por adhesión, una de las mayores preocupaciones que esta clase de contratación ha planteado es la relativa al consentimiento

---

<sup>226</sup> Por ejemplo, en cuanto al caso concreto del artículo 1263 CC sobre la capacidad para otorgar válidamente el consentimiento contractual, tras la reforma operada por la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, se prevé de manera expresa que los menores de edad podrán dar válidamente su consentimiento en «aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales».

contractual. Cuestión que entendemos que a día de hoy sigue ocupando el centro del debate doctrinal. La validez del consentimiento prestado por las partes contratantes depende de que éste se produzca cumpliendo con el requisito de que dicha formación de la voluntad se produzca de manera consciente o inteligente y libre<sup>227</sup>. Como bien puso de relieve DE CASTRO, «la falla que primero se advierte en las condiciones generales, por más llamativa y chocante, se refiere al consentimiento. Se consiente sobre lo conocido y entendido»<sup>228</sup>; lo cual, de acuerdo con el referido autor, difícilmente podrá tener lugar si «las condiciones generales, por su misma complejidad, no pueden ser entendidas por los clientes»<sup>229</sup>.

Tomando como referencia estas consideraciones acerca del consentimiento contractual en la contratación por adhesión, con el paso del tiempo las tesis contractualistas fueron objeto de fundamentada crítica, dado que se hace difícil el encaje de los parámetros tenidos en cuenta para la valoración del consentimiento conforme a la teoría general de los contratos cuando el contenido del contrato ha sido predispuesto por una sola de las partes contratantes.

De acuerdo con ALFARO, en la contratación por adhesión es preciso distinguir entre el consentimiento prestado y la adhesión a las cláusulas predispuestas pues, desde una perspectiva dogmática, en los contratos por adhesión el consentimiento como tal recae sobre el objeto principal del contrato y respecto del resto de cláusulas el adherente simplemente realiza un acto voluntario sin que llegue a tener la categoría de acto de autodeterminación, es decir, a pesar de la voluntariedad del acto, ello no implica que dicho acto haya sido llevado a cabo de manera libre<sup>230</sup>. Siguiendo esta distinción entre lo que el adherente verdaderamente consiente y a lo que simplemente se adhiere, para un sector doctrinal la aplicación de los controles sobre condiciones generales y cláusulas predispuestas se justifica en la necesidad de protección del adherente, cuando es consumidor, «frente a contenidos contractuales que no se ha detenido a considerar ni ponderar con un mínimo de detenimiento, y respecto de los cuales, en consecuencia, no ha consentido plenamente»<sup>231</sup>.

Por su parte, BALLESTEROS GARRIDO pone el acento en el hecho de que las tesis contractualistas, incluyendo las revisiones de tales tesis, siguen sin aportar una justificación suficiente que permita equiparar la adhesión al consentimiento contractual. Además, cuestiona la idoneidad del razonamiento seguido por estas tesis, que se caracteriza por la equiparación entre

---

<sup>227</sup> Entre otros, CASTÁN TOBEÑAS, J., Op. Cit., p. 637; o, en palabras de GARCÍA-GRANERO COLOMER, A. V., *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo III, Vol. I, DELGADO DE MIGUEL, J. F. (Coord. General), SIMÓ SANTOJA, V. L. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002, p. 326, la formación interna del consentimiento ha de producirse y exteriorizarse con plena razón y libertad.

<sup>228</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. XIV, Núm. 2, 1961, p. 322.

<sup>229</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., Ídem; ROYO MARTÍNEZ, M., “Contratos de adhesión”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 2, Núm. 1, 1949, pp. 54 a 70; BALLESTEROS GARRIDO, J. A., *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, p. 120.

<sup>230</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. / DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Dir.), ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002, p. 82; y del mismo autor, años antes, en *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Civitas, Madrid, 1991, p. 55.

<sup>231</sup> BUSTO LAGO, J. M. / ÁLVAREZ LATA, N. / PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de Consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, BUSTO LAGO, J. M. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 167.

consentimiento y adhesión, cuando precisamente se justifica la aplicación de distintos controles –los de incorporación, contenido y, ahora, también de transparencia- con base en la libertad limitada del adherente y su contenido contrario a Derecho. Por tanto, si la adhesión equivale al consentimiento contractual, no sería aceptable la exclusión de la eficacia del clausulado del contrato por adhesión por medio de los controles antes citados –principio *pacta sunt servanda*-. En palabras del referido autor, «si se considera que la adhesión equivale a la aceptación de la oferta contractual contenida en las condiciones generales, no tiene sentido controlar su contenido, porque sería un acto de autonomía y su limitación supondría una restricción injustificable de la libertad contractual de las partes»<sup>232</sup>.

DE CASTRO puso de manifiesto que el consentimiento contractual no se puede dar cuando las condiciones generales, caracterizadas por su complejidad, no han sido comprendidas por el adherente<sup>233</sup>. Al respecto, BALLUGERA va más allá precisando que, incluso cuando las cláusulas son claras, no se puede tener la seguridad de que la intención de los contratantes coincide con lo predispuesto en el contrato, ya que la ausencia de negociación en esta clase de contratación y el hecho de que su contenido sea impuesto, implica la duda acerca de la necesaria confluencia de voluntades propia del consentimiento contractual. De hecho, para este autor, la posibilidad de que el adherente no conozca el contenido del contrato conlleva que no se pueda tener la certeza del *querer* ni tampoco del *no querer* del adherente. En definitiva, esta circunstancia lleva a que «las dudas sobre el consentimiento de las condiciones generales se extienden por razón de la indivisibilidad del contrato, al resto del contenido contractual, que por esa razón se vuelve, en su totalidad, anfíbológico»<sup>234</sup>.

## **2. El consentimiento contractual en función de la distinción entre elementos esenciales y elementos no esenciales.**

### *2.1. Introducción.*

El aludido tratamiento diferenciado que reciben los contratos por adhesión según la clase de controversia de que se trate plantea la necesidad de comprobar el grado de armonización entre las normas relativas al Derecho común y las específicas de la contratación por adhesión. Cuando el contrato celebrado es por adhesión, esta cuestión se manifiesta principalmente en el valor que recibe el consentimiento contractual en esta sede y la naturaleza jurídica -la validez- de las condiciones generales y cláusulas predispuestas.

En la actualidad, la doctrina mayoritaria parece aceptar la consideración de que el consentimiento contractual se ciñe en exclusiva a las cláusulas cuyo objeto es alguno de los elementos esenciales, mientras que sobre los elementos no esenciales se produce la imposición por parte del predisponente. Asimismo, dependiendo de la postura doctrinal que se adopte, los distintos controles específicos de incorporación, de transparencia y de contenido pueden tener un

---

<sup>232</sup> BALLESTEROS GARRIDO, J. A., Op. Cit., pp. 136 y ss.

<sup>233</sup> Vid. Supra.

<sup>234</sup> BALLUGERA GÓMEZ, C., *El contrato no-contrato*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, pp. 46 a 50.

significado y alcance diverso que afectan a la determinación de la validez de las condiciones generales y cláusulas predispuestas.

A fin de alcanzar la armonización no solo entre el Derecho común y las normas específicas de los contratos por adhesión, es de especial relevancia el análisis de la naturaleza jurídica de esta clase de contratación, que se divide entre la consideración del contrato de manera unitaria y, por otro lado, la valoración de cada cláusula de manera separada, ya que en determinados aspectos parecen detectarse dificultades para la coexistencia de los distintos fundamentos normativos y jurisprudenciales.

## 2.2. La superación de la concepción unitaria del contrato.

Tradicionalmente en nuestra doctrina se ha aceptado la distinción entre los elementos esenciales de los contratos y los llamados elementos no esenciales -formados por los elementos naturales, relativos a normas jurídicas dispositivas, y los accidentales, que las partes incluyen en el contrato-<sup>235</sup>. A su vez, también responde a nuestra tradición jurídica la concepción unitaria del contrato, en tanto que el contrato se entiende como «un instrumento unitario para la consecución de intereses, según la voluntad de los contratantes y su autónoma decisión»<sup>236</sup>.

Aunque la alusión a la concepción unitaria del contrato ha sido empleada a la hora de fundamentar reticencias hacia, por ejemplo, la nulidad parcial o bien la propuesta para la distinción entre dolo causante y dolo incidental según que el engaño recayese sobre un elemento esencial o no<sup>237</sup>, es un hecho que hoy día se encuentra plenamente admitida la excepción al concepto unitario del contrato. Esta circunstancia se pone de manifiesto especialmente en el ámbito de la contratación por adhesión, por ejemplo, al prever la ineficacia parcial del contrato en el artículo 10.1 LCGC en caso de que se declare la nulidad de una cláusula o su no incorporación y el artículo 83 TRLGDCU al disponer que los contratos seguirán siendo obligatorios una vez declarada la nulidad de una cláusula abusiva -siempre que el contrato pueda subsistir sin la cláusula no incorporada o declarada nula por abusiva-.

Pero en lo que respecta a la validez de las condiciones generales y cláusulas predispuestas, la materialización de la superación del concepto unitario del contrato que nos interesa es la que se recoge en el artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE al excluir del control de contenido las cláusulas cuyo objeto sea «la definición del objeto principal del contrato» o bien que se refieran «a la

---

<sup>235</sup> Distinción tripartita que recoge POTHIER, R. J., en su *Tratado de las Obligaciones*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, México, 2003, pp. 14 a 17, y advierte DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 421, de que esta clasificación «posee toda la arbitrariedad de las clasificaciones escolásticas y se forma implicando ideas que son completamente heterogéneas».

<sup>236</sup> A propósito de las posturas contrarias a la admisibilidad de la nulidad parcial, dado que supondría la mutilación de lo que las partes han dispuesto en ejercicio de su autonomía privada, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Op. Cit.*, p. 586.

<sup>237</sup> DE COSSÍO Y CORRAL, A., *El Dolo en el Derecho Civil*, Comares, Granada, 2005, p. 204; MORALES MORENO, A. M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, Vol. 1º-B, ALBALADEJO, M. / DÍA ALABART, S. (Dir.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, pp. 431 y 432; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Op. Cit.*, p. 201 y 586 y ss.; sobre el reconocimiento de la nulidad parcial en la teoría general de los contratos, BUSTO LAGO, J. M. / ÁLVAREZ LATA, N. / PEÑA LÓPEZ, F., *Op. Cit.*, pp. 233 y 234.

adecuación entre precio y retribución» o «o a los bienes y servicios o bienes que haya de proporcionarse como contrapartida».

Distinguir entre las cláusulas que conforman el contenido contractual según la relevancia de su contenido, ya sea denominándolas cláusulas esenciales y no esenciales o bien distinguiendo las cláusulas relativas a las prestaciones principales del contrato del resto, incide en la labor de determinación del valor del consentimiento contractual en la contratación por adhesión, en general, y en la validez de condiciones generales y cláusulas predispuestas, en particular.

En nuestro país, ya en los primeros trabajos doctrinales sobre el contrato por adhesión, esta modalidad de contratación se identificó con la ausencia de una *unidad volitiva*. POLO, al distinguir entre elementos esenciales y no esenciales concluyó que dicha distinción llevaría también a diferenciar «entre la voluntad real de las partes y aquella que es solamente presunta», de forma que se debería impedir la aplicación de las cláusulas no esenciales que entrasen en contradicción con la *voluntad real* plasmada en las *cláusulas esenciales* del contrato<sup>238</sup>. Al respecto, el autor recuerda la tesis defendida por DEREUX, en cuanto a que «las cláusulas accesorias e imprecisas fueron aceptadas bajo una condición tácita; que no contradigan ni directa, ni indirectamente, las principales o esenciales»<sup>239</sup>. En este sentido, también PÉREZ-SERRABONA considera que la teoría del autor francés «es particular porque es cierto que las cláusulas esenciales (las que el oferente y el adherente así las han considerado) generan efectos jurídicos esenciales; sin embargo, las llamadas accesorias, también incluidas en el contrato y a las que ha habido igualmente adhesión (y por tanto, aunque sólo sean para una parte, tienen la cualidad de accesorias) sólo pueden producir efecto accesorios, pues así lo exige, en su opinión, el principio de buena fe y el de equidad que preside esta materia en el Código civil»<sup>240</sup>. Así pues, desde sus orígenes, el contrato por adhesión se puso en relación con la ausencia de unidad volitiva, lo que evidentemente entraba en conflicto con la concepción unitaria del contrato<sup>241</sup>.

---

<sup>238</sup> POLO, A., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1942”, *Revista de Derecho Privado*, Tomo XXVI, Madrid, enero-diciembre 1942, pp. 716 y 717.

<sup>239</sup> En concreto, DEREUX, M. G., “De la nature juridique des «contrats d’adhésion»”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, 1910, p. 540, «on cherche, il est vrai, à nous enfermer dans une sorte de dilemme : ou les clauses accessoires ont été entièrement acceptées par l’adhérent, et alors elles sont pleinement valables, - ou elles ne l’ont pas été, et alors, du point de vue contractuel, elles sont nulles. - Nous répondons : ces clauses ont été acceptées, mais sous une condition tacite : à savoir qu’elles ne contrediraient ni directement ni même indirectement les clauses principales, et qu’elles n’aboutiraient pas à les rendre pratiquement illusoirs... Les contrats peuvent-ils être affectés de conditions tacites qui en limitent l’effet sans le détruire ? Assurément. Cela suffit pour que le dilemme qu’on nous oppose s’écroule».

<sup>240</sup> PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., *El contrato de seguro: interpretación de las condiciones generales*, Comares, Granada, 1993, p. 29.

<sup>241</sup> POLO, A., Op. Cit., pp. 716 y 717, sosteniendo que «la objeción fundamental que cabe hacer a este criterio de interpretación, sobre todo desde el ángulo de la seguridad jurídica, es ésta: o todo el contenido del contrato ha sido aceptado, o no lo ha sido». También, ROYO MARTÍNEZ, M., “Contratos de adhesión”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 2, Núm. 1, 1949, p. 61, hace alusión al concepto unitario del contrato, según el cual «el contrato ha de ser siempre considerado como un todo o complejo orgánico no susceptible de desmembración ni de fraccionamiento»; pero, en los contratos por adhesión, el autor citado entiende que, habitualmente, en este tipo de contratos no se produce una *unidad volitiva*.

### 2.3. Criterios para la distinción entre las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato y a los elementos no esenciales.

Una de las propuestas dirigidas a la distinción entre dolo causante y dolo incidental consistía en realizar dicha diferenciación en función de que el engaño recayese sobre aspectos relativos a algún elemento esencial del contrato o no. Esta propuesta fue desechada fundamentándose en el concepto unitario del contrato<sup>242</sup> aunque, atendiendo a las normas sustantivas relativas a la protección del adherente frente a posibles abusos de la parte predisponente, esta diferenciación entre dolo causante y dolo incidental según los elementos sobre los que recaiga el engaño merece su replanteamiento desde el enfoque de la adhesión a los contratos<sup>243</sup>.

Como es sabido, según el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». En los contratos por adhesión, el Derecho sustantivo claramente diferencia entre unos y otros tipos de cláusulas. La discusión acerca de si dicho artículo de la normativa europea es aplicable en nuestro país, dado que no se transpuso expresamente, ha sido ya del todo superada, siendo doctrina jurisprudencial que, efectivamente, a pesar de no haberse transpuesto, es inadmisibles el control de contenido sobre una cláusula que defina el objeto principal del contrato.

Como sostiene GONZÁLEZ PACANOWSKA, gran parte de la doctrina vino a relacionar la posibilidad de someter a control de contenido las cláusulas relativas a los elementos esenciales de los contratos con lo que supondría un examen de la equivalencia de las prestaciones implicando un «control de precios», lo cual contravendría el sistema económico previsto por nuestra Constitución<sup>244</sup>. De nuevo, nos encontramos ante una cuestión que se deja al control ejercido por un mercado de libre competencia, pues el precio de bienes y servicios variará según la ley de la oferta y de la demanda.

No obstante, esta alusión al sistema económico establecido por la CE ha sido rebatida por CARRASCO. El hecho de que se admita o no el ejercicio de control sobre el precio de la contraprestación no se trata de una cuestión a dirimir con fundamento en nuestro texto constitucional cuando, por ejemplo, en la *Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo*, en su artículo 20.4, se ha puesto límite al precio del dinero. En cualquier caso, lo que se debería comprobar es si el juzgador tendría atribuida competencia para ello, lo cual ha de reconocerse conforme al artículo 83.2 TRLGDCU. Asimismo, continúa el autor, si la intención es proteger el libre mercado, carece de sentido permitir el control de contenido sobre una cláusula

---

<sup>242</sup> DE COSSÍO Y CORRAL, A., Op. Cit., p. 204; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., Op. Cit., p. 201; MORALES MORENO, A. M., Op. Cit., p. 431.

<sup>243</sup> Vid. Supra.

<sup>244</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 974 y ss., además, recuerda la autora que el artículo 51 CE, donde se proclama la protección de los consumidores ha de ser interpretada conforme a los artículos 38 y 128 CE.



destinada a la determinación del modo en que se haya de calcular el precio, a diferencia de lo que ocurre respecto de las cláusulas en las que se establece el precio<sup>245</sup>.

Siguiendo un orden cronológico en lo que respecta a la jurisprudencia, tanto nacional como europea, que ha entrado a intentar determinar qué se entiende por cláusula definitoria del objeto del contrato, la adecuación entre precio y retribución, y las contraprestaciones, la STJUE de 3 de junio de 2010, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, asunto C-484/08, interpreta los artículos 4.2 y 8 de la Directiva 93/13/CEE de manera que «*deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato...*». Sin embargo, en la STS de 18 de junio de 2012 (Núm. 406/2012)<sup>246</sup> se sostiene que, para la introducción en nuestro sistema del control de transparencia, «*aunque no hay una posición unánime al respecto, [se] debe entender, por aplicación teleológica de la Directiva del 93, art. 4.2, que los elementos esenciales del contrato, si bien excluidos del control de contenido, no obstante pueden ser objeto de control por vía de inclusión y de transparencia*».

Comúnmente, en lugar de emplearse la terminología del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, se ha venido distinguiendo entre elementos esenciales y elementos no esenciales al tratar esta cuestión. En este sentido, tal y como se indica en la STS de 9 de mayo de 2013, la Directiva no se detiene a distinguir entre elementos esenciales y no esenciales, sino que, efectivamente, expresamente se refiere a la «definición del objeto principal del contrato» y, por otra, a la «adecuación entre precio y retribución» -equivalencia de las prestaciones-. Dejando a un lado lo concerniente a la equivalencia de las prestaciones, respecto del objeto principal del contrato se colige que la normativa europea no está haciendo referencia a los elementos esenciales del contrato -que son los necesarios para su validez-, sino únicamente a la definición del objeto. De esta forma, según la referida sentencia, «*la literalidad de Directiva 93/13/CEE: las “cláusulas que describan el objeto principal del contrato” y a “la definición del objeto principal del contrato”, sin distinguir entre “elementos esenciales” y “no esenciales” del tipo de contrato en abstracto -en el préstamo no esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC y 315 del CCom)-, (...)*».

De hecho, se puede entender que, precisamente, la Directiva 93/13/CEE ha omitido tal distinción con el fin de facilitar la labor limitadora relativa a la diferenciación entre las cláusulas que son excluidas de control de contenido y las que no. Sobre la dicotomía entre elementos esenciales y no esenciales, advierte CARRASCO de la sutilidad de la distinción, lo que en

---

<sup>245</sup> CARRASCO PERERA, Á., “Invalidez e ineficacia en los contratos con consumidores”, *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, DELGADO ECHEVERRÍA, J. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 181, y también en *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 804 y ss. Pero esta distinción se mantiene en la STS de 9 de mayo de 2013, al considerar que «*las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario*», de tal manera que, al no ser unas cláusulas destinadas a determinar el método de cálculo del precio, son unas cláusulas que definen el objeto principal del contrato.

<sup>246</sup> Sentencia con la que, de acuerdo con CÁMARA LAPUENTE, S., “El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 de junio 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo. (No es abusiva la cláusula que define el objeto principal del contrato salvo por falta de transparencia)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Núm. 6/2013, p. 100, «el Tribunal Supremo pretende aportar la claridad y seguridad jurídica necesaria en un punto tan capital como necesitado de pronunciamiento por un legislador ausente...».

determinados supuestos se presta a la manipulación de cláusulas que, en realidad, deben tener la consideración de cláusula accesoria pero que parecen definir el objeto principal del contrato<sup>247</sup>. Siguiendo a DÍEZ-PICAZO, la «teoría de los elementos del contrato posee toda la arbitrariedad de las clasificaciones escolásticas y se forma implicando ideas que son completamente heterogéneas»<sup>248</sup>. Por elementos esenciales se entiende aquellos que son necesarios para la validez del contrato y, en cambio, accidentales serán los elementos que tienen por finalidad «configurar el negocio o su eficacia» y que, si bien para la ley tienen el susodicho cariz de accidentalidad, para las partes contratantes pueden tener el «rango de determinaciones esenciales»<sup>249</sup>.

Pues bien, ante el interrogante acerca de qué habrá de entenderse por cláusula que defina el «objeto principal del contrato», en nuestro ordenamiento esta es una pregunta cuya respuesta requiere un análisis detenido, puesto que no contamos con una norma de Derecho sustantivo que nos la proporcione expresamente. Siguiendo lo dispuesto por la STS de 9 de mayo de 2013<sup>250</sup>, las distintas propuestas para determinar cuándo nos hallamos ante una cláusula que define el objeto principal y cuándo no, son las siguientes: a) en primer lugar, únicamente se podría hablar de una cláusula que define el objeto principal cuando así lo hace directamente, de tal manera que una cláusula limitativa de la variación del tipo de interés no entraría dentro de dicha categoría, ya que no incide sobre el precio pactado; b) en segundo término, se encuentra una postura según la cual, en todo contrato oneroso, cualquier cláusula que guarde relación con el precio, independientemente de su relevancia práctica, habrá de considerarse como una cláusula que define el objeto principal; por último, c) la cláusula definirá el objeto principal del contrato según la importancia que tenga ésta para el adherente y su influencia en la decisión de celebrar el contrato.

En opinión de CÁMARA LAPUENTE, lo idóneo sería adoptar esta tercera postura, basada en un criterio subjetivo a la hora de determinar si una cláusula concreta es definitoria del objeto principal del contrato, tomando como referencia la noción de *consumidor medio*<sup>251</sup>. A efectos prácticos, desde luego, parece razonable examinar en cada caso concreto si una cláusula

---

<sup>247</sup> CARRASCO PERERA, Á., Op. Cit., p. 181, y también en Op. Cit., p. 806.

<sup>248</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., Op. Cit., p. 421. Así, según el autor: a) elementos esenciales son «aquellos absolutamente necesarios para la validez y eficacia del contrato, como por ejemplo la cosa y el precio en el contrato de compraventa; b) por elementos accidentales se entiende «aquellos elementos que sin ser absolutamente necesarios acompañan ordinariamente a los contrato de una determinada naturaleza o tipo, de tal manera que, pudiendo las partes excluirlos o modificarlos, entre en juego si las partes no disponen lo contrario»; c) y, por último, los elementos accidentales son los que «no son necesarios para la validez y eficacia del contrato, ni acompañan tampoco ordinariamente al tipo contractual, por lo que las partes pueden adicionar al contrato si así lo declaran de acuerdo con sus intereses o conveniencias».

<sup>249</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., Ídem.

<sup>250</sup> También recogido por MARTÍNEZ ESPÍN, P., «El control de las condiciones generales de la contratación: su aplicación al contrato de alquiler de vehículos», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Núm. 6/2013, pp. 82 y 83.

<sup>251</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., «¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de las cláusulas abusivas? De la STJUE de 3 de junio 2010 (*Caja de Madrid*, C-484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (pleno) de 9 mayo 2013 sobre las cláusulas suelo», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, Núm. 2, octubre 2013, p. 230, tomando como referencia el trabajo de WHITAKER, S., «Unfair Terms in Consumer Contracts», *Chitty on Contracts*, BEALE, H. (Dir.), Sweet and Maxwell, London, 2012, pp. 1148 y ss.

determinada se refiere a la definición del objeto principal del contrato o no. Sin embargo, teniendo en cuenta la dificultad que a efectos probatorios implica emplear como parámetro la noción de *consumidor medio* y lo que para éste es esencial para la celebración del contrato, entendemos que lo más apropiado sería añadir un criterio objetivo dependiente de la clase de contrato ante el que nos hallemos.

Aunque el Tribunal Supremo considera indispensable la figura del consumidor medio para la concreción del principio de buena fe en relación con las razonables expectativas del cliente bancario –así como su confianza respecto del profesional con el que contrata-, en lo que a las cláusulas definitorias del objeto principal respecta, nuestra jurisprudencia parece decantarse por la opción según la cual *«todo lo que se refiera al “precio” en un contrato oneroso, por muy improbable e irrelevante que sea o pueda ser en la práctica, debe entenderse incluido en la excepción al contrato de abusividad previsto en la Directiva»*, es decir, definen el objeto principal del contrato las cláusulas relativas al precio y aquellas que recaen sobre el método de cálculo del precio final. Se concluye en la STS de 9 de mayo de 2013 que *«las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial»*.

Posteriormente, la STJUE de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, asunto C-26/13, considera que *«corresponde al tribunal remitente, atendiendo a la naturaleza, el sistema general y las estipulaciones del contrato de préstamo y su contexto jurídico y de hecho, apreciar si la cláusula que determina el tipo de cambio de las cuotas mensuales constituye un componente esencial de la prestación del deudor...»*. No obstante, a pesar de esta remisión al Derecho nacional, en la referida sentencia se sostiene que las cláusulas que definen el objeto del contrato, en el sentido de la Directiva 93/13/CEE, son aquellas que *«regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que como tales lo caracterizan»*.

Más recientemente, la STJUE de 20 de septiembre de 2017, *Andriiciuc*, C-186/16, sobre el significado de la alusión al «objeto principal del contrato» del artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE, recuerda el Tribunal que *«esas cláusulas deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales del contrato y que, como tales, lo caracterizan (sentencias de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, apartado 34, y de 23 de abril de 2015, Van Hove, C-96/14, EU:C:2015:262, apartado 33)»*. Así, por otro lado, *«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”, a efectos de la citada disposición (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 50, y de 23 de abril de 2015, Van Hove, C-96/14, EU:C:2015:262, apartado 33)»*.

Puesto que de lo transcrito se podría deducir que la «descripción del objeto del contrato» tiene un significado limitado y estricto, se especifica que en el contexto de un contrato de crédito, el prestatario asume como obligación principal la devolución de la cantidad de dinero recibida, generalmente con intereses, según los términos previstos en el contrato. De tal modo que, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *«las prestaciones esenciales de este contrato se refieren pues, a una cantidad de dinero que debe estar definida en relación con la moneda de pago y de reembolso estipulada. Por lo tanto, (...), el hecho de que un crédito deba reembolsarse en una determinada moneda no se refiere, en principio, a una modalidad accesorio de pago, sino*

a la propia naturaleza de la obligación del deudor, por lo que constituye un elemento esencial del contrato». Por consiguiente, se deduce de esta sentencia que el criterio empleado a la hora de determinar si se está ante una cláusula que describa el objeto principal del contrato es un criterio amplio, que ha sido asimismo asimilado por nuestra jurisprudencia -v. gr., STS de 15 de noviembre de 2017 (Núm. 608/2017)-.

Por último, a pesar de la distinción realizada previamente en cuanto a que la distinción entre elementos esenciales y elementos no esenciales no se corresponde con lo previsto por el artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, (...)», sobre la limitación contenida en dicho artículo mantendremos el empleo de las expresiones de *cláusulas relativas a elementos esenciales* y *a no esenciales* -al igual que así ha hecho parte de la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria<sup>252</sup>-.

#### 2.4. El consentimiento sobre los elementos esenciales del contrato y la imposición sobre los elementos no esenciales.

Dada la diferenciación entre las cláusulas que versan sobre los elementos esenciales del contrato y las que tienen como objeto el resto de elementos, la doctrina mayoritaria considera que la imposición, como elemento de las condiciones generales de acuerdo con el artículo 1.1 LCGC, no se produce en las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato. Es decir, en lo que concierne a los elementos esenciales no es posible entender que al adherente se le imponga, por ejemplo, el precio del bien o del servicio que va recibir.

Por tanto, tomando como punto de partida la ausencia de imposición de las cláusulas relativas a los elementos esenciales, a pesar de que tales cláusulas fueron unilateralmente redactadas por el predisponente y sin que el adherente influyese de modo alguno en su contenido -al menos de manera directa-, la mera predisposición no implica que una cláusula tenga la consideración de condición general. De esta manera, las condiciones generales requieren necesariamente la concurrencia de la imposición, exigencia que solo se puede entender cumplida «cuando quepa esperar que el cliente no la ha tenido en cuenta a la hora de decidir si contrata o no»<sup>253</sup>. Así, en sentido contrario, cuando una cláusula tenga por objeto algún elemento esencial del contrato, tal cláusula no podrá tener la consideración de condición general.

---

<sup>252</sup> En relación con el empleo de la expresión «elementos esenciales» en el contexto que nos ocupa, entre otras sentencias, las SSTS de 11 de marzo de 2014 (Núm. 152/2014), de 8 de septiembre de 2014 (Núm. 464/2014), de 29 de abril de 2015 (Núm. 22/2015), de 8 de junio de 2017 (Núm. 367/2017), de 7 de noviembre de 2017 (Núm. 593/2017), de 1 de diciembre de 2017 (Núm. 655/2017), de 14 de diciembre de 2017 (Núm. 669/2017), de 10 de abril de 2018 (Núm. 197/2018), de 11 de abril de 2018 (Núm. 215/2018).

<sup>253</sup> Doctrina mayoritaria encabezada por ALFARO ÁGUILA-REAL, J., Op. Cit., pp. 138 y ss.; a quien sigue, entre otros, PERTÍÑEZ VÍLchez, F., *Tratado de Contratos*, Tomo II, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1585 y ss.; BUSTO LAGO, J. M. / ÁLVAREZ LATA, N. / PEÑA LÓPEZ, F., Op. Cit., 2010, p. 167, estos últimos entienden que «no han de ser calificadas como cláusulas no negociadas todas aquéllas que incorporen aspectos del negocio que sí hayan sido objeto de valoración por parte del consumidor (...), y respecto de los cuales sí existe esa plena aceptación que no se da en materia de cláusulas predispuestas». Por su parte, según MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. / Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Dir.), ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002, p. 899, «no se

Siguiendo con la tesis de ALFARO, las cláusulas relativas a los elementos esenciales no pueden tener la consideración de condiciones generales por dos motivos principales: el primero de ellos es que, dado que el control de las condiciones generales se fundamenta en la falta de autodeterminación, presumiendo que el adherente no tuvo en cuenta las condiciones generales - que son las que versan sobre los elementos no esenciales- a la hora de tomar su decisión de contratar, se produce asimismo la «ausencia de control por parte del mercado de las condiciones generales». En segundo lugar, las cláusulas sobre elementos esenciales no son condiciones generales a la luz de lo previsto por las normas de protección al consumidor en relación con la Constitución Española, ya que la intervención judicial de las cláusulas referidas al precio atentaría contra el modelo económico constitucional *-economía (social) de mercado-*<sup>254</sup>.

Cuando esta postura distingue entre elementos esenciales y no esenciales, está incidiendo en el conocimiento o desconocimiento que pueda tener el adherente sobre el contenido del contrato según las cláusulas se refieran a un elemento esencial del contrato o a un elemento no esencial. De modo que, partiendo de que habitualmente el adherente no llega a tener pleno conocimiento de todas aquellas cláusulas que conforman el contenido contractual, referidas a los elementos no esenciales, solo en relación a ellas puede hablarse de una imposición, dada la *invisibilidad* de esta clase de cláusulas<sup>255</sup>. Así, las normas de protección al adherente giran en torno al hecho de que a éste se le impone la parte del clausulado que versa sobre los aspectos no esenciales del contrato.

En esta misma línea, en cuanto a que los contratos por adhesión se caracterizan por estar formados por dos partes claramente diferenciadas: la relativa a los elementos esenciales, cuya validez depende del consentimiento prestado por adherente, y las condiciones generales, en las que no hay lugar para la autonomía privada, en palabras de PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «la consecuencia de esta diferenciación parece obvia: el predisponente tratará de presentar una relación precio-contra-prestación lo más económica posible para atraer clientela, a costa de ofrecer condiciones generales peores para el adherente y más beneficiosas o económicas para él, con el convencimiento de que este empeoramiento de las condiciones generales no le restará clientela»<sup>256</sup>.

---

debe confundir el problema de la naturaleza con el de la validez de las condiciones generales. Tampoco hay que confundir el problema de la obligatoriedad de las mismas con el de la obligatoriedad del contrato que las contiene. Los contratos con condiciones generales son contratos, pero otra cosa es que exista un verdadero consentimiento contractual sobre las condiciones generales o, si se quiere, que éste consentimiento sea de la misma naturaleza que el consentimiento sobre los elementos esenciales».

<sup>254</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., Op. Cit., pp. 138 y ss.

<sup>255</sup> Tomando como referencia las denominaciones empleadas para la categorización de las distintas clases de cláusulas en los contratos por adhesión por RAKOFF, T. D., “Contracts of adhesion: an in essay in reconstruction”, *Harvard Law Review*, Vol . 96, No. 6, April 1983, p. 1258. Dicho autor considera que las cláusulas se dividen entre «*visible terms*» e «*invisible terms*», de tal manera que las cláusulas *visibles* serían aquellas cuyo objeto se refiere a los elementos que se encuentran en todo contrato -como, por ejemplo, el precio- y que el adherente tendrá en cuenta a la hora de tomar la decisión acerca de celebrar o no el contrato de que se trate. En cambio, las cláusulas *invisibles* serían las que recogen el resto del contenido contractual y que el adherente razonablemente no leerá. De este modo, según el autor citado, «in most cases, the terms that a drafting party stipulates to fill in the transaction type will be invisible and hence, under the proposed analysis, presumptively unenforceable. If nothing further appears, the case should be decided by application of background law».

<sup>256</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., Op. Cit., p. 1587.

En términos generales, parece bastante plausible la afirmación sobre la frecuencia -más de la deseable- con la que el adherente celebra un contrato sin tener conocimiento pleno -a veces tampoco mínimo- sobre el contenido del contrato. Pero en lo concerniente a la comparación entre el conocimiento del adherente sobre las cláusulas contractuales según su objeto sea un elemento esencial o un elemento no esencial, también parece plausible que el adherente dedique especial atención a las cláusulas que versen sobre las prestaciones principales que derivan del contrato, aunque el grado de ignorancia de las cláusulas sobre elementos no esenciales varía según muy diversos factores -por ejemplo, la extensión del contrato, la complejidad de su objeto o las cualidades personales del adherente-. Así pues, compartimos la opinión de CARRASCO en cuanto a que la afirmación acerca de que el consentimiento del adherente al celebrar el contrato se refiere al objeto del mismo, simplemente adhiriéndose al resto de cláusulas, «no pasará de ser en el mejor de los casos una regla estadística, y no normativa», por ende, no podrá tener la consideración de «regla de Derecho»<sup>257</sup>.

#### IV. PROPUESTA DE UN CONCEPTO UNITARIO DEL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL A PROPÓSITO DE LA SINGULARIDAD DE LA CONTRATACIÓN POR ADHESIÓN.

##### 1. Crítica a la determinación del valor de la voluntad negocial del adherente con base en su presunto desconocimiento del contenido contractual. Diversidad de grados de conocimiento del adherente al prestar el consentimiento contractual.

En la contratación por negociación no se entra a examinar la validez del consentimiento otorgado por las partes contratantes, siempre que cuenten con plena capacidad de obrar, hasta que nos situamos ante un posible vicio del consentimiento.

Cuando se trata de un contrato por adhesión nos encontramos con que, en primer lugar, ni tan siquiera existe unanimidad en relación a si la perfección de tal clase de contrato se produce o no por el concurso de la oferta y la aceptación o bien la perfección del contrato depende de que el predisponente cumpla con los requisitos que se derivan de los controles de incorporación, de transparencia y de contenido. Y, en segundo lugar, se sigue planteando cuál es el valor de la voluntad negocial del adherente, dada la predisposición del contenido contractual; es decir, partiendo de que el adherente se halla desprovisto de toda libertad contractual -artículo 1255 CC-, se entiende que difícilmente pueda afirmarse que éste consiente el contrato. Aunque, como hemos manifestado en diversas ocasiones, el principio de autonomía privada no se circunscribe a la capacidad de autonormación, sino que es uno de los elementos que la componen<sup>258</sup>. Es más, la

---

<sup>257</sup> CARRASCO PERERA, Á., “Invalidez e ineficacia en los contratos con consumidores”, *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, DELGADO ECHEVERRÍA, J. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 181, y también en *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 805.

<sup>258</sup> La autonomía privada se refiere, en primer lugar, a la autodeterminación, es decir, la capacidad para decidir por uno mismo, lo que se relaciona con la libertad de contratar. En segundo lugar, a la capacidad para crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas. Vid., entre otros, BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, Comares, Granada, 2000, pp. 52 y ss.; FLUME, W., *El negocio jurídico*, Parte General de Derecho Civil, Tomo II, Fundación cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 29; DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, Vol. III, Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 13. Y sobre la autonormación, entre otros, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “La autonomía privada y el Derecho necesario en la LAU”, *Ensayos Jurídicos*, Tomo II, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 1683, y DE CASTRO Y BRAVO, F., Ídem.

validez del consentimiento depende, aparte del conocimiento, de la libertad del contratante para tomar la decisión de celebrar el contrato y así hacerlo efectivamente, libertad-autodeterminación, lo que nada tiene que ver con la libertad-autonormación -ex artículo 1255 CC-.

Hemos venido defendiendo que la situación desaventajada del adherente no se deriva en exclusiva de la propia naturaleza del contrato por adhesión –aparte de las desigualdades entre consumidor y empresario, cuya entidad varía tanto cualitativa como cuantitativamente según cada caso concreto-, modalidad que se caracteriza por la predisposición del contenido contractual por una de las partes contratantes, sino que la coartación de la libertad de contratar – autodeterminación- que es fundamental para la validez del consentimiento contractual, depende de diversos factores que son ajenos a la naturaleza de este modo de contratar, ya sea, entre otros motivos, por la ausencia de libre competencia, por la existencia de unas normas imperativas que prevén la obligación de celebrar determinados contratos -v. gr, el contrato de seguro obligatorio conforme al artículo 2 LRCSCVM- o bien por el incumplimiento del predisponente de los deberes de información, impidiendo que el adherente pueda comparar entre distintas ofertas. Sin embargo, al margen de nuestra postura mantenida acerca de la libertad del adherente y su correlativa autonomía privada, decíamos que, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, la posición desaventajada del adherente se revela como un elemento estructural de la contratación por adhesión<sup>259</sup>.

Si en la contratación por adhesión la libertad de contratar no se encuentra limitada a raíz de la propia naturaleza de esta clase de contratos, por otro lado, asegurar que el adherente no conoce el contenido contractual, salvo en lo que concierne al objeto del mismo, solo sería posible tras un estudio detallado, yendo caso por caso, hasta alcanzar un número mínimo de contratos analizados que permitiese realizar dicha afirmación de tipo estadístico. Ahora bien, tal estudio debería clasificar los distintos contratos por adhesión distinguiéndolos según su extensión y su complejidad intrínseca dado su objeto. Es más, hay ocasiones en las que ni tan siquiera se tiene conciencia de estar celebrando un contrato –por ejemplo, en relación a determinados servicios informáticos aparentemente gratuitos-. De ahí que rechazamos defender la afirmación general

---

<sup>259</sup> Entre otros, PEÑA LÓPEZ, F., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 137; CÁMARA LAPUENTE, S., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, CÁMARA LAPUENTE, S. (Coord.), Colex, Madrid, 2011, p.215; GARCÍA VICENTE, J. R., *Tratado de contratos*, Tomo II, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1450; MARÍN LÓPEZ, J. J., *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, NIETO CAROL, U. (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 132; BALLESTEROS GARRIDO, J. A., *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, pp. 43 y ss.; SARAZÁ JIMENA, R., “La crisis del Derecho privado codificado y el paso al nuevo Derecho privado del tráfico económico. El Derecho de consumo”, *Jueces para la Democracia*, Núm. 14, 1991, p. 37; MARTÍNEZ AGUIRRE, C., “Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 47, Núm. 1, 1994, pp. 43 y 44. Asimismo, de manera constante se ha reiterado en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la situación de inferioridad en la que se encuentran los consumidores frente a los empresarios, v. gr., entre otras, SSTJUE de 12 de abril de 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/2012, de 30 de abril de 2014, *Kásler, Káslerné Rábai y Zelzálogbank*, C-26/13, y de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15.

acerca de que el adherente ni conoce ni puede llegar a conocer el contenido contractual cuando es por adhesión<sup>260</sup>.

A nuestro juicio, las situaciones que se producen en la contratación por adhesión respecto del consentimiento prestado por el adherente se pueden clasificar básicamente en cuatro categorías distintas atendiendo al nivel de conocimiento y consciencia del adherente –aunque no se trata de una clasificación de carácter cerrado y definitivo, pues en cada caso concreto se pueden dar distintas circunstancias subjetivas u objetivas que repercutan en dicha categorización–.

En primer lugar, el adherente *ideal*, es decir, el adherente diligente celebrará el contrato cuando haya alcanzado comprender la totalidad del contenido contractual predispuesto.

En segundo término, hallamos al adherente que consiente en adherirse a un contrato que ha sido redactado por la otra parte –el predisponente–, incluso cuando desconoce una parte más o menos extensa de su contenido, ya que, respecto de la parte del contrato que no conoce, lleva a cabo un acto de confianza que entendemos que debería integrar el consentimiento contractual. Dicho acto de confianza integrado en el consentimiento no recae únicamente en la presunción de buena fe del predisponente, sino que, en caso de detectar un posible abuso por su parte, el adherente confía a su vez en la protección que el ordenamiento jurídico le proporciona.

La tercera situación que se puede producir es aquella en la que el adherente desconoce, de nuevo, una parte más o menos extensa del contrato y su consentimiento no es que incluya un acto de confianza respecto de la parte que no conoce, como en el caso anterior, basado en la buena fe del predisponente y en la protección que el ordenamiento jurídico le dispensa –que puede desconocer por completo–, sino que su consentimiento nace de su impulso de adquirir el bien o el servicio a cambio del precio pedido por el predisponente sin prestar atención alguna a esa parte más o menos extensa del contrato que desconoce. Así, en este último caso, con más o menos consciencia, el adherente estará asumiendo un riesgo, aunque tal riesgo se encuentra en gran parte mitigado, por no decir completamente mitigado, dadas las normas relativas a los controles en la contratación por adhesión –cuestión que, como decíamos, puede ignorar por completo–. Ya que en la aplicación de los controles de incorporación, de transparencia y de contenido se prescinde de toda valoración de la conducta llevada a cabo por el adherente.

Y, por último, la situación más indeseable y problemática de las hasta ahora reflejadas es aquella en la que ni tan siquiera se tiene conciencia de estar celebrando un contrato –por ejemplo, en relación a determinados servicios informáticos aparentemente gratuitos y que pueden ser percibidos como servicios para su uso público y sin retribución alguna por parte del usuario–.

En consecuencia, dadas las distintas situaciones que hemos englobado en cuatro categorías diferentes, rechazamos defender la afirmación general acerca de que el adherente ni conoce ni puede llegar a conocer el contenido contractual cuando es por adhesión<sup>261</sup>.

## 2. Responsabilidad en la predisposición y transgresión jurídica.

---

<sup>260</sup> Vid. Supra.

<sup>261</sup> Vid. Supra.



Entendemos que el presunto desconocimiento de las condiciones generales sobre los aspectos no esenciales no tiene porqué conllevar la limitación del consentimiento contractual de forma que solo se pueda entender consentido el objeto principal del contrato. De esta manera, consideramos que la adhesión a un contrato que contenga cláusulas predispuestas o condiciones generales equivale al consentimiento contractual, por lo que en este punto nos acogemos a la concepción unitaria del contrato.

Se debe presumir que el adherente ha consentido el contrato en su totalidad. Es más, en este sentido, el desconocimiento de los elementos no esenciales del contrato se asume que también se puede producir y se produce en la contratación por negociación. Sin embargo, esto no impide considerar que el contrato haya sido consentido y, por tanto, perfeccionado. Así, el contrato por adhesión, incluso asumiendo que en numerosas ocasiones el adherente puede desconocer una parte más o menos extensa de su contenido, salvo en lo que respecta al objeto principal del contrato –y no siempre tiene porqué ser así-, se perfecciona igualmente por el concurso de la oferta y la aceptación –consentimiento-.

Para la configuración del valor de la voluntad negocial del adherente y su encaje con respecto a los controles creados en materia de contratación por adhesión y la teoría general de los contratos, entendemos que el punto de partida ha de ser aquello sobre lo que se tiene absoluta certeza y que, además, tenga la consideración de uno de los caracteres distintivos de los contratos por adhesión. Nos referimos, pues, al acto de predisposición llevado a cabo por el predisponente.

Recordemos, al respecto, el concepto amplio de autonomía privada elaborado por DE CASTRO, entendiéndola como «aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en su relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto a su actuación en la vida social»<sup>262</sup>. Así, de la facultad de autonormación se desprende, lógicamente, la consiguiente responsabilidad. Por este motivo, entendemos que, dado que de tales controles se deriva una serie de deberes que el predisponente ha de cumplir en el acto de la predisposición, consecuentemente su incumplimiento equivale a una *transgresión jurídica*.

Siguiendo a CASTÁN, una transgresión jurídica es «toda conducta humana que contradice el ordenamiento jurídico, o sea la que viola un mandato o una prohibición del Derecho». De este modo, y concretando un poco más, cuando el predisponente incumple los deberes imperativos que le corresponden por su condición de predisponente, habida cuenta de su condición de profesional, se plantea entonces si estamos ante una mera transgresión jurídica de tipo objetivo o bien si nos hallamos ante un ilícito civil que implica que dicha transgresión se ha realizado mediando culpa grave o dolo<sup>263</sup>.

Según nuestro parecer, en contraste con la libertad contractual del predisponente -negada al adherente por la propia naturaleza del contrato por adhesión-, el adherente ve *aligerada* su *responsabilidad*. A la hora de aplicar los referidos controles, resulta del todo intrascendente la conducta llevada a cabo por el adherente. Y, aunque no tiene consecuencias jurídicas que el

---

<sup>262</sup> Recordemos, al respecto, a de CASTRO Y BRAVO, F., Op. Cit., pp. 11 y 12.

<sup>263</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil común y foral*, Tomo I, Tomo II, Madrid, 2007, pp. 628 y ss.

adherente no hubiese leído, por ejemplo, un contrato de préstamo hipotecario, una conducta semejante desde luego que no se ajusta a unos parámetros básicos de diligencia, que conllevan un mínimo cuidado al celebrar un contrato<sup>264</sup>.

Así pues, a pesar de esta suerte de banalización del contrato en el ámbito del consumo, ya que la contratación irresponsable no genera consecuencia jurídica alguna para el consumidor –otra cosa es que éste haya de asumir alguna consecuencia que a él le resulte indeseable–, los controles de incorporación, transparencia y contenido se justifican por la responsabilidad del predisponente inherente a su libertad contractual –autonormación–, la cual se encuentra completamente anulada para el adherente. El ordenamiento jurídico reacciona evitando que el predisponente, aprovechando su libertad contractual, pueda obtener provecho de la práctica contractual de consumo actual, de la impericia del adherente o, incluso, de que el propio adherente pueda actuar de manera objetivamente negligente al pretender satisfacer, por ejemplo, una necesidad ficticia creada por su propio deseo o bien actuar por la influencia de factores externos tales como la publicidad, sin tener consciencia tan siquiera de los riesgos que podría estar asumiendo.

Consecuentemente, siguiendo con nuestra propuesta, el predisponente cuando incumple los deberes de incorporación, de transparencia y de contenido está llevando a cabo, como mínimo, una transgresión jurídica.

Los controles diseñados en el marco de la contratación por adhesión no tienen por finalidad compensar la falta de libertad contractual del adherente –ausencia de posibilidad de determinar el contenido contractual–, sino que son una respuesta al eventual incumplimiento de los deberes nacidos del ejercicio de la libertad contractual del predisponente –ya que la libertad implica correlativamente una responsabilidad–. Por tanto, a diferencia de las tesis contractualistas predominantes, la justificación de los referidos controles no se basa en la desigualdad entre las partes contractuales ni en la coartación de la libertad del adherente. Porque, de ser así, efectivamente sería difícil considerar que el contrato se ha perfeccionado por el consentimiento entre las partes si una de estas carece de libertad suficiente como para consentir.

La justificación de los controles de incorporación, transparencia y contenido en la responsabilidad de la parte predisponente derivada de su libertad contractual –autonormación– al predisponer unilateralmente el contenido contractual, hace que la crítica a las tesis contractualistas anteriores no le puedan ser de aplicación. De este modo, se superan las críticas a las teorías contractualistas sobre la naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación que se fundamentan en la libertad restringida del adherente. En este sentido, advertía BALLESTEROS

---

<sup>264</sup> Nos referimos aquí a la noción de «diligencia» de acuerdo con el significado proporcionado por el *Diccionario de la Real Academia Española* –en concreto, su primera acepción–, como el «cuidado y actividad en ejecutar algo». Aunque salvando las distancias, en relación a la diligencia como contraria al concepto de negligencia en el marco del cumplimiento de las obligaciones –artículo 1104 CC–, según CARRASCO PERERA, Á., *Comentarios al código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XV, Vol. 1º, ALBALADEJO, M. (Dir.), Edersa, Madrid, 1989, p. 594, «si la negligencia es en el Código civil lo contrario de la diligencia, (...) la negligencia es una conducta, no un *state of mind*. Culpa es, por tanto, infracción de una regla de conducta que la ley introduce como «exigible» en el cumplimiento, y no un vínculo psicológico del deudor con la circunstancia que constituye el incumplimiento». Sin embargo, como es sabido, al adherente no se le impone el deber de leer y comprender el contenido del contrato en la fase precontractual.

GARRIDO que «no pueden asumirse acríticamente los postulados de la teoría contractualista pura, es decir, que las condiciones generales son plenamente válidas por ser parte del contrato, aceptadas por el adherente, y al mismo tiempo corregir los efectos de esa conclusión indicando que el adherente no goza de libertad, por lo que hay que excluir las condiciones abusivas. Si ha habido consentimiento contractual, las condiciones generales han sido aceptadas y son, por tanto, plenamente eficaces; si se pretende excluir su eficacia, ante la falta de libertad de una de las partes y su contenido contrario a derecho, no puede admitirse que haya habido consentimiento contractual»<sup>265</sup>.

No obstante, la consideración de que la voluntad negocial del adherente consiste en un consentimiento contractual que abarca tanto las cláusulas relativas a los elementos esenciales como a los elementos no esenciales y la justificación de condiciones generales y cláusulas predispuestas fundamentada en la responsabilidad del predisponente ha sido asimismo refutada por una parte de la doctrina.

En particular, ALFARO, acerca de las tesis contractualistas que justifican el control de contenido, y consiguiente nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas con base en un abuso de la libertad contractual -autonormación- por parte del predisponente, pone de relieve, en primer lugar, la incompatibilidad entre «la validez de las condiciones generales “justas” y la nulidad de las abusivas alegando que en el primer caso el predisponente está legitimado por la libertad contractual y en el segundo ha abusado de ésta, porque dado que el procedimiento por el que se introducen las condiciones generales en el contrato es idéntico para cualquier condición general con independencia de su contenido, tan legitimadas -o no- estarán por la libertad contractual las primeras como las segundas»<sup>266</sup>. Sobre esta primera observación circunscrita al control de contenido, precisar que, desde la tesis contractualista que se propone, la validez de las condiciones generales y cláusulas predispuestas no depende de la legitimación del predisponente para la redacción del clausulado, sino que la validez de tales cláusulas viene determinada por la concurrencia de la oferta y aceptación, esto es, por el consentimiento contractual<sup>267</sup>. Y, en segundo lugar, dado el objeto del control de contenido, la nulidad de las cláusulas abusivas por no superar dicho control se basa en el resultado injusto -desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en los términos previstos por el artículo 82.1 TRLGDCU-, de ahí que consideremos

---

<sup>265</sup> BALLESTEROS GARRIDO, J. A., *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, pp. 139 y 140.

<sup>266</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Civitas, Madrid, 1991, p. 87. Previamente, en concreto en las pp. 84 a 87, sobre las distintas manifestaciones de las tesis contractualistas, el autor las agrupa en cuatro distintas versiones: a) el control de las condiciones generales abusivas se basa en que su empleo supone un atentado contra el interés público; b) la doctrina de los «límites inmanentes de la autonomía de la voluntad», que De Castro formuló a partir de la revalorización del Derecho dispositivo en “Las condiciones generales de los contratos y eficacia de las leyes”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 14, Núm. 2, 1961, y en “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 35, Núm. 4, 1985; c) en tercer lugar, otra tesis contractualista en relación al control de contenido es la que parte de la idea de que la libertad contractual tiene como propósito alcanzar acuerdos justos; d), finalmente, se encuentra la justificación que parte de la redacción unilateral del contrato -«ejercicio unilateral del derecho a configurar el contenido de los contratos».

<sup>267</sup> Vid. Supra.

que el procedimiento por el que se insertan las condiciones generales sea siempre el mismo no es argumento suficiente para rechazar la contractualidad de las condiciones generales.

## V. EL VALOR NEGOCIAL DEL CONSENTIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN POR ADHESIÓN EN RELACIÓN CON LOS CONTROLES SOBRE CONDICIONES GENERALES Y CLÁUSULAS PREDISPUESAS.

### 1. Introducción.

Los deberes de información son el nexo de unión entre los requisitos de conocimiento y de libertad para la validez del consentimiento contractual<sup>268</sup>. Tales deberes tienen por finalidad que las partes tengan la posibilidad de conocer el contenido contractual y que, estando informadas -o teniendo la posibilidad de estarlo-, puedan decidir libremente entre las distintas ofertas contractuales.

En el contexto de la contratación por adhesión, el deber de información -que se encuentra recogido en diversas normas imperativas- se prevé parcialmente en los artículos 5 y 7 LCGC y el artículo 80 TRLGDCU. Hasta la creación jurisprudencial del control de transparencia por la STS de 9 de mayo de 2013 (Núm. 241/2013), tales artículos únicamente fundamentaban el control de incorporación -si bien este control de incorporación o inclusión no se agota en lo que respecta a los deberes de información-, pero una vez creado el control de transparencia asimismo han pasado a justificar normativamente dicho control.

A pesar de la evidente relación entre la protección de la formación del consentimiento contractual y los deberes de información, en términos generales, se observa que tanto la doctrina como la jurisprudencia han atribuido al control de incorporación y la control de transparencia distintas funciones que van desde su consideración como controles que recaen sobre el consentimiento contractual prestado por el adherente hasta calificarlos como controles de validez, llegando incluso a sustituir el consentimiento contractual como fuente de validez de las cláusulas por el cumplimiento de los deberes de incorporación y de transparencia por parte del predisponente, en su caso. Es más, en lo que atañe al empleo de la expresión «control de validez» -o similares- a la hora de definir los controles que no ocupan, se aprecia que su significado puede tener distinto alcance según la postura doctrinal o jurisprudencial por las que se opte.

Así pues, no parece que pueda hablarse de una doctrina mayoritaria en relación a la concreción de la naturaleza y la finalidad del control de incorporación y del control de transparencia. Esta cuestión no es baladí, pues si se acepta la tesis de ALFARO acerca de que el consentimiento contractual se circunscribe a los elementos esenciales del contrato y las condiciones generales son impuestas -pues versan sobre elementos no esenciales-, ya se está reconociendo valor comercial al consentimiento contractual, al menos cuando el objeto de las cláusulas sea un elemento esencial, y ello puede entrar en contradicción con la postura que se adopte en cuanto a la naturaleza y función de los controles de incorporación y de transparencia, debido a que se ha llegado a negar prácticamente por completo el valor comercial al consentimiento contractual en la contratación por adhesión con consumidores, afectando incluso al

---

<sup>268</sup> Vid. Supra.

consentimiento recaído sobre los elementos esenciales del contrato en el caso del control de transparencia.

Por otro lado, en lo que respecta al control de contenido, es en este punto en el que las tesis contractualistas difícilmente logran explicar la aplicación de un control relativo al equilibrio entre los derechos y las obligaciones según los requisitos previstos por el artículo 82 TRLGDCU y, a su vez, el valor negocial del consentimiento contractual sobre las cláusulas susceptibles de ser declaradas nulas por no superar dicho control en los mismos términos que en la contratación por negociación.

## **2. La relativa incompatibilidad entre un concepto unitario del consentimiento contractual en la contratación por adhesión y el control de contenido.**

A nuestro juicio, la adhesión al contrato es un consentimiento contractual. Fundamentándose los controles en el ámbito de la contratación por adhesión en la especial responsabilidad del predisponente, que se deriva de su especial libertad contractual y en que el incumplimiento de tales deberes supone una transgresión jurídica que, a su vez, puede conllevar la comisión de un ilícito civil.

Ciertamente, la mayor objeción a la tesis que se propone se encuentra en la justificación del control de contenido. De acuerdo con ALFARO, «la validez de los acuerdos entre particulares no se legitima por la justicia de su contenido (v. arts. 1255, 1293 y 1300 CC) sino porque han sido adoptados libremente por los particulares de forma que no puede afirmarse la validez de las condiciones generales “justas” y la nulidad de las abusivas alegando que en el primer caso el predisponente está legitimado por la libertad contractual y en el segundo ha abusado de ésta, porque dado que el procedimiento por el que se introducen las condiciones generales en el contrato es idéntico para cualquier condiciones general con independencia de su contenido, tan legitimadas -o no- estarán por la libertad contractual las primeras como las segundas»<sup>269</sup>.

Dadas las características del control de contenido, en primer lugar, este control prescinde de toda relación con el consentimiento contractual, pues lo que se entra a examinar es si las cláusulas no esenciales en los contratos por adhesión celebrados con consumidores respetan el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes según lo previsto en el artículo 82 TRLGDCU. Así pues, cuando una cláusula predispuesta, en contra de la buena fe, cause un perjuicio al consumidor dado dicho desequilibrio, dicha cláusula será declarada abusiva por no superar el control de contenido, que se caracteriza por ser un control de legalidad o de validez<sup>270</sup>.

---

<sup>269</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., Op. Cit., p. 87; asimismo, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. / Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Dir.), ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002, p. 897, sobre la dificultad de justificar el control de contenido desde las tesis del contrato liberales, ya que «un control del contenido contractual distinto de los generales de la autonomía privada, en principio, parece necesitado de especial justificación. Es decir, el control de contenido de las condiciones generales y la protección de los consumidores requieren una explicación, porque algunos los consideran recortes a la libertad contractual».

<sup>270</sup> Entre otros, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., Op. Cit., pp. 443 y 444, concluyendo que el control de contenido es «un control legal como sin duda expresa la frase “nulidad de pleno derecho”» del artículo 8 LCGC; CARRASCO PERERA, Á., Op. Cit., pp. 774 y 775, considerando el control de contenido como un control legal específico, ya

He aquí entonces el problema a la hora de justificar la intervención y declaración de nulidad de una cláusula que, en principio, se entiende aceptada válidamente.

Teniendo en cuenta las particularidades que se presentan en la contratación por adhesión, podría ser recomendable para la justificación del control de contenido que se tuviesen en cuenta otros aspectos aparte del resultado injusto que supone la introducción de cláusulas que prevén el desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, en contra del principio de buena fe y en perjuicio del consumidor -artículo 82.1 TRLGDCU-. En cumplimiento de los deberes de información, sobre todo en materia de normativa sectorial, los contratos por adhesión pueden recoger una cantidad ingente de información imperativamente exigida por la norma. Asimismo, según las circunstancias, se puede considerar excusable la incorrecta valoración de las consecuencias derivadas de determinadas cláusulas no esenciales por parte del adherente, ya sea por su impericia, por la duración prolongada del contrato que añade un elemento de imprevisibilidad o por la complejidad del objeto del contrato. Sin embargo, nos adentraríamos en el terreno de las presunciones de corte generalista, a la vez que identitarias, que ignoran la variedad de supuestos que se pueden dar en el tráfico económico.

Tal vez, el principal problema a la hora de justificar el control de contenido se encuentre en su propia configuración como un supuesto de nulidad de pleno derecho -esto es, opera *ipso iure*-. Por las causas expuestas y desde la perspectiva de la defensa del pleno valor negocial del consentimiento contractual en la contratación por adhesión, reaccionando el ordenamiento frente a las posibles agresiones que afectasen a su validez -tal y como sucede en la contratación por negociación, añadiendo la posibilidad de aplicación de los controles de incorporación y transparencia exclusivos de la contratación por adhesión-, la variedad de tipos de ineficacia contractual en nuestro ordenamiento jurídico merecería su revisión valorando distintas alternativas a la nulidad de pleno derecho previstas por los artículos 9 y 10 LCGC y el artículo 83 TRLGDCU.

Es preciso recordar que la ineffectividad de los contratos no supone la puesta en duda del valor negocial del consentimiento contractual en la contratación por negociación, sino que nuestro ordenamiento reacciona frente a determinadas circunstancias previendo, por ejemplo, la nulidad de pleno derecho ante la ausencia de alguno de los elementos esenciales de todo contrato, o bien la rescisión de los contratos por lesión *ex* artículo 1291.1º y 2º CC. De hecho, piénsese en el derecho de desistimiento en la contratación con consumidores, que se define en el artículo 68.1 TRLGDCU como «la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase», si bien puede ser criticable el reconocimiento de una facultad de desistimiento unilateral a favor del consumidor y la correlativa contradicción con el artículo 1256 CC con el único fundamento de la protección de los intereses del consumidor o, por otro lado, las duda acerca del momento de la perfección del contrato<sup>271</sup>.

---

que la previsión del artículo 1255 CC es insuficiente en el ámbito de la contratación por adhesión; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., Op. Cit., pp. 1625 y ss.

<sup>271</sup> Entre otros, ÁLVAREZ LATA, N., *Invalidez e ineficacia en el Derecho contractual de consumo español. Análisis de los supuestos típicos de ineficacia en los contratos con consumidores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004,

Pues bien, teniendo en cuenta que el artículo 6.1 Directiva 93/13/CEE se limita a disponer que «los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas». Por tanto, de acuerdo con la normativa europea, la consecuencia jurídica de la abusividad de las cláusulas ha de ser la no vinculación -sin más especificación- y la ineficacia parcial, es decir, que el contrato, en caso de ser posible, subsista sin la cláusula declarada abusiva.

Dadas las características propias de la nulidad de pleno derecho, como la imprescriptibilidad de la acción declarativa o la posibilidad de su apreciación de oficio, *a priori* sería comprensible la resistencia a la revisión de esta clase de ineficacia como consecuencia de la abusividad de una cláusula con motivo de la no superación del control de contenido. Pero en este punto, en palabras de PASQUAU LIAÑO, «precisamente la nulidad de las condiciones generales de la contratación (y en particular las cláusulas abusivas) constituyen una magnífica ocasión para explorar la posibilidad de encontrar un régimen de ineficacia flexible, construido al margen de ese dualismo rígido entre nulidad y anulabilidad en el que, por sus propias características, encaja muy mal el contrato de adhesión»<sup>272</sup>. Consecuentemente, rechazar la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas no tiene porqué significar, por ejemplo, el consiguiente rechazo de la posibilidad de apreciación de oficio de la abusividad de las cláusulas<sup>273</sup>.

### **3. Distintas tesis acerca de la naturaleza del control de incorporación y su relación con el consentimiento contractual.**

En el ejercicio de la libertad individual, y dentro del marco de la contratación por negociación, CARRASCO pone de relieve que el consentimiento será igualmente válido en aquellos supuestos en los que una de las partes no intervino en negociación alguna, de manera que «*consintió someterse*» y también será válido cuando una de las partes no procedió a la lectura del contrato y se limitó a firmar lo que la otra parte contratante estipuló en el mismo<sup>274</sup>.

En consecuencia, a este respecto, el referido autor puntualiza que el sometimiento a lo que la otra parte contractual hubiere previsto no impedirá que el consentimiento se tenga por válido, salvo que nos hallásemos ante un supuesto de contratación por adhesión, en cuyo caso,

---

pp. 85 y ss., acerca de la naturaleza del derecho de desistimiento y el artículo 1256 CC; enumera distintas razones para la previsión de un derecho de desistimiento reconocido a los consumidores, GARCÍA VICENTE, J. R., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto 1/2007)*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 849 a 851; sobre ambas cuestiones planteadas, BUSTO LAGO, J. M. / ÁLVAREZ LATA, N. / PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de Consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, BUSTO LAGO, J. M., (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 262 y ss.; en cuanto al momento en que se produce el acuerdo de voluntades como momento de la perfección del contrato, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), Colex, Madrid, 2011, pp. 618 y 619.

<sup>272</sup> PASQUAU LIAÑO, M., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Elcano, 1999, pp. 280 y 281.

<sup>273</sup> Vid. Cap. V, II.

<sup>274</sup> CARRASCO PERERA, Á., *Op. Cit.*, p. 138.

las condiciones generales o las cláusulas predispuestas empleadas deberán cumplir las exigencias previstas para su efectiva incorporación a los contratos y, de este modo, el contrato se pueda entender perfeccionado en los términos previstos por el artículo 1262.1 CC<sup>275</sup> -«el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y causa que han de constituir el contrato»-.

En efecto, el artículo 5.1 LCGC prevé que la integración de las condiciones generales en el contrato dependerá de su aceptación por parte del adherente, sin que pueda entenderse producida la aceptación si el predisponente no informó de la existencia de tales condiciones y no hubiese proporcionado al adherente una copia de las mismas –de forma parecida se expresa el artículo 80.1.b) TRLGDCU-. Asimismo, tales cláusulas contractuales deberán ser redactadas de manera transparente, clara, concreta y sencilla –artículo 5.5 LCGC, y de manera similar así lo dispone el artículo 80.1.a) TRLGDCU-, de tal forma que si son ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles<sup>276</sup> no quedarán incorporadas al contrato –artículo 7.b) LCGC-.

Ahora bien, las consecuencias derivadas del incumplimiento de los requisitos de incorporación, en relación con el consentimiento contractual, dependerán de la cláusula o cláusulas afectadas por dicho incumplimiento. Dado que la aplicación del control de incorporación no cuenta con limitación semejante a la del control de contenido –artículo 4.2 Directiva 93/13-, toda condición general o cláusula predispuesta, en el supuesto de la contratación por adhesión, podrá ser sometida al examen de inclusión. De este modo, en caso de que una condición general o cláusula predispuesta relativa al objeto principal del contrato no superase dicho control, ha de plantearse el alcance del consentimiento prestado por el adherente. Es sabido que la solución que se aplica con absoluta preferencia es la nulidad relativa del contrato, esto es, que el contrato subsista tras la declaración de no incorporación o, en su caso, de nulidad de la cláusula controvertida. Aunque el artículo 10 LCGC prevé que tanto la no incorporación de una o varias condiciones generales o bien su declaración de nulidad provocará la ineficacia parcial del contrato, «si éste pudiese subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia».

Desde la perspectiva de la dogmática contractualista de la contratación por adhesión, el control de incorporación es un control relativo al consentimiento prestado por el adherente - independientemente de que la cláusula que se someta al control de incorporación se refiera a un elemento esencial o a un elemento no esencial-, quien, dada la práctica contractual de consumo, efectivamente ha de ser protegido ante posibles abusos llevados a cabo por el predisponente como no informar acerca de la existencia de condiciones generales o cláusulas predispuestas, abstenerse de otorgar copia de las mismas o acceso a ellas y, por último, no cumplir con unos requisitos mínimos que procuren su comprensibilidad. Estas hipotéticas conductas del predisponente afectan de modo directo al consentimiento del adherente.

---

<sup>275</sup> CARRASCO PERERA, Á., Op. Cit., pp. 205 y ss.

<sup>276</sup> Acerca de la incomprensibilidad, el artículo 7.b) LCGC prevé la no incorporación de las cláusulas incomprensibles, «salvo, (...) que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato».



Pero si se abandona la tesis contractualista, la función de los requisitos de incorporación deja de ser la protección del consentimiento contractual al presumir que el adherente se abstuvo de leer e informarse sobre lo dispuesto por las condiciones generales<sup>277</sup>. Es decir, el control de incorporación no puede tener la consideración de ser un control del consentimiento cuando se aplica a cláusulas que no han sido tenidas en cuenta por el propio adherente, ya que la validez de las condiciones generales no recae en el consentimiento contractual. Las condiciones generales son impuestas. Por este motivo, según ALFARO, los requisitos de incorporación cumplen una función de publicidad en la fase precontractual o de formación del contrato: se garantiza que el adherente conoce que el contrato se rige por condiciones generales y cuáles son. En cambio, una vez se entra en la fase de ejecución del contrato, los requisitos de inclusión pretenden garantizar que el adherente pueda conocer al detalle las condiciones generales cuando llegue el momento de su aplicación. De esta forma, «el cumplimiento de los requisitos de inclusión por parte del predisponente resulta absolutamente insuficiente para legitimar que el adherente esté consintiendo, legitima suficientemente aquéllas cláusulas que, por escoger una de entre las regulaciones que resultan conformes con la buena fe, deben considerarse válidas»<sup>278</sup>.

Siguiendo la línea de la función de publicidad de las condiciones generales en la fase de la formación del consentimiento, si se parte de que la adhesión al contrato no es equivalente al consentimiento contractual, se puede entender correlativamente que las condiciones generales tienen eficacia meramente declarativa, en el sentido de que solo serán vinculantes las condiciones generales que, aparte de haber sido consentidas, «incorporen el contenido de regulación de una norma que pueda reclamar validez por sí misma de acuerdo con las fuentes ordinarias del Derecho: ley, costumbre y principios generales del Derecho»<sup>279</sup> -entre las que se incluyen, por supuesto, las normas relativas al control de incorporación-.

Por su parte, PERTÍÑEZ entiende que la finalidad de los criterios de inclusión es que el consumidor tenga conocimiento de que el contrato se regula por cláusulas predisuestas y que éste tenga la posibilidad de conocimiento de su contenido. Desde esta perspectiva, que sigue la tesis de ALFARO partiendo de la distinción entre elementos esenciales -sobre los que recae el consentimiento- y las cláusulas sobre elementos no esenciales -que son impuestas-, procurar que el adherente tenga la posibilidad de conocer la cláusula del contrato -lo que incluye, por supuesto, comprenderlo- a través del cumplimiento de los requisitos de incorporación «no garantiza el

---

<sup>277</sup> DURANY PICH, S., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. / Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Dir.), ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002, p. 274, al tratar la justificación del control de inclusión desde esta perspectiva tradicional, pone de manifiesto su escasa repercusión práctica, sobre todo, dado que el adherente, la mayor parte de las veces, ni lee ni compara las condiciones generales de los distintos contratos propuestos por los distintos oferentes-predisponentes.

<sup>278</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Civitas, 1991, Madrid, pp. 196 y ss. Al respecto, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 916, sobre los requisitos formales de incorporación de condiciones generales y cláusulas predisuestas, entiende la autora que no tienen por finalidad garantizar que el adherente ha conocido efectivamente su contenido en el momento de la celebración del contrato, sino que estos requisitos «se limitan a procurar una suerte de “cognoscibilidad objetiva”, dirigida fundamentalmente a una “función de publicidad”».

<sup>279</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Op. Cit.*, pp. 101 y 102.

consentimiento pleno del consumidor del contenido de las cláusulas predispuestas unilateralmente por el empresario, pues de esta manera no se entendería su ulterior sometimiento al control de abusividad (...)»<sup>280</sup>. De hecho, el mismo autor asegura en otra de sus obras que «las condiciones generales no son fruto del consentimiento, sino de la predisposición unilateral de una de las partes, pues los requisitos de incorporación no suponen otra cosa que el establecimiento de una fuente de legitimación negocial distinta del consentimiento, pero condiciona la validez de estas condiciones generales predispuestas al cumplimiento de unos mínimos de transparencia y a un contenido equilibrado que sea reflejo de los intereses de ambas partes del contrato»<sup>281</sup>.

Estas posturas que otorgan al cumplimiento de los requisitos de incorporación el valor negocial que en la contratación por negociación corresponde al consentimiento contractual encuentra una objeción importante. Que la validez de las condiciones generales y cláusulas predispuestas dependa del cumplimiento de los requisitos de incorporación y tales requisitos tengan meramente una función de publicidad solo es justificable cuando nos encontrásemos ante una cláusula cuyo contenido fuese no esencial. Para esta postura, el punto de partida es la distinción entre elementos esenciales y no esenciales, de manera que condiciones generales son únicamente las que versen sobre los elementos no esenciales y que, por tanto, cumplen el requisito de imposición. Tales cláusulas no fueron consentidas, puesto que ni tan siquiera fueron tenidas en cuenta por el adherente durante la fase precontractual o de formación del contrato.

Sin embargo, el control de incorporación se aplica tanto a cláusulas que versan sobre elementos esenciales como las que regulan elementos no esenciales. A nuestro juicio, el requisito de imposición debería ajustarse a la libertad de contratar del adherente, de ahí que distinguésemos entre la *imposición* al adherente y la *voluntad del adherente de adherirse* al contrato predispuesto<sup>282</sup>. Pero, aparte de nuestra propia visión acerca del requisito de imposición de las condiciones generales *ex* artículo 1 LCGC, recordemos que la jurisprudencia ha equiparado la imposición con la ausencia de negociación con base en lo dispuesto por el artículo 3.2 Directiva 93/13/CEE, de acuerdo con el cual, «*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 contrato de adhesión*» -STS de 9 de mayo de 2013 (Núm. 241/2013)-. De tal manera que la imposición de las condiciones generales no viene determinada por la ausencia de consentimiento, sino por la ausencia de negociación, lo que puede implicar la consideración de que las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato también cumplen el requisito de imposición y tienen, por tanto, la consideración de condiciones generales.

Asimismo, con la creación del control de transparencia como «doble filtro de transparencia» se pone de manifiesto la admisibilidad de la aplicación del control de incorporación a las cláusulas referidas a los elementos esenciales, puesto que según la citada sentencia de 9 de mayo de 2013, además del control de incorporación «*el control de*

---

<sup>280</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores, Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), Colex, Madrid, 2011, p. 697.

<sup>281</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Tratado de Contratos*, Tomo II, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1585.

<sup>282</sup> Cap. I, II, 3.3.

*transparencia, como parámetro abstracto de validez, (...), cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tienen por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” (...), como la carga jurídica».* En consecuencia, el control de incorporación se aplica a toda clase de cláusulas predispuestas, mientras que el control de transparencia consiste en un control que se aplica en exclusiva a las cláusulas que versan sobre los elementos esenciales. De ahí que atribuir al control de incorporación la condición de control de validez con base en el desconocimiento del adherente de las cláusulas cuyo objeto sea un elemento no esencial plantea la siguiente cuestión: cuál es entonces la naturaleza jurídica del control de incorporación cuando se aplica a una cláusula relativa a un elemento esencial.

#### **4. La determinación de la naturaleza del control de transparencia en proceso de evolución.**

##### *4.1. Distintas tesis acerca de la naturaleza del control de transparencia y su relación con el consentimiento contractual.*

De acuerdo con una parte de la doctrina jurisprudencial el contrato por adhesión se define como *«una práctica negocial [que] constituye un auténtico modo de contratar claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado por nuestro Código Civil, con un régimen y presupuesto causal propio y específico que hace descansar su eficacia última, no tanto en la estructura negocial del consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden al equilibrio prestacional y a la comprensibilidad de la reglamentación predispuesta, en sí misma considerada»*-sobre la autonomía de la contratación por adhesión, entre otras, las SSTs de 18 de junio de 2012 (Núm. 406/2012), de 7 de abril de 2014 (Núm. 166/2014), de 28 de mayo de 2014 (Núm. 246/2014), de 8 de septiembre de 2014 (Núm. 464/2014), de 14 de diciembre de 2017 (Núm. 669/2017)-.

A propósito del control de transparencia, en la STS de 8 de septiembre de 2014 (Núm. 464/2014)<sup>283</sup> incluso se llega a la exclusión casi completa del valor negocial del consentimiento otorgado por el adherente al entender que el control de transparencia *«se proyecta de un modo objetable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado, como para la aplicación del referido control sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta».* Del párrafo transcrito se deduce que el consentimiento otorgado por el adherente no repercute en la validez y eficacia de los contratos por adhesión, sino que depende de la observancia de los deberes relativos a la comprensibilidad del clausulado que recaen sobre el predisponente. De ahí que el control de transparencia se desligue de la teoría de

---

<sup>283</sup> Postura que se reitera, por ejemplo, en el Voto Particular emitido en la STS del Pleno de la Sala de lo Civil de 3 de junio de 2016 (Núm. 367/2016).

los vicios del consentimiento dado el escaso o nulo valor negocial del consentimiento en el marco de la contratación por adhesión.

En este sentido, la STS de 18 de junio de 2012 pone de manifiesto que «*la normativa de consumo, y particularmente la de contratación bajo condiciones generales, tiene una marcada función de configurar el ámbito contractual y, con ello, de incidir en el tráfico patrimonial*»<sup>284</sup>. Así, otro de los elementos que caracterizan la contratación por adhesión es que las normas que regulan esta modalidad contractual prevén medidas con una finalidad de abstracción o generalidad -esto es, la protección del interés público-, a diferencia de los remedios propios de la contratación por negociación que se ciñen a la relación jurídico privada.

Siguiendo la línea marcada por la STS de 18 de junio de 2012, desde la primera definición del control de transparencia dada por la STS de 9 de mayo de 2013 (Núm. 241/2013), este control aplicable a las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato tiene la consideración de «*parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta*», lo cual se debe interpretar, junto con las sentencias antes citadas, como un abandono de las tesis contractualistas en el sentido de que la validez de las cláusulas no se hace depender del consentimiento prestado por adherente, sino que la validez de las cláusulas depende de que el predisponente cumpla una serie de requisitos. Ahora bien, a pesar de que esta doctrina jurisprudencial parece negar casi por completo el valor negocial del consentimiento prestado por el adherente -incluso cuando se trata de una cláusula relativa a un elemento esencial-, de todos modos en estas se incluyen referencias a la importancia de los deberes precontractuales de información y de que el adherente tenga la posibilidad de conocer el contenido del contrato. Es decir, el problema está en que entender que el control de transparencia es un control de validez al que se le anuda asimismo la negación del valor negocial del consentimiento va en contradicción con la puesta en valor de los deberes precontractuales de información, lo cual no hace sino complicar aún más la labor de diferenciar entre las distintas explicaciones acerca de la naturaleza del control de transparencia.

En principio, habida cuenta de que el control de transparencia se vale de una serie de aspectos de carácter objetivo para evaluar si se han cumplido los deberes de transparencia y dado que la consecuencia de la falta de transparencia como instrumento para la alteración subrepticia de las prestaciones es la nulidad de pleno derecho, parece aceptable que el control de transparencia se constituya como un parámetro abstracto de validez del clausulado predispuesto. Sin embargo, teniendo en cuenta que el objetivo del control de transparencia es *garantizar* que el adherente comprende con sencillez tanto la carga económica como la carga jurídica que derivan del contrato, lo que evidentemente se dirige a la correcta formación del consentimiento contractual, a nuestro juicio se produce entonces la incompatibilidad entre la incidencia del deber de transparencia o comprensibilidad en el consentimiento contractual, por un lado, y, por otro, la consideración del control de transparencia como control de validez anudándolo a la marginación del consentimiento contractual prestado por el adherente como así se ha defendido por parte de la doctrina jurisprudencial.

---

<sup>284</sup> También en ORDUÑA MORENO, F. J., *Control de transparencia y contratación bancaria. Régimen de aplicación y doctrina jurisprudencial aplicable*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 19.

Aunque la relación entre los deberes precontractuales de información y el deber de transparencia en la contratación por adhesión -dado que dicho deber forma parte o es un elemento más del deber general de información-, además de responder a la lógica más básica, desde la STS de 9 de mayo de 2013 al control de transparencia se le atribuye el objetivo de que *el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica como la carga jurídica del contrato*, -relevancia del deber de información precontractual que ha ido cobrando mayor importancia en la jurisprudencia más reciente-.

En este sentido, entre otras, las SSTS de 8 de junio de 2017 (Núm. 367/2017), de 16 de noviembre de 2017 (Núm. 614/2017), de 1 de diciembre de 2017 (Núm. 654/2017 y 655/2017), de 23 y 24 de enero de 2018 (Núm. 32/2018 y 38/2018, respectivamente), de 10 de abril de 2018 (Núm. 197/2018) y de 22 de mayo de 2018 (Núm. 291/2018) ponen de relieve la importancia de la información referente a los elementos esenciales del contrato en cuanto a que este tipo de condiciones generales exigen *«un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato»*; señalando, asimismo, que la información precontractual *«es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar»* de manera que el adherente pueda realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas en el mercado -a lo que también se alude en las SSTS de 23 de diciembre de 2015 (Núm. 705/2015) y en la de 24 de noviembre de 2017 (Núm. 643/2017)-.

Pues bien, es cierto que algunas de las sentencias citadas prescinden de toda referencia al control de transparencia como *parámetro abstracto de validez* en el sentido antes referenciado y también ignoran toda referencia a la marginación del consentimiento del adherente. Este es el caso de las SSTS de 8 de junio de 2017, de 16 de noviembre de 2017, de 1 de diciembre de 2017 y de 10 de abril de 2018. De esta forma, las referidas sentencias se centran en la función del control de transparencia de garantizar la libertad de contratar -autodeterminación- al comprobar si el adherente tuvo la posibilidad de comprender de manera sencilla las cláusulas controvertidas -dicen las sentencias *«sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato»*-, lo cual incide en la validez del consentimiento contractual, en tanto que se consiente lo que se pudo comprender -aunque tales sentencias nada dicen acerca del consentimiento contractual-. De hecho, dentro de nuestra doctrina, incluso antes de la creación del control de transparencia, parece ser mayoritaria la postura que considera que el control de transparencia es un control del consentimiento por los motivos expuestos<sup>285</sup>.

---

<sup>285</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 931; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., Op. Cit., p. 1638, señalando que cuando se aplica el control de transparencia a las cláusulas sobre los elementos esenciales del contrato se está examinando si tales cláusulas fueron consentidas o no; PANTALEÓN PRIETO, F., “10 tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato”, *Almacén del Derecho*, 2017, Enlace Web: <http://almacendederecho.org/10-tesis-la-falta-transparencia-las-clausulas-referidas-los-elementos-esenciales-del-contrato/>; AGÜERO ORTIZ, A., “Cláusula suelo transparente porque el consumidor tuvo un conocimiento de la misma: ¿existe alguna diferencia entre el control de transparencia y la evaluación del consentimiento? Comentario a la STS de 9 de marzo de 2017 (JUR 2017\55055)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Núm. 21/2017, pp. 175 y ss.; MIRANDA SERRANO, L. M., “El control de transparencia de condiciones

No obstante, no faltan las resoluciones en las que se combinan la consideración del control de transparencia como *parámetro abstracto de validez* de las cláusulas predispuestas, la vigencia de la autonomía privada contractual acerca de los elementos esenciales en la contratación por adhesión y la ausencia de consentimiento contractual dado el incumplimiento de los deberes de transparencia. Así ocurre en las SSTS de 9 de marzo de 2017 (Núm. 171/2017), de 24 de noviembre de 2017 (Núm. 642/2017) y de 29 de enero de 2018 (Núm. 43/2018), recordando previamente la STS de 9 de mayo de 2013 sobre el control de transparencia como un control de validez, al afirmar que *«incluso en los contratos por adhesión con consumidores, rige la autonomía de la voluntad de los contratantes respecto del precio y la contraprestación, esto presupone la plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas (...). En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento»*.

Y, por último, se hallan varias sentencias en las que parece darse mayor relevancia al control de transparencia en lo que respecta a su función como requisito de validez en sustitución del consentimiento contractual. Nos referimos a las SSTS de 23 de diciembre de 2015 (Núm. 705/2015), de 7 de noviembre de 2017 (Núm. 593/2017) y de 24 de noviembre de 2017 (Núm. 643/2017), ya que, aparte de acogerse a consideración de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre el control de transparencia como *parámetro abstracto de validez*, entienden que la cláusula predispuesta controvertida, *«pese a su comprensibilidad gramatical, no supera el control de transparencia, puesto que con independencia de la prestación del consentimiento (...), no garantizaba que el consumidor pudiera tener conocimiento efectivo del coste del contrato»*. Añadiéndose que la falta de transparencia fue precisamente empleada para así proceder a *«una alteración subrepticia del precio del crédito, sobre el que los prestatarios creían haber dado su consentimiento»*. De este modo, aunque en estas sentencias también se hace alusión a la importancia de la información precontractual para que el adherente pueda proceder a la comparación fundada entre las distintas ofertas contractuales<sup>286</sup>, podemos entender que en ellas el requisito de transparencia se caracteriza por su función de requisito de validez de las cláusulas predispuestas y excluyente del consentimiento contractual como fuente de validez.

#### 4.2. Crítica fundamental a la negación del consentimiento contractual sobre los elementos esenciales del contrato amudada al control de transparencia como control de validez.

Dar por válida la negación de valor negocial al consentimiento contractual prestado por el adherente supone relegar dicha manifestación de su voluntad -voluntad negocial- y la minusvaloración de su autonomía privada, al entender que la finalidad del control de transparencia no consiste en salvaguardar la formación del consentimiento del adherente sobre los elementos esenciales del contrato, sino que consiste en determinar si el predisponente ha cumplido tales deberes de transparencia –aunque, en última instancia, la observancia de dichos

---

generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, abril 2018, pp. 33 y ss.

<sup>286</sup> Vid. Supra.

deberes desemboca en el favorecimiento de la formación del consentimiento del adherente, aunque el consentimiento carezca de valor negocial<sup>287</sup>. Por tanto, si la libertad contractual -autonormación- del adherente se ve limitada por la propia naturaleza de la contratación por adhesión, al entender que la validez de condiciones generales y cláusulas predispuestas, incluso cuando su objeto versa sobre un elemento esencial del contrato, depende en exclusiva o prácticamente exclusiva de que el predisponente cumpla una serie de deberes, se restringe de manera muy significativa la libertad de contratar -autodeterminación- del adherente.

Esta precisión, en apariencia sutil, podría desembocar en la creación de una nueva modalidad de contrato en función del modo en que se perfeccione, de forma que el contrato por adhesión pasaría de ser un contrato consensual –ex artículos 1254 y 1262 CC- a ser un contrato cuya perfección depende de que una de las partes contractuales, el predisponente, cumpla una serie de deberes dirigidos a la protección de los intereses del adherente, sobre todo cuando éste ostente la condición de consumidor.

Pero, dejando a un lado la determinación del modo de perfección del contrato por adhesión, el hecho de anular por completo el papel del consentimiento contractual en esta modalidad de contratación, en aras de no incurrir en contradicciones del todo injustificables, tal negación debería repercutir, entre otras cosas, en la concurrencia de las normas relativas a los controles previstos para la contratación por adhesión y aquellas que se dirigen a la protección de la formación del consentimiento y su validez. Es difícilmente justificable la reacción del ordenamiento jurídico ante un vicio del consentimiento cuando en el contexto de la contratación por adhesión se opta o bien por negar a la adhesión valor de consentimiento contractual o bien negar valor negocial al consentimiento prestado por el adherente<sup>288</sup>.

## **5. La actuación conjunta de los controles de incorporación y de transparencia en la fase de formación del consentimiento contractual.**

A nuestro juicio, la postura doctrinal que entiende que los requisitos derivados del control de incorporación y del control de transparencia tienen por finalidad procurar la correcta formación del consentimiento contractual del adherente es la que responde de manera más apropiada a las particularidades de la contratación por adhesión y que, a su vez, se adapta mejor a la teoría general del contrato. Desde luego, esta postura se encuentra recogida tanto por la jurisprudencia<sup>289</sup> como por nuestra doctrina, si bien se distinguen distintos matices entre las diferentes opiniones doctrinales, empezando por la diferenciación entre control de incorporación y control de transparencia o bien el alcance del consentimiento contractual prestado por adherente, pues en caso de considerar que el consentimiento se circunscribe a los elementos esenciales del contrato y que en relación a los elementos no esenciales se da la *imposición*, la función de tales requisitos

---

<sup>287</sup> V. gr., SSTS de 18 de junio de 2012 (Núm. 406/2012), de 7 de abril de 2014 (Núm. 166/2014), de 28 de mayo de 2014 (Núm. 246/2014), de 8 de septiembre de 2014 (Núm. 464/2014), de 14 de diciembre de 2017 (Núm. 669/2017)-.

<sup>288</sup> Vid. Supra.

<sup>289</sup> Entre otras muchas sentencias, y antes de la STS de 9 de mayo de 2013, SAP Asturias de 20 de septiembre de 2004 (Núm. 300/2004); SAP Madrid de 7 de octubre de 2011 (Núm. 457/2011); SAP Madrid de 11 de noviembre de 2011 (Núm. 545/2011); SAP Cádiz de 9 de marzo de 2012 (Núm. 68/2012).

variará -aunque en este caso habría que asumir, de igual modo, que a las cláusulas predisuestas relativas a los elementos esenciales se les aplica tanto el control de incorporación como, por supuesto, el control de transparencia-.

Acerca del consentimiento contractual en el contexto de la contratación por adhesión, hemos defendido que el adherente presta su consentimiento a la totalidad del contrato, sin necesidad de distinguir entre el consentimiento recaído sobre los elementos esenciales del mismo y la supuesta *imposición* del resto de cláusulas<sup>290</sup>. La particularidad de la contratación por adhesión, en la que el predisponente redacta el clausulado contractual y sin que el adherente tenga posibilidad alguna de influir sobre su contenido -al menos directamente-, ha llevado a la previsión de un sistema de controles referido a las cláusulas predisuestas y condiciones generales -controles de incorporación, de transparencia y de contenido-; cuyo fundamento, a nuestro juicio, se encuentra precisamente en la libertad contractual del predisponente -autonormación- y, por tanto, su correlativa responsabilidad en el ejercicio de dicha libertad -libertad contractual de la que el adherente carece- ante las eventuales transgresiones jurídicas que pudiese llevar a cabo en detrimento del adherente.

De esta manera, aunque sostenemos una tesis contractualista en este sentido, su fundamento difiere de las tesis contractualistas que se basan en la posición desigual de las partes contratantes y la corrección de dicha desigualdad por medio de la compensación en favor del adherente mediante el sistema de controles previstos en nuestro ordenamiento.

Pues bien, a propósito de los controles de incorporación y de transparencia en la fase de la formación del consentimiento, siguiendo la línea de lo defendido hasta ahora acerca del consentimiento contractual en la contratación por adhesión, el orden lógico acerca del cumplimiento de los deberes que se desprenden de tales controles sería el siguiente: a) en primer lugar, la comprobación de dos de los requisitos formales de incorporación, esto es, la accesibilidad y la legibilidad; b) en segundo lugar, el deber de transparencia entendido en un sentido amplio -de nada sirve conocer la existencia del contrato, disponer de él y que éste sea legible cuando no se puede alcanzar a comprender-; c) por último, la aceptación y firma -el tercer requisito formal de incorporación-, dando lugar al consentimiento contractual *ex* artículo 1262.1 CC, en tanto que, una vez que se ha tenido acceso al contenido contractual, cuya existencia se conocía, era legible y podía ser comprendido, «el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato». Esta es una cuestión decisiva a efectos prácticos, pues se trata de determinar, al fin y al cabo, la validez y el alcance del consentimiento contractual prestado por adherente; es decir, por medio de los referidos controles

---

<sup>290</sup> Vid. Cap. I, IV. Asimismo, recordemos a PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pp. 650 y 651, al sostener que «las especialidades reseñadas del Derecho de las condiciones generales pueden explicarse también desde la afirmación de la naturaleza contractual de este tipo de cláusulas, bien que matizada con la observación -mejor, el reconocimiento- de que no todas las cláusulas contractuales son ni han sido siquiera para el codificador decimonónico, iguales ni poseen la misma relevancia desde el punto de vista de los problemas de validez y eficacia del contrato. (...). Que no todas las estipulaciones de un contrato son iguales, sin que por ello unas pierdan su naturaleza contractual o deban ser consideradas *menos contractuales* que otras, es por otra parte, una idea que se manifiesta en numerosos preceptos del Código civil en materia de obligaciones y contratos».



se determinarán las cláusulas contractuales a las que las partes quedan sujetas y, por tanto, las prestaciones debidas por las mismas.



## I. INTRODUCCIÓN A LOS REQUISITOS FORMALES DE INCORPORACIÓN Y AL DEBER DE TRANSPARENCIA DURANTE LA FASE DE LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN POR ADHESIÓN.

Habiendo transcurrido más de un siglo desde que se acuñase la expresión «contratación por adhesión» para designar aquellos contratos en los que se produce la prerredacción unilateral del contrato por una sola de las partes contratantes, de manera que a la contraparte solo le queda la posibilidad de aceptar o rechazar el contrato<sup>291</sup>, aún a día de hoy la configuración dogmática del contrato por adhesión sigue en pleno proceso de evolución.

En particular, durante los últimos años el debate doctrinal y jurisprudencial se ha centrado sobre todo en los requisitos formales de incorporación y el deber de transparencia a raíz de la controvertida STS de 9 de mayo de 2013 (Núm. 241/2013)<sup>292</sup>, que introduce en nuestro ordenamiento jurídico el denominado control de transparencia. Si bien es cierto que el control de transparencia ha venido siendo desarrollado por la jurisprudencia posterior, en la referida sentencia dicho control se define como un «*parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, (...), cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo*».

Dentro de la doctrina, antes de la configuración jurisprudencial del control de transparencia, los requisitos formales de incorporación y el deber del predisponente de redactar las cláusulas de tal forma que permitiese la comprensibilidad de las mismas se incardinaban

---

<sup>291</sup> SALEILLES, R., *De la déclaration de volonté: Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, F. Pichon, París, 1901, p. 229.

<sup>292</sup> Entre otras críticas a la STS de 9 de mayo de 2013, destacan CARRASCO PERERA, Á. / CORDERO LOBATO, E., “El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación. STS de 9 de mayo de 2013”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Núm. 7/2013; CARRASCO PERERA, Á. / GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., “La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Núm. 7/2013; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, julio 2013; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., “La progresiva degradación de nuestro ordenamiento en materia de cláusulas contractuales abusivas”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Núm. 2/2014, Cizur Menor; CÁMARA LAPUENTE, S., “Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo LV, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “¿Y ahora qué?”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 1/2017, Barcelona, pp. 3 y ss.

dentro del control de incorporación. Sin embargo, sobre el deber de transparencia antes de la STS de 9 de mayo de 2013 la doctrina ya fue formulando distintas teorías que inciden tanto en el significado y alcance de dicho deber como en su ubicación, ya sea dentro del propio control de incorporación o bien incardinándolo en un control autónomo -control de transparencia-.

Dicho lo cual, al abordar la cuestión relativa a los requisitos para la incorporación de condiciones generales y cláusulas predisuestas y el deber de transparencia se plantean distintas cuestiones que sobre todo dificultan la determinación de la naturaleza y alcance del control de transparencia.

En primer lugar, el deber de transparencia puede ser entendido otorgándole un significado amplio que abarque tanto la transparencia formal / comprensibilidad meramente gramatical / *lo que es posible comprender* como también la transparencia material / la comprensibilidad real / *lo que efectivamente se comprende*<sup>293</sup>.

En segundo término, los requisitos de incorporación pueden referirse tanto a los requisitos formales -entre los que se encuentra la accesibilidad, legibilidad y la aceptación- como al deber de transparencia en su sentido amplio, o bien el control de incorporación puede considerarse que únicamente incluye los requisitos formales de incorporación -incluyendo la denominada transparencia formal- mientras que la transparencia material / la comprensibilidad real / *lo que efectivamente se comprende* quedan reservadas al control de transparencia.

En consecuencia, a los requisitos formales de incorporación y al deber de transparencia se les puede atribuir una función diferente según el punto de partida por el que se opte, así, por ejemplo, se puede distinguir entre las tesis contractualistas -para las que nos hallamos ante unos requisitos relativos a la fase de la formación del consentimiento contractual-, luego está aquella que distingue entre los requisitos formales de incorporación y el deber de transparencia como requisitos incardinados en controles diferentes, la postura según la cual el consentimiento contractual se refiere en exclusiva a los elementos esenciales del contrato mientras que sobre los elementos accidentales se produce una auténtica *imposición* o, por último, la postura que parte de la distinción según la fase del contrato en la que nos hallemos.

Tal como se justificará más adelante, a nuestro juicio, a pesar de que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia es unánime al considerar que el control de incorporación exige el cumplimiento de un deber de transparencia formal y el control de transparencia se refiere al deber de transparencia material -si bien no se da unanimidad en relación con el significado de ambos tipos de transparencia-, sería más apropiada la exigencia de un único deber de transparencia -incluyendo tanto su vertiente formal como material-. Así pues, en este sentido, se distinguirá entre los requisitos formales de incorporación -accesibilidad, legibilidad y aceptación y firma- y de otra parte el deber de transparencia. Ahora bien, aunque compartimos la postura de CÁMARA LAPUENTE en cuanto a la idoneidad de que el deber de transparencia -único- se ubique en el control de incorporación<sup>294</sup>, se procederá al análisis del control de transparencia en lo que respecta a su

---

<sup>293</sup> Nótese que se han plasmado los distintos tipos, o incluso significados, de comprensibilidad o de transparencia divididos en dos grupos diferentes sin que la pertenencia a uno de los grupos suponga que tengan el mismo significado, lo cual es signo de la dificultad que puede plantear el estudio de la cuestión que nos ocupa.

<sup>294</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas “abusivas” sobre elementos esenciales del contrato ¿Incorrecta transposición, opción legal legítima o mentis jurisprudencial?*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 123 y ss.; “Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo LV, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, Curso 2014/2015, p. 601; “Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016: Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no solo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, enero 2017, pp. 15 a 17; “Un examen crítico de la STJUE de 21 diciembre 2016: nulidad retroactiva

origen, fundamentación legislativa e interpretación jurisprudencial, así como el alcance y significado del deber de transparencia en esta sede, de acuerdo con las distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales de mayor relevancia.

## II. REQUISITOS FORMALES DEL CONTROL DE INCORPORACIÓN

### 1. Cuestión previa: cautela respecto de la duplicidad normativa.

Habida cuenta de que el predisponente redacta y establece unilateralmente las estipulaciones contractuales, con base en el principio general de buena fe y la responsabilidad derivada de la libertad contractual del predisponente, éste debe cumplir una serie de requisitos para la incorporación de condiciones generales y cláusulas predispuestas, que se encuentran recogidos en los artículos 5 y 7 LCGC y en el artículo 80.1.a) y b) TRLGDCU, respectivamente.

En primer lugar, es de obligada alusión el hecho de que el control de incorporación se halla, no solo regulado en dos artículos diferentes dentro de la LCGC –cuya sistemática ha sido cuestionada por la doctrina–, sino que, además, esta circunstancia se agrava teniendo en cuenta que se encuentra asimismo previsto en el TRLGDCU. Esta cuestión, tal y como ha señalado parte de la doctrina, ha originado que la concreción de dicho control se torne innecesariamente dificultosa dado que tales normas no siempre coinciden en relación a las reglas para la incorporación de condiciones generales y cláusulas predispuestas.

Efectivamente, de un lado contamos con una ley relativa a las condiciones generales de la contratación -LCGC- que, de acuerdo con DURANY PICH, al haber previsto el control de incorporación en dos artículos diferentes dentro de la misma, sin haber procurado su debida sincronización, el resultado es la dificultad en la labor interpretadora de tales artículos. Así, apunta el referido autor que, de acuerdo con lo previsto por ambos artículos, «si el predisponente ha cumplido los requisitos del artículo 5 pero el cliente no ha tenido la “oportunidad real de conocer” [art. 7.a], resulta que, por un lado las condiciones generales forman parte del contrato, pero, por otro, no quedan incorporadas»<sup>295</sup>.

En segundo lugar, además habremos de estar a lo que se disponga en la norma de protección de los consumidores cuando el adherente tenga la condición de consumidor. Ambas normas tienen no solo un ámbito subjetivo de aplicación diferente sino que esta circunstancia se da también desde un punto de vista objetivo. Así, en su vertiente objetiva, en el TRLGDCU la contratación por adhesión es regulada desde una perspectiva más amplia, ya que no se limita a las condiciones generales de la contratación: sus artículos tienen por objeto esta materia contractual abarcando toda cláusula que hubiese sido predispuesta sin necesidad de que se dé el requisito de que se incorpore a una pluralidad de los contratos -artículo 1 LCGC-.

Al respecto, SIMÓ SANTOJA sostiene que esa opción *dual* ha sido *poco meditada*, ya que la transposición de la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, a través de una ley que regula en exclusiva las condiciones generales de la contratación -reduciendo el ámbito objetivo que se

---

sí, falta de transparencia “abusiva” de las cláusulas suelo no”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, Núm. 1, 2017, p. 392.

<sup>295</sup> DURANY PICH, S., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. / Díez-Picazo y Ponce de León, L. (Dir.), ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002, pp. 269 y 270. Asimismo, sobre la falta de calidad y claridad de los artículos 5 y 7 LCGC, PAGADOR LÓPEZ, J., *Las condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pp. 394 y ss., que pone de manifiesto que la cuestión se agrava si además han de interpretarse y aplicarse de manera conjunta ambos artículos.

propuso en la Directiva- y la introducción de otros tantos preceptos en las normas de protección del consumidor -esta vez refiriéndose a toda cláusula predispuesta-, generan un *desorden* que bien se podría haber evitado<sup>296</sup>. Así, la LCGC ve reducido su ámbito objetivo de aplicación; pero, como contrapartida, se produce la ampliación respecto de su ámbito subjetivo de aplicación, dado que la LCGC se aplicará cuando el adherente sea tanto un consumidor como cuando tenga la condición de empresario -artículo 2 LCGC-, con la salvedad de que el empresario como adherente no podrá valerse del control de abusividad para la defensa de sus intereses.

De esta forma, la opción dual del ordenamiento jurídico español, *poco meditada* y en determinados aspectos poco coordinada, igualmente se produce en el ámbito subjetivo de aplicación de la LCGC y del TRLGDCU.

En cuanto a la LCGC, la opción por la que se decantó nuestro legislador parece inspirada en la Ley Alemana de Condiciones Generales de 1976 -*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, «AGB-G»-. En la norma alemana, a fin de no provocar una ruptura sistemática, se previó que el empresario, cuando ostentase la condición de adherente, pudiese valerse asimismo del control de contenido para la defensa de sus intereses<sup>297</sup>. En cambio, en nuestro país, como se anticipa en la Exposición de Motivos de nuestra LCGC vigente, ante la posibilidad de que una condición general pudiese reputarse como abusiva, si nos hallásemos ante un contrato celebrado entre empresarios, habríamos de estar lo dispuesto por las normas de Derecho común, ya que el control de contenido se encuentra reservado a la contratación con consumidores<sup>298</sup>. De este modo, el empresario-adherente solo puede valerse del control de incorporación.

Por supuesto, pueden ser objeto de crítica los ámbitos subjetivos de aplicación de la legislación específica sobre la contratación por adhesión -la LCGC y el TRLGDCU-; entendiendo, por ejemplo, que lo ideal sería que también en el control de incorporación se aplicasen criterios diferentes según el adherente fuese un consumidor o un empresario o bien que, ya que el empresario se puede valer del control de incorporación, también pueda acudir al control de contenido ante una posible cláusula abusiva<sup>299</sup>. No obstante, el problema principal en lo concerniente a la regulación del control de incorporación es la falta de coordinación entre las normas que se dedican a la cuestión que nos ocupa: el deber de información durante la fase de la

---

<sup>296</sup> SIMÓ SANTOJA, V. L., *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo III, Vol. 1º, DELGADO DE MIGUEL, J. F. (Coord. General), SIMÓ SANTOJA, V. L. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002, p. 22. En sentido parecido, aunque menos tajante, BUSTO LAGO, J. M. / ÁLVAREZ LATA, N. / PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de Consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, BUSTO LAGO, J. M. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 175. También, CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 205, acerca de lo previsto tanto en la LCGC como en TRLGDCU, «se trata de una normativa prolija, redundante y defectuosa, a la que no vamos a dedicar excesivos esfuerzos intentando averiguar qué entendió el legislador». Especialmente críticos con la técnica legislativa empleada en la redacción de la LCGC, GUILARTE GUTIÉRREZ, V., Op. Cit., pp. 1105 y ss., y CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., «Una nueva necesidad: la protección frente a los desatinos del legislador. (Comentario atemorizado sobre la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación)», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 45, Núm. 3, 1992, pp. 1301 y ss.

<sup>297</sup> ULMER, P., «Diez años de la Ley Alemana de Condiciones Generales de los Contratos: retrospectiva y perspectivas», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 41, Núm. 3, 1988, p. 777.

<sup>298</sup> MIQUEL, J. M., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. / DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Dir.), ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002, pp. 453 y 454, pone de manifiesto que en un principio el control de contenido en el contexto del empleo de condiciones generales cuando el adherente fuese asimismo empresario fue recogido en el artículo 7.2 del Proyecto de LCGC, previéndose entonces una protección completa del empresario como adherente. Pero debido a que la CEOE se opuso a este extremo, con base en que ello podría conducir a rigideces innecesarias, finalmente se decidió excluir al empresario de la protección dispensada por el control de contenido.

<sup>299</sup> En este sentido, DURANY PICH, S., Op. Cit., pp. 272 y 273.

formación del consentimiento. Es más, no solamente se plantea la dificultad de determinar exactamente el alcance de los requisitos de incorporación, sino que además su delimitación frente a la interpretación de las cláusulas oscuras y el control de transparencia son igualmente problemáticas.

## 2. Accesibilidad.

### 2.1. Aspectos generales.

Dentro del control de incorporación, distinguimos entre los requisitos formales de incorporación y el deber de transparencia –que, según la postura que se adopte, se referirá únicamente a la transparencia formal o bien puede llegar a abarcar también la transparencia material; y, por otro lado, la llamada transparencia material puede incluirse dentro del control de incorporación o considerarse un control autónomo–.

Respecto del examen del cumplimiento de los requisitos formales de incorporación, hemos puesto de relieve que éste se compone de tres exigencias diferentes: la accesibilidad, la legibilidad y, en tercer lugar, la aceptación y firma<sup>300</sup>.

La accesibilidad y la legibilidad –a diferencia del requisito de aceptación firma– son unos requisitos formales de incorporación de condiciones generales y cláusulas predispuestas a fin de garantizar que el adherente pueda tener acceso a las mismas y que asimismo las pueda leer. En términos generales, coincide un importante sector doctrinal en que estos criterios de incorporación son «formalidades que el legislador establece» para así «procurar una suerte de “cognoscibilidad objetiva”, dirigida fundamentalmente a una “función de publicidad”»<sup>301</sup>.

Pues bien, la accesibilidad de las condiciones generales y cláusulas predispuestas es el primero de los requisitos de inclusión a cumplir por el predisponente dada la redacción unilateral del contrato. Sobre el acceso al clausulado predispuesto, la SAP de León de 14 de abril de 2005 (Núm. 102/2005), señala que «*el deber de hacer referencia en el contrato a las condiciones generales que se pretendan incorporar, el de facilitar un ejemplar de las mismas al adherente afectado por dicha unión y por último, la necesidad de que la aceptación de las mismas la exteriorice este último con su firma*».

Así, a pesar de que se haga referencia a la accesibilidad del contenido contractual, en realidad se va más allá de su mera puesta a disposición al adherente a tenor de lo dispuesto por el artículo 80.1.a) y b) TRLGDCU, del que se desprende que el requisito supone que el consumidor habrá de tener conocimiento previo a la celebración del contrato de la existencia del contenido contractual, el cual no podrá reenviar a otros documentos o textos que no hubiesen sido entregados previa o simultáneamente a su celebración. Y, por otro lado, el artículo 5.1 LCGC establece que la incorporación de las condiciones generales al contrato se hará depender de que las mismas hayan sido aceptadas y firmadas. Repitiéndose en el artículo 7.a) LCGC que las condiciones generales no quedarán incorporadas al contrato si el adherente no hubiese tenido la

---

<sup>300</sup> Vid. Cap. II, V, 5.

<sup>301</sup> A partir del trabajo de ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 191 y ss.; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 916 y ss.; DURANY PICH, S., *Op. Cit.*, pp. 274 y 275; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Tratado de Contratos*, Tomo II, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1600, entre otros.

oportunidad de conocer el clausulado por completo o no hubiesen sido firmadas según lo previsto por el artículo 5 LCGC.

## 2.2. *La entrega del documento contractual y su puesta a disposición.*

De acuerdo con el artículo 5.1 LCGC, la aceptación de las condiciones generales se hace depender, entre otras cosas, de que el predisponente hubiere facilitado un ejemplar de las condiciones generales al adherente. No obstante, esta regla ha de ponerse en relación con el artículo 5.3 LCGC, ya que si el contrato no tiene por qué formalizarse por escrito para que la aceptación sea válida bastará con que el predisponente «entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, (...) anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración».

El predisponente ha de cumplir un deber de información *cualificado* dada su libertad contractual -autonormación-; así, de acuerdo con DURANY PICH, esta obligación tiene la consideración de obligación adicional, yendo «más allá de las prescripciones del derecho general de contratos»<sup>302</sup>, dado que el predisponente prerredacta unilateralmente el contenido del contrato. Tal apreciación es compartida, por ejemplo, por la SAP León de 14 de abril de 2005 (Núm. 102/2005) en la que se sostiene que los requisitos de incorporación parten «*del principio básico en derecho de obligaciones, de que solo puede consentirse aquello que se conoce, de ahí que en el citado precepto se imponga al predisponente de las mismas la carga de procurar la información a dicha parte*».

Es lógico que el deber de información en este contexto comience por la obligación de entrega del documento contractual o bien la puesta a disposición en los términos previstos por el antes citado artículo 5.3 LCGC. Para que el contrato pueda ser conocido, en primer lugar el adherente tendrá que tener la posibilidad de acceder al mismo. No plantea discusión determinar cuándo se entiende cumplido este requisito de entrega o de puesta a disposición según los casos, aunque la mera remisión al lugar donde se encuentran las condiciones generales pueda ser entendido como un incumplimiento de la función de publicidad de los requisitos formales del control de incorporación<sup>303</sup>. Sin embargo, aparte de esta cuestión, a nuestro juicio el posible reenvío a otros textos o documentos sí que puede ser origen de conflicto, tal y como demuestra la actualidad judicial en relación a los contratos de préstamo hipotecario en los que se incluyó la denominada «cláusula IRPH-entidades»<sup>304</sup> o que hiciese referencia a algún índice similar, ya que su definición solía incluir la remisión a la *Circular 5/1994, de 22 de julio, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela*.

## 2.3. *El reenvío a otros textos o documentos.*

Sobre el régimen jurídico relativo al reenvío a otros textos o documentos, en principio, se entiende que la regla general es que no es admisible el reenvío a otros textos o documentos, ya

---

<sup>302</sup> DURANY PICH, S., Op. Cit., p. 290.

<sup>303</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Elcano, 1999, p. 155, en tanto que a lo largo de la vida del contrato el adherente ha de disponer del contrato para saber a qué atenerse o cómo reaccionar ante determinadas circunstancias, esto es, que pueda conocer las reglas que rigen la relación contractual.

<sup>304</sup> Vid. Infra.



que precisamente atentaría contra la finalidad tuitiva de las normas reguladoras de los contratos por adhesión. En particular, el artículo 80.1.a) TRLGDCU prevé que no se podrán realizar «reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual». En consecuencia, es conforme a Derecho el reenvío a otros textos o documentos siempre que se cumplan dos requisitos, a saber: a) en el documento contractual principal debe hacerse referencia al texto o documento a que se reenvía; b) dicho texto o documento ha de ser facilitado o entregado al adherente antes de la celebración del contrato o bien en el mismo momento de su celebración.

Por otro lado, en lo que concierne a la LCGC, en ella no se hace alusión expresa a la posibilidad de reenvío a otros textos o documentos. Sin embargo, el artículo 5.1 LCGC dispone que «todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas», lo que podría entenderse como la admisibilidad de que se produzca el referido reenvío, siempre que se haga referencia a ese otro texto o documento. Ahora bien, dado que en el segundo párrafo del citado artículo se dice que la aceptación -y, por tanto, la incorporación- de las condiciones generales requiere que el predisponente haya facilitado un ejemplar de tales condiciones al adherente, debe entenderse que el reenvío será posible si se hace referencia al *otro* texto o documento en el documento contractual principal y si se facilita un ejemplar. En definitiva, se pueden deducir de la LCGC las mismas reglas que de manera expresa se prevén en el TRLGDCU.

Esta cuestión del reenvío puede tornarse algo controvertida en cuanto al reenvío a lo dispuesto por normas jurídicas. De acuerdo con un sector doctrinal, dicho reenvío es perfectamente válido, sin necesidad de inclusión del contenido de la norma en el documento contractual o bien la referencia a otro texto o documento que asimismo sea entregado antes o durante la conclusión del contrato. Se fundamenta esta postura en lo establecido por el artículo 6.1 CC, que presume el conocimiento de la Ley<sup>305</sup>.

Pues bien, en este punto nos planteamos si dentro de la remisión a la Ley cabe realizar la distinción entre la remisión a normas jurídicas que contienen una regla de conducta general -por ejemplo, la regla contenida en el artículo 1124 CC acerca del incumplimiento de las obligaciones o el artículo 1100 sobre la *mora debitoris*- y, por otro lado, la remisión a normas jurídicas de carácter definitorio en relación a lo que constituye parte del objeto del contrato -como es el caso de la cláusula IRPH-entidades y la Circular 5/1994-.

A nuestro juicio, lo que constituye el objeto principal del contrato ha de recogerse de manera expresa en el documento contractual o bien, en caso de procederse al reenvío a una norma jurídica, dicho reenvío ha de cumplir los requisitos previstos en el artículo 80.1.a) TRLDDCU y el artículo 5.1 LCGC, esto es: la referencia expresa a la norma jurídica y la entrega de documento que la recoja, ya sea antes o durante la celebración del contrato. Cuando se aplica el control de transparencia, se comprueba si el adherente pudo comprender la carga jurídica y económica del contrato, de ahí la relevancia del control de transparencia al recaer sobre sus elementos esenciales. Así pues, aunque ciertamente el artículo 6.1 CC sanciona que «la ignorancia de las Leyes no exime de su cumplimiento», cuando la remisión se refiere a una norma jurídica de carácter definitorio del objeto principal del contrato, entendemos que dicha remisión habría de cumplir las exigencias antes señaladas, sin que sea admisible la mera remisión a cualquier clase de texto o documento que no se facilite, como límite máximo temporal, en el momento de la celebración del contrato<sup>306</sup>.

---

<sup>305</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., Op. Cit., pp. 219 y 220; en el mismo sentido, DURANY PICH, S., Op. Cit., p. 290.

<sup>306</sup> Rechazando la «remisión a tabloneros de anuncios, folletos o páginas web o cualquier otro texto que no se facilite, como último momento hábil, al tiempo de la celebración del contrato», GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., Op.

Pero en este punto conviene precisar que la importancia sobre la distinción entre los supuestos en que es admisible la remisión a otros textos o documentos no es una preocupación nacida del control de transparencia, sino que ya se venía planteando con anterioridad a la creación jurisprudencial de dicho control. En este sentido, la STS de 16 de diciembre de 2009 (Núm. 792/2009), que reitera la doctrina de la STS de 13 de marzo de 1999 (Núm. 247/1999) acerca de que las cláusulas contractuales «*deben reunir el doble requisito de legible, físicamente, y comprensible, intelectualmente*», ante el recurso de una de las entidades en contra de la sentencia en apelación que reiteraba la declaración de nulidad por abusivas de una serie de cláusulas, desestima el motivo en cuestión «*porque se configura en torno a una apreciación fáctica*» y queda «*excluido del ámbito de la “cognitio” casacional*».

En lo que aquí nos interesa, dada la causa de la desestimación del motivo, se hace necesario acudir a la sentencia recurrida, en concreto, la SAP de Madrid de 11 de mayo de 2005 (Núm. 204/2005). Se declaran abusivas las cláusulas sobre la información al cliente de las tarifas, comisiones y gastos que Caja Madrid y BBVA incorporaban en los contratos de «Libreta de Ahorro y Contrato Cuenta Corriente» en el primer caso, y el «Contrato de Tarjeta de BBVA». Centrando la cuestión en la ausencia de información, ya que las entidades se limitaban a la remisión a las tarifas, comisiones y gastos a disposición de los clientes -pero sin incluir ninguna información más en el contrato, como la cuantía de tales tarifas, comisiones y gastos-. De este modo, se destaca la importancia de la «*claridad, transparencia y proporcionalidad de sus términos, facilitando al consumidor la oportunidad de su entendimiento*», citando un número considerable de normas relativas a la transparencia bancaria y la LCGC -criterios de incorporación- y el artículo 10.1 de la LGDCU de 1984 -actual artículo 80.1 TRLGDCU-.

Acerca de la referida sentencia, GONZÁLEZ PACANOWSKA trae a colación, asimismo, la SAP Asturias de 14 de marzo de 2000 (Núm. 125/2000). Reconociendo la división de opiniones respecto de la remisión a otros textos o documentos, incluso cuando sean conforme a Derecho, la finalidad del artículo 48.2 de la ya derogada Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, es «*imponer a las entidades bancarias unas normas mínimas para evitar la opacidad o que pueda confundirse a los clientes, (...)*»<sup>307</sup>. En definitiva, para evitar la aludida opacidad o confusión, el cumplimiento del deber de transparencia parece incompatible con la remisión a normas jurídicas sin que se administre dicha información por escrito antes o durante la celebración del contrato, sobre todo cuando tal remisión se refiera a la descripción de las prestaciones principales del contrato.

### 3. Legibilidad.

Habiendo tratado una primera fase, en la que se examina si el predisponente ha cumplido con su deber de poner en conocimiento del adherente que el contrato en cuestión se regula por medio de condiciones generales o cláusulas predispuestas y la puesta a disposición de las mismas, la segunda fase que se identifica dentro de los requisitos formales de incorporación responde a la exigencia de legibilidad del clausulado, cuyo incumplimiento supondría un obstáculo de carácter formal para que el adherente pueda tener, efectivamente, conocimiento del contenido contractual.

DURANY PICH, señala que el requisito de legibilidad tiene por finalidad que las condiciones generales «se puedan leer, es decir, se permitan “pasar la vista por lo escrito o impreso, haciéndose

---

Cit., pp. 162 y 163, y también en *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 918 y 919.

<sup>307</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario a la sentencia de 16 de diciembre de 2009”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Núm. 84/2010, Civitas, Pamplona, 2010, pp. 1 y 2.

cargo del valor y significación de los caracteres»<sup>308</sup>; por tanto, legible será aquello que es físicamente posible de leer –es decir, lo que puede ser captado a través de la vista, como sentido corporal que nos capacita para percibir, en este caso, el clausulado de un contrato-.

Pues bien, la ilegibilidad de una condición general supondría su no incorporación conforme a lo establecido por el artículo 7.b) LCGC. Acerca de tal circunstancia no realiza esta norma especificación alguna en relación a cuándo ha de entenderse que una cláusula es ilegible. En cambio, en el artículo 80.1.b) TRLGDCU la referida legibilidad ha de ser tal que permita al consumidor conocer el contenido del contrato, precisándose que este requisito en ningún caso podrá entenderse cumplido cuando «el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura».

Esta concreción de carácter objetivo dirigida a esclarecer ante qué situaciones se puede entender cumplido el requisito de legibilidad, fue de una de las novedades introducidas por la *Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, siguiendo la línea marcada por la normativa autonómica sobre consumo<sup>309</sup>.

En este sentido, por ejemplo, la SAP de Asturias de 16 de septiembre de 2013 (Núm. 261/2013), sostiene, acerca de la legibilidad de las cláusulas contractuales, que se trata de un «*elemento esencial de enjuiciamiento de la conducta contractual, (...), pues habrá de partirse de que requisito inicial ineludible ha de ser que se puedan leer sus estipulaciones con anterioridad al análisis de su interpretación*»<sup>310</sup>. De este modo, aunque en la LCGC no se haga referencia sobre las condiciones bajo las cuales no puede entenderse cumplido el requisito de legibilidad, el profesional-adherente se encuentra igualmente protegido por dicho requisito.

Por un lado, y a pesar de que le es aplicable lo dispuesto por la norma sobre condiciones generales, del propio Código civil se puede extraer que la legibilidad se trata de un elemento indispensable a la hora de valorar la conducta llevada a cabo por la parte contractual que ha redactado el contrato y, de otra parte, determinadas normas sectoriales tratan asimismo dicha cuestión.

Al respecto la *Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*, dispone en su artículo 11.2 que, con el objetivo de destacar la información referida a los elementos esenciales del contrato, «el Banco de España podrá exigir el empleo de un formato o tipo de letra o comunicación especialmente resaltada» -aunque, como se verá, una medida semejante podría encuadrarse dentro de las medidas dirigidas a garantizar la transparencia o comprensibilidad del clausulado predispuesto-. Concretamente, sobre los requisitos formales acerca de la legibilidad de las cláusulas, la *Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos*, prevé sobre el tamaño de la letra -incluso para los clientes que actúan en el marco de su actividad profesional-, tanto en los documentos de información como en los contratos, que «la letra minúscula que se emplee no podrá tener una altura inferior a un milímetro y medio» -normas

---

<sup>308</sup> DURANY PICH, S., Op. Cit., p. 318.

<sup>309</sup> Así, POU DE LA FLOR, M. P., *Derecho de los Consumidores y Usuarios. Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios*, Tomo I, DE LEÓN ARCE, A. (Dir.), GARCÍA GARCÍA, L. M. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 709 y 710, quien señala que este requisito introducido en el artículo 80.1.b) TRLGDCU por la Ley 3/2014, se basó en el *Decreto 26/2001, 25 de enero, sobre protección del consumidor de Castilla y León*, la *Orden 385/2003, 21 de agosto, de la Generalidad de Cataluña* o la *Circular 5/2012, 27 de junio, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos*.

<sup>310</sup> Una precisión en relación a esta sentencia, tal *requisito inicial* se extrae, en este supuesto, de los artículos 1281 y 1289 CC.

séptima y décima<sup>311</sup>. Por lo que este requisito sobre la legibilidad de la normativa sectorial bancaria coincide con lo establecido por el artículo 80.1.b) TRLGDCU.

#### 4. Aceptación y firma.

En el artículo 5.1 LCGC se prevé la necesidad de aceptación de las condiciones generales por parte del adherente para que se puedan entender incorporadas al contrato. Pero, a su vez, continúa dicho artículo diciendo que el adherente o los adherentes, en su caso, deberán haber firmado el contrato en el que siempre se hará referencia a las mismas.

Como bien apunta POU DE LA FLOR, el orden seguido por dicho artículo habría de ser diferente, ya que el orden lógico implica que el deber de información mediante la entrega de las condiciones generales figure en primer lugar, de manera que el adherente pueda tener conocimiento de las mismas. Para que algo pueda ser aceptado, primero tendrá que ser conocido o tener la posibilidad de conocerlo. En palabras del autor citado, «sin información no hay aceptación»<sup>312</sup>. De este modo, aunque entendemos que el requisito de la firma se ubica dentro del iter contractual tras el requisito de la transparencia del clausulado -accesibilidad, legibilidad, transparencia y firma-, este requisito se incluye dentro de los requisitos formales de incorporación, puesto que consiste en la materialización o exteriorización de la voluntad interna del adherente respecto de su aceptación del contrato.

A continuación, en el segundo párrafo de este artículo 5.1 se establece que en ningún supuesto podrán entenderse aceptadas las condiciones generales si el predisponente no hubiese informado al adherente sobre su existencia y, además, no le hubiese facilitado un ejemplar en el que así se recojan. Por otro lado, el artículo 7.a) LCGC dispone que no quedarán incorporadas las cláusulas que no hubiesen sido firmadas, si el contrato así lo requería. Sin embargo, en este mismo apartado se dice que tampoco quedarán incorporadas las que «el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato».

Esta dualidad relativa a la *aceptación y firma*, ha sido duramente criticada, al igual que el hecho de que tal exigencia se refiera al contrato en el artículo 5.1 y, en cambio, el artículo 7.1.a) haga alusión a la firma de las condiciones generales. Para DURANY PICH, el contenido de los artículos 5 y 7 LCGC «sitúa al lector en un estado de perplejidad, pues no le queda claro entonces si son las condiciones generales o el contrato lo que debe ser firmado».

En lo concerniente al llamado «doble consentimiento» -aceptación y firma- que se precisa para la incorporación de las condiciones generales, parece que se pretende regular el improbable supuesto en el que el adherente hubiese firmado el contrato pero, al mismo tiempo, no hubiese aceptado las condiciones generales. No obstante, de acuerdo con el autor citado este caso podría darse en teoría aunque, «si se firma el contrato y se han cumplido los requisitos de la aceptación (aviso expreso y entrega), se puede presumir que el adherente ha aceptado la incorporación». De esta manera, correspondería al adherente demostrar que efectivamente no aceptó las condiciones generales, lo cual exigiría una prueba tal como una declaración por escrito en la que manifiesta su falta de consentimiento o aceptación de las condiciones generales controvertidas<sup>313</sup>.

También puede explicarse esta falta de armonía, siguiendo a GONZÁLEZ PACANOWSKA, en primer lugar, atendiendo al *iter* parlamentario seguido en la elaboración y aprobación de la

---

<sup>311</sup> Aunque, de acuerdo con la norma segunda de la Circular 5/2012, si el cliente fuese un profesional, las normas contenidas en la referida circular serán de carácter dispositivo, salvo lo establecido en las normas decimotercera a decimoquinta.

<sup>312</sup> Como bien apunta POU DE LA FLOR, M. P., Op. Cit., p. 692.

<sup>313</sup> DURANY PICH, S., Op. Cit., pp. 282 y 283.

referida norma, ya que en un principio se hacía referencia a la firma de las condiciones generales. Sin embargo, se entendió que dicha exigencia debía ser cambiada y que la firma se refiriese al contrato. El problema se dio cuando se modificó el artículo 5 LCGC pero, en cambio, se dejó sin modificar el artículo relativo a la no incorporación -artículo 7 LCGC-<sup>314</sup>. En segundo lugar, aunque entiende que lo que ha de ser firmado es el documento contractual, la autora además considera que «quizá la exigencia de la firma se deba referir al texto de las condiciones generales en aquellos supuestos en los que el contrato se celebra verbalmente, pero, conforme a lo ya señalado la buena fe permitiría compeler a la documentación del mismo»<sup>315</sup>.

Un importante sector de nuestra doctrina opta por interpretar los artículos 5 y 7 LCGC dando prioridad al artículo 5<sup>316</sup>, y en el mismo sentido se ha pronunciado nuestra jurisprudencia. En la STS de 3 de mayo de 2002 (Núm. 444/2002), el Tribunal Supremo parece decantarse por entender que la firma ha de referirse al contrato y no a las condiciones generales; así, aunque no hace alusión alguna a la contradicción entre los artículos 5 y 7 LCGC, da prioridad al artículo 5 LCGC al sostener que «*debe recordarse que la ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación establece en su artículo 5 que las Condiciones aludidas pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes*». Por otro lado, e intentando arrojar algo más luz a la cuestión, según la SAP Tarragona de 3 de abril de 2006 (Núm. 171/2006), dada la imprecisión del artículo 7 LCGC y su contradicción respecto del artículo 5 LCGC, el artículo 7 ha de entenderse como complemento del artículo 5. De este modo, sobre la aceptación y firma, «*el art. 7 exige la firma de las condiciones generales, pero lo hace en forma relativa, pues se remite a cuando ello sea necesario según el art. 5, que no establece esa necesidad de firmas las condiciones generales, sino el contrato, por lo que resulta inútil la exigencia y de ello se deriva que, en contrato de lo invocado por el apelante, las condiciones generales no necesitan ser firmadas para su incorporación al contrato sino que lo necesario es que se avise de su existencia y que se de al contratante la oportunidad de conocerlas con la entrega de un ejemplar de las mismas*».

Sin embargo, la solución más apropiada es aquella que interpreta los artículos 5 y 7 LCGC tomando en consideración lo previsto por el artículo 63.1 TRLGDCU, acerca del deber general de información en la contratación con consumidores. Así, la doctrina ha puesto de manifiesto acertadamente que en la contratación de consumo los artículos que nos ocupan de la LCGC han de ser interpretados respetando lo dispuesto por el artículo 63.1 TRLGDCU, según el cual en los contratos celebrados con consumidores se deberá hacer entrega de «*recibo justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación, aceptadas y formadas por el consumidor y usuario, cuando éstas sean utilizadas en la contratación*». De este modo, se deberá firmar el documento contractual principal y también las condiciones generales cuando se encuentren en un documento diferente<sup>317</sup>.

---

<sup>314</sup> En sentido contrario, PAGADOR LÓPEZ, J., Op. Cit., p. 346, quien entiende que la intención inicial era la de que fuesen firmadas las condiciones generales y no el contrato y, en consonancia, al interpretar los artículos 5 y 7 LCGC se debe deber de dar primacía al artículo 7.

<sup>315</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Elcano, 1999, pp. 157 y 158.

<sup>316</sup> Entre otros, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., Ídem; DURANY PICH, S., Op. Cit., p. 282.

<sup>317</sup> PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., *Tratado de Contratos*, Tomo II, MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coords.), BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1605 y 1606. En igual sentido, sobre la interpretación de los artículos de la LCGC junto con el artículo 63.1 TRLGDCU, PÉREZ ESCOLAR, M., “Incorporación al contrato de cláusulas no negociadas. Perspectivas de reforma a la luz del panorama europeo, la Propuesta de Modernización del Código Civil y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil”, *Anuario de Derecho Civil*, Núm. 68, Vol. 2, 2015, p. 428.

### III. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA.

#### 1. Ubicación del examen de transparencia antes de la STS de 9 de mayo de 2013.

##### 1.1. Perspectiva doctrinal.

Es sabido que desde la STS de 9 de mayo de 2013 (Núm. 241/2013) contamos en nuestro ordenamiento jurídico con un nuevo control relativo a la contratación por adhesión: el control de transparencia<sup>318</sup>. En principio, a partir de dicha sentencia se entiende que la transparencia exigida por el control que nos ocupa es la llamada *transparencia material*, aquella referida a la *comprensibilidad real* del clausulado o a la comprensión efectiva de las condiciones generales y cláusulas predispuestas, frente a la *transparencia formal*, que consiste en la comprensibilidad de dicho clausulado circunscrita a su aspecto meramente gramatical -motivo por el que también se la conoce como *transparencia documental*- o también se puede entender que únicamente garantiza la posibilidad de comprensión del clausulado<sup>319</sup>.

En la actualidad, el control de transparencia creado jurisprudencialmente tiene la condición de control autónomo e independiente del control de incorporación, dada la referida distinción entre transparencia material y transparencia formal, y también se distingue del control de contenido, que se caracteriza por realizar un juicio de valor acerca de los derechos y deberes asumidos por las partes de acuerdo con los parámetros del artículo 82.1 TRLGDCU.

Aunque por parte de la doctrina jurisprudencial el control de transparencia es un control autónomo e independiente de los controles de incorporación y de contenido, en el Voto Particular de la STS de 3 de junio de 2016 (Núm. 367/2016) se puso de manifiesto la cuestión que aquí nos ocupa, esto es, la versatilidad del deber de transparencia que puede adaptarse a las distintas funciones de los distintos controles propios de la contratación por adhesión. De este modo, se aclara que *«si bien es cierto que se ha tendido a justificar el control de transparencia en el plano del control de abusividad de la cláusula, no obstante, se ha hecho dejando claro que dicho control de transparencia representa una vertiente diferenciada del control de abusividad (...). Es más, si se atienden a las citadas sentencias de 18 de junio de 2012 y 8 de septiembre de 2014, se observa que doctrinalmente no se descarta que el control de transparencia así entendido, es decir, como una vertiente del juicio generales de abusividad, pueda configurarse también como un control de incorporación que en última instancia interese la declaración de abusividad de la cláusulas como efecto necesario para su expulsión del tráfico patrimonial»*.

Por tanto, la relevancia de la ubicación del examen relativo al deber de transparencia radica especialmente en que las consecuencias derivadas de la falta de transparencia de una cláusula y su correlativa abusividad pueden ser de distinta índole distinguiendo entre: a) la nulidad de la cláusula, que es la consecuencia jurídica que actualmente se deriva de la no superación del control de transparencia; b) la no incorporación si no superase el control de incorporación o de inclusión; c) o, incluso, la interpretación de la cláusula de acuerdo con las normas relativas a la interpretación de las cláusulas oscuras, por ejemplo.

---

<sup>318</sup> Recordamos la definición dada por la citada sentencia según la cual el control de transparencia es aquel que *«cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, (...), como la carga jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo»*.

<sup>319</sup> Téngase en cuenta que, según los casos, al deber de transparencia se le puede dar un significado y alcance diferente.

Pues bien, antes de la introducción del control de transparencia en nuestro ordenamiento jurídico a través de la STS de 9 de mayo de 2013, dentro de nuestra doctrina se formularon distintas propuestas acerca de la ubicación del examen del cumplimiento del requisito de transparencia. Es cierto que al analizar los artículos dedicados al control de incorporación se distingue perfectamente entre los requisitos formales que lo integran -relativos a la accesibilidad, legibilidad y aceptación y firma-, y, por otro lado, la exigencia de transparencia del clausulado. Por este motivo, no es de extrañar que la transparencia haya recibido un tratamiento diferenciado del resto de requisitos de incorporación por la mayoría de la doctrina.

Sobre el requisito de transparencia, ALFARO, antes de la promulgación de la Directiva 93/13/CEE y, en consecuencia, de la redacción de nuestra LCGC, entiende que tanto la legibilidad como la transparencia cumplen la finalidad de hacer frente a la «redacción ambigua, asistemática, plagada de tecnicismos, de remisiones internas, de imprecisiones en los términos empleados, de generalizaciones etc. que dificultan cuando no imposibilitan que el adherente pueda hacerse una composición de lugar respecto a las obligaciones que ha asumido al contratar, las consecuencias de su actuación durante la vida del contrato o su situación en caso de litigio»<sup>320</sup>. Para cumplir con dicha función, entiende el autor que, por un lado, puede recurrirse al control de incorporación y, por otro, de manera indirecta se podrá recurrir a la interpretación *contra proferentem* -artículo 1288 CC-<sup>321</sup>. De este modo, la transparencia se ubica dentro del control de incorporación, si bien ante la falta de transparencia de una cláusula podrá aplicarse tanto dicho control como la norma sobre la interpretación de las cláusulas oscuras.

Otro planteamiento formulado tras la entrada en vigor de la LCGC es el de GONZÁLEZ PACANOWSKA. Distinguiendo entre los requisitos formales de incorporación y el deber de transparencia, sobre este último advierte que el incumplimiento del deber de transparencia puede dar lugar a tres consecuencias diferentes: a) la no incorporación de la cláusula controvertida; b) la interpretación de la misma aplicando el criterio pro-adherente; c) y, en tercer lugar, su consideración como cláusula abusiva, como causa de un desequilibrio, «por inducir a error sobre el conjunto de derechos y obligaciones que incumben al adherente, o por impedirle la óptima elección entre las ofertas del mercado»<sup>322</sup>. En consecuencia, desde esta perspectiva, se entiende que la ubicación de dicho deber dependerá de las circunstancias concretas de cada caso e incluso de la propia voluntad del adherente al formular demanda solicitando o bien la interpretación o bien, por ejemplo, la no incorporación.

Por su parte, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ considera que el requisito general de transparencia de las cláusulas predispuestas -esto es, el exigido en el seno del control de incorporación- no garantiza la efectiva comprensión de las mismas cuando se refieran a los elementos esenciales del contrato. Así, en estos supuestos se requiere un deber de transparencia adicional. Ha defendido el autor que «la falta de transparencia sobre los elementos esenciales del contrato entronca con el control de contenido, (...), porque a nuestro entender, la falta de transparencia en estos casos provoca un perjuicio material para el consumidor, consistente en la alteración subrepticia del acuerdo que sobre los elementos esenciales creía haber alcanzado». Por tanto, una vez corroborada la falta de

---

<sup>320</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., Op. Cit., pp. 231 y 232.

<sup>321</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., Op. Cit., p. 232.

<sup>322</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., Op. Cit., p. 187. La misma autora, en el mismo sentido, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real decreto Legislativo 1/2007)*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 929 y ss.

transparencia, la cláusula controvertida sería considerada abusiva -no meramente nula- puesto que «la falta de transparencia se convierte en medio o instrumento para el abuso»<sup>323</sup>.

Por último, a fin de reflejar en este apartado las distintas propuestas que creemos de mayor relevancia sobre esta cuestión, CÁMARA LAPUENTE entiende que el control de transparencia, esto es, el examen de comprensibilidad, se encuadra -o se debería encuadrar- dentro del control de incorporación. De manera que si una cláusula no es comprensible, la sanción será su no incorporación al contrato. En este punto, y dada la distinción entre transparencia formal y material, conviene precisar que desde esta postura se entiende, con base en la jurisprudencia del TJUE, que el deber de comprensibilidad o de transparencia es el mismo tanto para las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato como para las no esenciales: «se trata de un comprensión no sólo formal / gramatical, sino de entendimiento de las consecuencias jurídicas y económicas del contrato»<sup>324</sup>.

## 1.2. Perspectiva jurisprudencial.

Antes de la creación jurisprudencial del control de transparencia por la STS de 9 de mayo de 2013 (Núm. 241/2013), la mayoría de las veces el requisito de transparencia se entendía comprendido dentro del control de incorporación -bastante lógico habida cuenta de lo dispuesto por los artículos 5 y 7 LCGC y el artículo 80 TRLGDCU-. Sin embargo, antes de la introducción del control de transparencia autónomo dentro de nuestro sistema de controles en el marco de la contratación por adhesión, parte de nuestra doctrina ya proponía la posibilidad de incluir un control de transparencia en nuestro ordenamiento jurídico<sup>325</sup> y la distinción entre *transparencia formal* y *material*<sup>326</sup>.

En cambio, en relación a la aplicación judicial del requisito de transparencia, es llamativa la evolución de la jurisprudencia acerca del control de incorporación. Si bien hoy día se ha determinado de manera clara, al menos nominalmente, que el control de incorporación se refiere a la denominada *transparencia formal*, no siempre ha sido entendido de este modo por nuestra jurisprudencia<sup>327</sup>. En este sentido, por ejemplo, la STS de 13 de noviembre de 1998 (Núm. 1084/1998), cuya controversia gira en torno a una condición general en la que se hacía renunciar al adherente de «sus propios fueros». Tal cláusula de sumisión fue, asimismo, declarada abusiva

---

<sup>323</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., Op. Cit., p. 707; el mismo autor con anterioridad, asimismo, en *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 93 y ss., en especial, las pp. 99 y ss.

<sup>324</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., “Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo LV, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, Curso 2014/2015, p. 601, siguiendo la línea de lo manifestado en *El control de las cláusulas “abusivas” sobre elementos esenciales del contrato ¿Incorrecta transposición, opción legal legítima o mentís jurisprudencial?*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 123 y ss. En sentido parecido en “Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016: Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no solo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo”, *InDret, revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, enero 2017, pp. 15 a 17, y en “Un examen crítico de la STJUE de 21 diciembre 2016: nulidad retroactiva sí, falta de transparencia “abusiva” de las cláusulas suelo no”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, Núm. 1, 2017, p. 392.

<sup>325</sup> Como se ha visto, destaca especialmente PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

<sup>326</sup> Vid. Supra, sobre los distintos significados pueden alcanzar a tener las nociones de «transparencia formal» y «transparencia material».

<sup>327</sup> Sobre el examen acerca del cumplimiento del deber de transparencia en el seno del control de incorporación, entre otras, la SAP de La Coruña de 3 de junio de 2008 (Núm. 256/2008); SAP de Salamanca de 17 de noviembre de 2008 (Núm. 332/2008); SAP de Asturias de 13 de diciembre de 2011 (Núm. 564/2011); SAP de Asturias de 14 de febrero de 2012 (Núm. 81/2012); SAP de Valencia de 29 de febrero de 2012 (Núm. 135/2012); SAP de La Coruña de 19 de octubre de 2012 (Núm. 417/2012).



por generar un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes; pero es que, además, y en lo que aquí nos interesa, el tribunal declaró que la predisponente, en primer lugar, ni tan siquiera cumplió con los requisitos de incorporación establecidos en el artículo 10.1.a) LCGC de 1984 –aplicable en el momento–. El referido artículo establecía, en los mismos términos que el artículo 80.1.a) TRLGDCU, que las cláusulas no negociadas individualmente habían de cumplir, entre otros, el *requisito de formulación* consistente en la «concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, ...». De acuerdo con la citada sentencia, lo dispuesto en el referido artículo «*significa, entre otras cosas, que el texto sea legible y comprensible, es decir, que no esté en letra tan pequeña que sea difícil darse cuenta y que se entienda por persona de tipo medio. Lo cual no ocurre en el presente caso, en que la letra es tan diminuta y el texto tan breve, que el comprador difícilmente puede leerlo y comprenderlo*»<sup>328</sup>.

De manera más esclarecedora se expresa la STS de 13 de marzo de 1999 (Núm. 247/1999), concerniente a un contrato de compraventa entre empresarios en el que consta una serie de condiciones generales y en la que se declaró que los requisitos de «transparencia, claridad, concreción y sencillez» del artículo 5.5 LCGC implican que las condiciones generales han de ser legibles, *físicamente*, lo cual entraría en el terreno de lo que el Tribunal Supremo ha denominado «comprensibilidad formal o documental» a partir de la STS de 9 de mayo de 2013, y comprensibles, *intelectualmente*, que se referiría a esa «comprensibilidad real» propia del control de transparencia. Esta última sentencia, en la que curiosamente a la condición general controvertida «*no se le puede aplicar, por ser posterior, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación*», refleja de manera precisa y sencilla uno de los requisitos formales derivados del control de incorporación contenidos en los artículos 5.5 y 7.b) LCGC, esto es, la legibilidad. Pero, igualmente, y de acuerdo con el propio texto de la norma, en la sentencia se hace mención al denominado *deber de transparencia*, en cuanto a que las cláusulas habrán de ser comprensibles *intelectualmente*.

Acerca de la ubicación del examen del cumplimiento del deber de transparencia en el control de incorporación, merece especial atención la STS de 18 de junio de 2012 (Núm. 406/2012), que sirve de referencia a la STS de 9 de mayo de 2013. En esta última sentencia, se atribuye a la de 18 de junio de 2012 la definición del control de transparencia. Así, según la STS de 9 de mayo de 2013, con base en lo dispuesto por el artículo 80.1 TRLGDCU, se «*permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es fuera del ámbito de interpretación generales del Código Civil del “error propio” o “error vicio”, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, (...), como la carga jurídica del mismo, (...)*».

Sin embargo, no se debe perder de vista que la referencia a la STS de 18 de junio de 2012 en la STS de 9 de mayo de 2013 no es una referencia literal, pues en la primera lo que se hace es proceder a la definición del control de inclusión dentro de la cual se incluye el examen de la transparencia de la cláusula, de esta forma, según la STS de 18 de junio de 2012: «*en efecto, el control de inclusión, particularmente referido al criterio de transparencia respecto de los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto supone para él y, a su vez, la prestación que va a obtener de*

---

<sup>328</sup> La cláusula controvertida decía lo siguiente: «me someto para el ejercicio de tales derechos a los Tribunales de Barcelona con renuncia expresa de mis propios fueros», respecto de lo que, en relación a la legibilidad y comprensibilidad, se sostiene en la sentencia «(¿a qué “derechos” se refiere? ¿a qué “fueros” renuncia?)».

*la otra parte*». Por tanto, la creación jurisprudencial del control de transparencia se debe en exclusiva a la STS de 9 de mayo y no puede entenderse que la STS de 18 de junio de 2012 sea el germen del control de transparencia, pues lo que hace es definir el control de incorporación o de inclusión<sup>329</sup>. Es más, en la STS de 18 de junio de 2012 lo que se hace es confirmar que el examen del cumplimiento del deber de transparencia se ubicaba en el control de incorporación.

En sentido contrario a lo expuesto hasta ahora, esto es, que el examen de transparencia - que incluye la *transparencia material*- se ubica dentro del control de incorporación, es cierto que antes de la STS de 9 de mayo de 2013 se encuentran sentencias en las que se relaciona la falta de comprensibilidad o de transparencia con la abusividad de la cláusula controvertida, en lugar de entenderla como no incorporada al contrato. Así, por ejemplo, la SAP de Madrid de 2 de marzo de 2006 (Núm. 12/2006), al considerar que la falta de transparencia provoca la incomprensibilidad para el cliente por lo que se ve *«sorprendido por la determinación de una cantidad desproporcionada, (...)»*. De este modo, se concluye que *«nos encontramos por lo tanto ante una cláusula abusiva por el desequilibrio importante que representa en los derechos y obligaciones de las partes. De no establecerse en el contrato tal cláusula la acreedora sería la que no solo debe acreditar un daño directo (...) sino también la cuantificación del daño»*.

Aunque es posible encontrar sentencias en las que se relaciona la falta de transparencia y abusividad, son pocas las que realizan un razonamiento suficientemente justificado para dar dicha solución, habida cuenta del texto de la norma -en concreto, los artículos 5 y 7 LCGC y el artículo 80 TRLGDCU-. En este sentido, dada la ausencia de fundamentación suficiente, se detectan casos en los que más bien parece que se da una confusión entre los controles de incorporación y de contenido. Este es el caso de la SAP de Murcia de 14 de mayo de 2013 (Núm. 193/2013), al incluir la legibilidad y la comprensibilidad dentro del juicio de abusividad; de tal forma que, en vista de lo previsto por los artículos 5 y 7 LCGC, se considera que *«serán nulas las cláusulas ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles»*.

También se pueden encontrar casos en los que la firma y aceptación de las condiciones generales parecen ponerse en relación con el deber de transparencia, como en la SAP de Castellón de 30 de marzo de 2012 (Núm. 162/2012). En ella parece que el cumplimiento de los requisitos de concreción, claridad, sencillez y comprensibilidad directa se hace depender de la entrega o puesta a disposición del documento contractual; de este modo, dado que no constaba firma del adherente en el reverso del documento contractual, se entiende que *«las únicas condiciones aplicables son las que figuran en el documento firmado por le demandado y nos las cláusulas de ese reverso, que en su totalidad son abusivas, al no estar firmadas por el demandado y sin que se conozca que el mismo las conoció y aceptó al tiempo de la contratación»*.

En otro supuesto se entiende que el incumplimiento de los artículos 5 y 7 LCGC conlleva la nulidad parcial de la cláusula controvertida. Es el caso de la SAP de La Coruña de 21 de marzo de 2013 (Núm. 103/2013), según la cual *«en este caso ha de considerarse que la oscuridad y falta de concreción sobre las consecuencias económicas de cancelación anticipada, conduce a la declaración de la cláusula de cancelación anticipada en lo relativo sólo a las consecuencias económicas que la demandada pretende derivar de ello, que ante tal falta de información e*

---

<sup>329</sup> ORDUÑA MORENO, F. J., *Control de transparencia y contratación bancaria. Régimen de aplicación y doctrina jurisprudencial aplicable*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 19. Al respecto, en cuanto a la relevancia de la referida sentencia de 2012, el autor se limita a hacer alusión al párrafo en el que se afirma, fundamentándose en la interpretación del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, que el control de transparencia puede aplicarse a las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato. Evitando, por tanto, el concepto de control de transparencia de la STS de 9 de mayo de 2013, supuestamente tomado de la STS de 18 de junio de 2012. Aunque, en páginas posteriores -en concreto, en la p. 42-, atribuye a la citada sentencia una *anticipación* respecto de «la delimitación conceptual o concreción material del control de transparencia».

*imprecisión no ha podido ser válidamente aceptada, teniéndola por no puesta, y respetarse la voluntad unilateral de extinguir el contrato a partir del momento en que mostro su firme voluntad en tal sentido».*

Entre las sentencias previas a la STS de 9 de mayo de 2013 destaca la SAP de Islas Baleares de 22 de marzo de 2013 (Núm. 114/2013), cuyo objeto se refiere a la declaración de nulidad de una cláusula suelo por abusiva. Pues bien, según esta sentencia, el control de contenido, que implica la declaración de nulidad de las cláusulas que se reputen abusivas, no solo se refiere a la *«posibilidad de estudiar la correspondencia entre el valor de las prestaciones ofrecidas por las partes, cuando la desproporción sea notoria como en este caso, sino, sobre todo, en la buena fe»*. En cuanto a cómo se concreta la comprobación de que una cláusula es acorde con las exigencias que se derivan del principio general de buena fe, continúa la sentencia señalando que en el caso que nos ocupa *«la buena fe se proyecta en la fase de redacción y celebración del contrato y obliga al predisponente a “tratar leal y equitativamente a la parte adherente, cuyos intereses legítimos tiene que tener en cuenta”, (...)*». De este modo, se concluye que *«es claro que partiendo de la licitud del pacto de cobertura o limitación de tipos de interés, su validez debe recaer en los supuestos de falta de transparencia cuando hayan sido aceptados sin información suficiente»*.

Aunque parece que en esta sentencia se recogen los postulados de PERTÍÑEZ VÍLCHEZ acerca de la abusividad por falta de transparencia<sup>330</sup>, a nuestro juicio habría necesitado algo más de desarrollo. Sobre todo habida cuenta de que en ella se indica que el control de incorporación, que es un control que se realiza desde el punto de vista del consentimiento, es asimismo *«un control formal, que garantiza que las cláusulas sean comprensibles e inteligibles»*, mientras que el control de contenido, relativo al equilibrio contractual, *«se articula en torno a la cláusula general, mediante la cual se define qué es una cláusula abusiva, regla que se complementa con un elenco de cláusulas tipo que son, o pueden ser consideradas, abusivas»*. Así, si el control de contenido *«tiene como finalidad velar por el equilibrio de las prestaciones, y es un control del contenido de la cláusula y no de la formación del consentimiento del consumidor»*, en la sentencia nos encontramos con que se omite la relación entre la falta de transparencia y el *equilibrio de las prestaciones*; de tal manera que se declara la nulidad de la cláusula controvertida por no cumplir las normas de transparencia y protección de consumidores, concluyendo que *«precisamente lo que pone de manifiesto la prueba practicada es que no hubo una aceptación libre y voluntaria, desde el momento en que no consta ni información previa ni que con anterior a la firma de la escritura de préstamo hipotecario se remitiera al demandante una oferta vinculante que contuviera dicha estipulación; (...)*».

En conclusión, entendemos que, a pesar de ser una de las sentencias previas a la STS de 9 de mayo de 2013 en las que se recoge de manera más exhaustiva la doctrina sobre el control de transparencia planteado por la doctrina, el razonamiento seguido finalmente parece confundir el control de incorporación –control del consentimiento– con un control de contenido que no se supera porque el adherente no aceptó de manera libre y voluntaria la cláusula en cuestión, dada la ausencia de información precontractual.

## **2. Evolución doctrinal hacia el control de transparencia en el ordenamiento jurídico español.**

### *2.1. La relevancia del deber de transparencia respecto de los elementos esenciales del contrato.*

---

<sup>330</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

Aunque el control de transparencia empieza a aplicarse en nuestro país gracias a la STS de 9 de mayo de 2013 (Núm. 241/2013) -que dice basarse en la STS de 18 de junio de 2012 (Núm. 406/2012)<sup>331</sup>-, y en contra de lo que se puede inferir de la referida sentencia, la incorporación del control de transparencia a nuestro ordenamiento jurídico no se fundamenta exclusivamente en la jurisprudencia del TJUE y en la interpretación de los artículos 5 y 7 LCGC y el artículo 80 TRLGDCU de acuerdo con la doctrina jurisprudencial europea.

La referencia a un control de transparencia distinto del de incorporación se comienza a configurar a partir de trabajos como el de MIQUEL GONZÁLEZ, quien parte de la especial relevancia de la transparencia de las cláusulas que describen o determinan los elementos esenciales del contrato, sobre todo, el objeto<sup>332</sup>. Así, cuando nos hallamos ante una condición general o una cláusula predispuesta relativa a los elementos accidentales del contrato, dicha cláusula podrá ser objeto de control de contenido -*ex* artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE-; en cambio, el deber de transparencia es distinto cuando se trata de una cláusula relativa a un elemento no esencial, pues según el autor citado «respecto a ellas la transparencia cumple solamente una importante función en el desenvolvimiento del contrato, porque a pesar de que sean claras y simples, no se excluye el control de contenido»<sup>333</sup>. De igual modo, el autor parte de la presunción de que para el adherente estas cláusulas accesorias no han sido determinantes a la hora de decidir celebrar el contrato en cuestión.

De esta forma, cuando una cláusula relativa a los elementos esenciales del contrato se somete al control de incorporación sí se estaría intentando garantizar el conocimiento y el consentimiento del adherente. Para MIQUEL, «es, sobre todo, la facilidad para comparar las ofertas respecto de los elementos no sometidos a control [de contenido, se entiende], el valor protegido por la exigencia de transparencia. Por tanto, se trata de un requisito diferente de los de inclusión cuando afecta a los elementos esenciales»<sup>334</sup>. De todo ello se desprende que cuando se trata de una cláusula sobre un elemento esencial, el requisito de comprensibilidad o de transparencia es más exigente que cuando nos hallamos ante una cláusula relativa a un elemento no esencial; de forma que acerca de la comprensibilidad o transparencia puede hablarse de un control autónomo y exclusivo en relación a los elementos esenciales del contrato.

Acerca de las consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de transparencia en el supuesto de las cláusulas sobre elementos esenciales, en un trabajo posterior el mismo autor interpreta *sensu contrario* el artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE, por lo que tales cláusulas podrían ser sometidas al control de contenido si fueron redactadas sin cumplir el deber de claridad y comprensibilidad<sup>335</sup>. Entendiendo además que el control de contenido *ex* artículo 82 TRLGDCU

---

<sup>331</sup> Vid. *Supra*.

<sup>332</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Elcano, 1999, p. 187. BUSTO LAGO, J. M. / ÁLVAREZ LATA, N. / PEÑA LÓPEZ, F., *Op. Cit.*, pp. 207 y 208, también ponen de relieve este deber especial de garantizar el conocimiento del adherente en relación a las cláusulas que recojan las prestaciones principales del contrato y «aquellos contenidos contractuales que sean contrarios a las legítimas expectativas creadas en el consumidor por le comportamiento previo del empresario o profesional, o producidas por cualquier otra circunstancia relacionada con el contrato»; asimismo, MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., “El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Núm. 133/2014, Madrid, 2014, p. 8.

<sup>333</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. / DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Dir.), ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002, pp. 913 y 914.

<sup>334</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *Op. Cit.*, p. 915.

<sup>335</sup> En contra de la interpretación *a contrario sensu* del artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., “La progresiva degradación de nuestro ordenamiento en materia de cláusulas contractuales abusivas”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Núm. 2/2014, Cizur Menor, p. 7.

en realidad no supone el control del equilibrio económico, sino que consiste en un control relativo al equilibrio jurídico. Así, reprocha que en nuestro ordenamiento no se haya plasmado la relación entre el deber de transparencia respecto de las cláusulas acerca de los elementos esenciales<sup>336</sup>.

Sobre la distinción entre elementos esenciales y no esenciales, y la importancia que tiene la comprensibilidad de las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato, especialmente el objeto, entendemos que el problema que se puede plantear a partir de este razonamiento es considerar que *sobre todo* habrán de ser comprensibles las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato, puesto que se presumen decisivas para el adherente a la hora de contratar. A favor de esta postura se argumenta que sobre las cláusulas relativas a los elementos no esenciales se podrá ejercer el control de contenido, de manera que en caso de producirse un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes de acuerdo con lo previsto por el artículo 82 TRLGDCU se procederá a la declaración de abusividad de la cláusula de que se trate, control que no se puede producir respecto de las cláusulas esenciales<sup>337</sup>. De esta manera, siguiendo esta línea se puede concluir que «a pesar de las palabras claras la cláusula puede provocar valoraciones erróneas sobre el favor que merece una oferta comparada con otras, y viceversa, una clave incomprensible para un cliente medio, si ofrece un dato que la hace fácilmente comparable con otras utilizadas para medir el mismo producto, cumplirá su misión de facilitar la elección»<sup>338</sup>.

A nuestro juicio, la cuestión principal acerca de la distinción entre la comprensibilidad de los elementos esenciales y los elementos no esenciales del contrato no radica en el nivel de exigencia de comprensibilidad que merecen unas y otras cláusulas según su objeto, sino en las consecuencias que se derivan del incumplimiento de dicho deber según unos y otros casos<sup>339</sup>.

Sin embargo, no se obvia que en la contratación por adhesión la distinción entre elementos esenciales y no esenciales es imprescindible, dado que el control de contenido solo podrá ser aplicado a aquellas cláusulas que no definan el objeto principal objeto del contrato ni se refiera a la adecuación entre precio y retribución, «ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida» -de acuerdo con el artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE-

Asimismo, aparte de que nos referimos a las cláusulas relativas a las prestaciones principales que emanan del contrato, es frecuente partir de la presunción de que el adherente no leerá las cláusulas referidas a los elementos no esenciales, no se esforzará en comprenderlas o bien simplemente no las tiene en cuenta para decidir si celebrar el contrato o no. Esta última cuestión guarda relación con la opinión de que la *imposición* de las condiciones generales se

---

<sup>336</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), Colex, Madrid, 2011, p. 725.

<sup>337</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A./DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Dir.), ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002, pp. 913 y 914; en igual sentido en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), Colex, Madrid, 2011, pp. 726 y 727.

<sup>338</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *Op. Cit.*, pp. 914 y 915; *Op. Cit.*, p. 727.

<sup>339</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 930 y 931; de acuerdo con la autora, «probablemente, lo peor de no haber transpuesto la mencionada norma de la Directiva 93/13 es que las reglas sobre transparencia contenidas en los arts. 5.4 y 7 b) LCGC no destacan la diferente función que tiene la transparencia respecto de los elementos esenciales en comparación con el denominado contenido jurídico o complementario».

produce respecto de las cláusulas sobre los elementos no esenciales, y no en cuanto a las que traten sobre los elementos esenciales, sobre las que el adherente sí tiene conocimiento<sup>340</sup>.

Pero, partiendo de la afirmación que compartimos de CARRASCO, acerca de que la presunción relativa a la imposición de las cláusulas no esenciales «no pasará de ser en el mejor de los casos una regla estadística, y no normativa»<sup>341</sup>, hemos puesto de manifiesto que, en primer lugar, dentro de la gran variedad de contratos por adhesión habría de realizarse una clasificación tomando como referencia la extensión y la complejidad y a partir de ahí proceder al estudio de tipo estadístico que refrendase o desmintiese la presunción acerca de lo que el adherente conoce y lo que el adherente consiente. De este modo, se pueden dar distintas situaciones, desde aquella en la que el adherente que conoce la totalidad del contrato hasta el supuesto en que el adherente apenas conoce el contenido del contrato, a lo que ha de sumarse el hecho de que tampoco podemos conocer qué es lo que cada adherente ha tenido en cuenta a la hora de decidirse a celebrar el contrato<sup>342</sup>.

Desde nuestra perspectiva, el valor negocial de la adhesión a un contrato que contenga condiciones generales o cláusulas predispuestas equivale al consentimiento contractual, que se produce por el concurso de la oferta y de la aceptación. Así, para que pueda entenderse que el clausulado predispuesto integra la oferta, éste habrá de ser comprensible -cuestión distinta es el interés que ponga el adherente en el contenido contractual-. Y dada la predisposición por parte del profesional, que ostenta en exclusiva la libertad contractual o de autonormación, el ordenamiento jurídico reacciona atribuyéndole una especial carga o responsabilidad en el desarrollo de dicha libertad exigiendo el cumplimiento de una serie de requisitos formales y de comprensibilidad dentro del deber general de información, cuyo incumplimiento supondría la comisión de una transgresión jurídica. Todo esto conlleva que la comprensibilidad -englobando tanto la transparencia formal como la material- haya de tener siempre el mismo alcance, porque esa *transparencia formal* relativa a la inteligencia gramatical no garantiza absolutamente nada, es decir, una cláusula que es gramaticalmente comprensible no implica que esté describiendo debidamente, por ejemplo, el objeto principal del contrato.

No obstante, como decíamos, cuestión distinta es considerar que las consecuencias jurídicas que deben derivarse de la falta de comprensibilidad sean diferentes según se trate de una cláusula esencial o bien de una cláusula relativa a un elemento no esencial.

## 2.2. La relación entre el incumplimiento del deber de transparencia y abusividad.

De lo dicho hasta ahora se extrae que principalmente son dos los motivos principales que propician la creación doctrinal de un control de transparencia autónomo e independiente de los controles de incorporación y de contenido.

Por un lado, partir de la presunción de que la comprensibilidad o transparencia exigida en el control de incorporación no alcanza a asegurar que las cláusulas que definen el objeto principal del contrato sean efectivamente comprensibles, a pesar de que, a nuestro juicio, de la letra de los artículos de la LCGC y TRLGDCU dedicados a esta cuestión es difícil deducir conclusión

---

<sup>340</sup> Entre otros autores, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 132 y ss.; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Tratado de Contratos*, Tomo II, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1585; BUSTO LAGO, J. M. / ÁLVAREZ LATA, N. / PEÑA LÓPEZ, F., *Op. Cit.*, p. 167.

<sup>341</sup> CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 805.

<sup>342</sup> Vid. Capítulo II, IV, 1.

semejante. Es decir, entendemos que la consideración de que la comprensibilidad o transparencia exigida por la ley no permite asegurar la comprensibilidad efectiva del clausulado no deja de ser una *opción* del propio intérprete que así lo ha decidido interpretar.

De la insuficiencia del deber de transparencia en el contexto del control de incorporación, en tanto que no garantiza la comprensión o comprensibilidad -según la tesis doctrinal que se apoye-, se pasa entonces a la idea de que el control de transparencia en relación a la comprensibilidad o transparencia de las cláusulas que se presumen más relevantes para el adherente: esto es, las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato. Dicha relevancia, no obstante, puede incluir no solo las cláusulas relativas a las prestaciones principales del contrato sino que además puede extenderse a «aquellos contenidos contractuales que sean contrarios a las legítimas expectativas creadas en el consumidor por el comportamiento previo del empresario o profesional, o producidas por cualquier otra circunstancia relacionada con el contrato»<sup>343</sup>, lo que se acerca a la doctrina de las cláusulas sorprendentes proveniente de la doctrina alemana.

Y, en segundo lugar, sobre el germen de la creación doctrinal del control de transparencia, la consideración de que las consecuencias derivadas de la incomprensibilidad de las cláusulas sobre elementos esenciales y las que versan sobre elementos no esenciales deberían ser diferentes. Así es como se entiende que el desvalor que produce la falta de comprensibilidad o transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales consiste en que el «desequilibrio en perjuicio del consumidor derivaría de la alteración subrepticia de la paridad de las prestaciones pactadas por las partes», de tal forma que «lo que el intérprete debe evaluar no es si el precio es objetivamente justo o equilibrado en relación al objeto, sino si la falta de transparencia es instrumental a una alteración subrepticia de la posición de paridad de las prestaciones pactadas por las partes en ese contrato concreto»<sup>344</sup>.

En el estudio de la relación entre el incumplimiento del deber de comprensibilidad o de transparencia y la abusividad de las cláusulas destaca especialmente PERTÍÑEZ VÍLCHEZ. De acuerdo con su obra, entendemos que la idea principal que justifica dicha relación entre falta de comprensibilidad y abusividad es que en el caso de las cláusulas relativas al precio y al objeto del contrato se produce la *alteración subjetiva de las prestaciones*, lo que supone un atentado contra el principio de buena fe, dado que el adherente no pudo conocer el efecto de la cláusula controvertida -referida al objeto principal del contrato-.

Siguiendo esta línea, se interpreta asimismo que del artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE no se puede deducir que la falta de transparencia sobre las cláusulas definidoras del objeto y el precio implique, de manera automática, la declaración de abusividad de tales cláusulas. De este modo, se parte de que la falta de comprensibilidad o de transparencia es un instrumento a través del cual el predisponente podría captar el consentimiento del adherente, desconocedor de los aspectos más relevantes del contrato en cuestión -relevancia considerada desde una vertiente objetiva-. Por lo que no se entra a evaluar la equivalencia de las prestaciones, sino que lo que se deberá comprobar es si el predisponente se valió de la falta de comprensibilidad de las cláusulas principales de manera que supuso «una alteración subrepticia de la posición de paridad de las prestaciones pactadas por las partes en ese contrato concreto» provocando un perjuicio para el consumidor<sup>345</sup>.

---

<sup>343</sup> BUSTO LAGO, J. M. / ÁLVAREZ LATA, N. / PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, BUSTO LAGO, J. M. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 207 y 208.

<sup>344</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 132 y ss.

<sup>345</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., Op. Cit., pp. 132 y ss.; también en “Falta de transparencia carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, julio 2013, p. 23.

Si embargo, aunque doctrinalmente parece clara la relación entre falta de transparencia y abusividad, en tanto que la abusividad se producirá cuando tal falta de transparencia hubiere servido para la alteración subjetiva de las prestaciones, dentro de nuestra jurisprudencia parecía haberse dado la aplicación de dos criterios diferentes<sup>346</sup>: a) la primera, que coincide con la tesis expuesta; b) y, asimismo, se hallaría una segunda postura según la cual la falta de transparencia en las cláusulas suelo *«provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con “cláusula suelo” en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado»* - STS de 24 de marzo de 2015 (Núm. 138/2015)-. Es decir, algunas de nuestras sentencias habrían declarado la abusividad de las cláusulas suelo por falta de transparencia, sin necesidad de comprobar que esa falta de transparencia fuese empleada por el predisponente para provocar en el adherente una idea equivocada acerca de la prestación.

Pero, como aclara la STS de 25 de mayo de 2017 (Núm. 334/2017), *«no negamos que, con carácter general, la nulidad de una cláusula como consecuencia de la falta de transparencia requiera que dicha cláusula provoque “un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe”, pues pudiera ser que la falta de transparencia fuera inocua para el adherente»*. Lo que el Tribunal Supremo aclaró -o intentó aclarar- en las SSTS de 24 de marzo y de 29 de abril de 2015 (Núm. 138/2015 y 222/2015) es que en el supuesto de las cláusulas suelo, por su contenido, la falta de transparencia provoca en todo caso dicho desequilibrio.

Pues bien, retomando la falta de transparencia y el desequilibrio como elementos necesarios para la abusividad de las cláusulas por un defecto de transparencia, de acuerdo con el artículo 82 TRLGDCU, una cláusula será abusiva cuando, entre otros requisitos, suponga un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Siguiendo la postura doctrinal -y ahora también jurisprudencial- expuesta, la falta de comprensibilidad o de transparencia supone un desequilibrio de la *paridad subjetiva de las prestaciones pactadas* en perjuicio del adherente, lo que recibe el nombre de «desequilibrio económico», un desequilibrio relativo a la valoración del precio y su contraprestación con base en lo que las partes hubiesen pactado al celebrar el contrato<sup>347</sup>.

De este modo, el juicio de abusividad de las cláusulas que adolecen de un defecto de transparencia se sustenta en parte en la distinción entre las cláusulas de contenido económico y las cláusulas de contenido normativo. Así, en el caso que nos ocupa se procede al examen de la abusividad de cláusulas que no cumplen el deber de transparencia, pero dicho examen se refiere a la comprobación de si la falta de transparencia ha servido para la alteración de la posición de paridad de las partes contratantes, de manera que la equivalencia de las prestaciones permanece intacta. Sin embargo, la catalogación de las cláusulas distinguiéndolas entre las de contenido económico y las de contenido normativo, se puede entender que esta distinción en realidad es innecesaria en el supuesto enjuiciado por la STS de 9 de mayo de 2013, en tanto que «aplicado a

---

<sup>346</sup> Sobre esta cuestión, AGÜERO ORTIZ, A., “Cláusula suelo transparente por quedar probado que el consumidor tuvo un conocimiento de la misma: ¿existe alguna diferencia entre el control de transparencia y la evaluación del consentimiento? Comentario de la STS de 9 de marzo de 2017 (JUR 2017\55055)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Núm. 21/2017, pp. 171 y ss.; MARTÍN FABÁ, J. M., “Dos hitos en materia de cláusula suelo: la falta de transparencia comporta su abusividad, y que el banco deba satisfacer los intereses legales desde que se hicieron cada uno de los pagos debidos. STS (Sala de lo Civil en Pleno) núm. 334/2017 de 25 de mayo (JUR/2017\128506)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Núm. 22/2017, pp. 183 y ss.

<sup>347</sup> PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., Op. Cit., pp. 102 y ss.



la cláusula suelo, el argumento es completamente reversible: puede considerarse que la cláusula tiene contenido económico, por ser uno de los elementos que sirven para calcular la cifra de interés, pero también puede apreciarse su contenido jurídico, para lo que bastará considerar que su finalidad es distribuir entre las partes los riesgos inherentes a la bajada de tipos, (...)»<sup>348</sup>.

### 2.3. La determinación del incumplimiento del deber de transparencia como medio necesario para el abuso.

Con la creación del control de transparencia a partir de la STS de 9 de mayo de 2013 (Núm. 241/2013) se ha puesto de manifiesto un grave problema tanto en la doctrina como en la jurisprudencia: la innecesaria dificultad, ambigüedad y confusión acerca del significado y alcance del deber de transparencia. Del estudio de los requisitos formales de incorporación y del deber de transparencia se obtienen distintas conclusiones según, entre otros aspectos, el significado y alcance que se dé al término «transparencia».

De manera sintética, se aprecian dos distinciones fundamentales en relación al significado y alcance del deber de transparencia y a sus vertientes formal y material: a) por un lado, la transparencia formal -control de incorporación- entendida como transparencia documental o comprensibilidad meramente gramatical frente a la transparencia material -control de transparencia- considerada como la comprensibilidad *real*; b) y, por otro, la transparencia formal como *lo que es posible comprender* frente a la transparencia material entendida como *lo que efectivamente se comprende o se garantiza que se ha comprendido*.

Teniendo en cuenta esta circunstancia -la carencia de armonía en relación al significado y alcance del deber de transparencia- que afecta a la propia finalidad y desarrollo del control de transparencia, en este punto se atenderá en exclusiva a la que consideramos la doctrina mayoritaria. Así, se parte de que el control de transparencia tiene por finalidad la comprobación de que las cláusulas sobre los elementos esenciales del contrato han sido redactadas de tal manera que posibilitan su comprensibilidad directa, de forma que el adherente tuvo la posibilidad de comprender las cargas económicas y jurídicas que se derivan del contrato.

Como es sabido, la falta de transparencia no implica de manera directa que la cláusula controvertida sea reputada abusiva, sino que, una vez demostrada la falta de transparencia, ha de comprobarse que dicha circunstancia fue aprovechada o empleada por el predisponente para que provoque la referida «alteración subrepticia de la posición de paridad de las prestaciones pactadas por las partes en ese contrato concreto». En este sentido, en la jurisprudencia reciente relativa a las cláusulas limitativas del interés variable y declarada la falta de transparencia, se considera que «la cláusula suelo queda encubierta o enmascarada con relación a numerosas menciones y datos que dificultan la comprensión efectiva de la realidad resultante, esto es, que lo efectivamente contratado no era un contrato de préstamo a interés variable, tal y como indicaba la estipulación tercera bis de la oferta vinculante, sino un contrato a interés fijo variable alza» -entre otras, la STS de 22 de mayo de 2018 (Núm. 291/2018); y en sentido parecido, SSTS de 8 de junio de 2017 (Núm. 367/2017), de 24 de noviembre de 2017 (Núm. 643/2017), de 1 de febrero de 2018 (Núm. 53/2018), de 11 de abril de 2018 (Núm. 215/2018)-.

El primer paso para la declaración de abusividad por falta de transparencia es la determinación del incumplimiento del deber de transparencia material. Desde la STS 9 de mayo de 2013 y el Auto de Aclaración de 3 de junio de 2013, el control de transparencia se caracteriza

---

<sup>348</sup> CARRASCO PERERA, Á. / CORDERO LOBATO, E., “El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación. STS de 9 de mayo de 2013”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Núm. 7/2013, pp. 176 y 177.

por no contar con unos medios tasados para la superación de dicho control. Así, de acuerdo con el referido auto de aclaración, *«el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por una pluralidad de medios»* -cuestión recordada en sentencias recientes como las SSTS de 07 de noviembre de 2017 (Núm. 593/2017), de 24 de noviembre de 2017 (Núm. 643/2017), de 17 de enero de 2018 (Núm. 25/2018), de 23 de enero de 2018 (Núm. 32/2018), 24 de enero de 2018 (Núm. 38/2018)-. Y se continúa advirtiendo en el auto aclaratorio que, *«para el futuro, no puede anudarse de forma automática el cumplimiento de determinadas fórmulas, tantas veces convertidas en formalismos carentes de eficacia real»*.

Aunque sea discutible la idoneidad o no de las *fórmulas formalistas* criticadas jurisprudencialmente, a nuestro juicio es necesaria una concreción mínima en aras de alcanzar los estándares de transparencia exigidos para entender superado el control de transparencia. Más aún, dado que el control de transparencia es de creación jurisprudencial, aparte de ser de reciente creación, dicho control ha sido introducido en nuestro ordenamiento jurídico a propósito de las cláusulas limitativas del interés variable<sup>349</sup>. De tal manera que, atendiendo a los fines tuitivos de la normativa sobre la contratación por adhesión -esto es, la protección del adherente-, reiteramos la necesidad de formular unos criterios generales mínimos para el efectivo cumplimiento de los deberes de transparencia en la redacción de cláusulas predispuestas y condiciones generales.

#### *2.4. La figura de las cláusulas sorprendentes en relación con el control de transparencia.*

El propósito del control de transparencia es examinar si se ha cumplido el deber de transparencia o comprensibilidad, de manera que el adherente tuviese la posibilidad de comprender tanto la carga económica como jurídica que derivan de la celebración del contrato, con el fin de *sancionar* con la nulidad de pleno derecho aquellas cláusulas que, adoleciendo de falta de transparencia, hubiesen provocado en el adherente una representación errónea de las referidas cargas económicas y jurídicas.

Sobre la consecuencia de la falta de transparencia, sabiendo que lo que determina la abusividad es la falta de transparencia empleada como instrumento para provocar en el adherente la aludida confusión, dentro de la doctrina jurisprudencial se identifican dos corrientes similares que comparten la referencia a la confusión en el adherente. Sin embargo, la diferencia entre una y otra postura jurisprudencial radica en el grado de relación entre el control de transparencia y la doctrina alemana de las cláusulas sorprendentes.

No se encuentra expresamente recogida la figura de las cláusulas sorprendentes en nuestra legislación ni tampoco en la Directiva 93/13/CEE, aunque, antes de la configuración jurisprudencial del control de transparencia, ya se entendía que de manera indirecta sí se encuentra

---

<sup>349</sup> De acuerdo con el Fundamento de Derecho Decimotercero de la STS de 9 de mayo de 2013, las cláusulas suelo no superaron el control de transparencia por las siguientes causas: *«a) Falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas. c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar. d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no le ofertan las mismas. e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor»*. Además, en el fallo de la sentencia se incluye una circunstancia más por la que la cláusula suelo es no transparente: *«la creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero»*.

prevista en nuestro ordenamiento al considerar que las cláusulas sorprendentes pertenecen a una modalidad de cláusulas abusivas por no haber superado el control de contenido<sup>350</sup>. Sea como fuere, habida cuenta de la irrupción del control de transparencia en nuestro ordenamiento jurídico, por vía jurisprudencial las cláusulas sorprendentes pasan a relacionarse de modo directo con la abusividad derivada de la falta de transparencia.

Por cláusula sorprendente se entiende aquella que, a pesar de cumplir los requisitos de incorporación, supone la defraudación de las legítimas expectativas del adherente, de manera que se produce una falta de concordancia entre el contenido de la cláusula en cuestión y lo que el adherente se había representado acerca de ella<sup>351</sup>. Aunque en sentido estricto, para PAGADOR LÓPEZ cláusulas sorprendentes son las que «limitándose a completar, concretar, integrar o interpretar los acuerdos individuales alcanzados por las partes (sin llegar, necesariamente, a contradecirlos), lo hacen de forma objetivamente sorprendente para el cliente porque se hallan en contraste con las expectativas legítimas y razonables de éste fundadas en los acuerdos individuales; (...). Pero se trata de condiciones generales que, por así decir, no necesariamente van más allá, es decir, no contradicen, alteran o suplantán en todo caso los acuerdos individuales hasta el extremo de privarles de su sentido económico»<sup>352</sup>. Sin embargo, este concepto estricto de las cláusulas sorprendentes no parece encajar con la doctrina actual acerca del control de transparencia, pues este control se aplica a las cláusulas cuyo objeto se refiere a la prestación principal y, por tanto, afectan al sentido económico.

Centrando la cuestión en lo que respecta a la jurisprudencia más reciente, se encuentran también sentencias en las que la no superación del control de transparencia se fundamenta en la ausencia de información suficiente en relación con la inclusión de la cláusula controvertida en el contrato de forma sorpresiva, provocando la alteración subrepticia de la prestación que el adherente creía que estaba aceptando con la celebración del contrato, aludiendo, por consiguiente, al elemento subjetivo de la sorpresa que supone para el adherente<sup>353</sup>. Por lo tanto, de acuerdo con esta postura, «el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó» -SSTS de 9 de marzo de 2017 (Núm. 171/2017); de 24

---

<sup>350</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, pp. 57 y 58, recogiendo la tesis de Schmidt-Salzer.

<sup>351</sup> Sobre el concepto de cláusula sorprendente, entre otros, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 241 y ss.; PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pp. 454 y ss.; CLEMENTE MEORO, M., *Contratación y consumo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 305 y 306; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 193 y ss.; CAÑIZARES LASO, A., “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales. La cláusula suelo”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. II, Núm. 3, julio-septiembre 2015, p. 76.

<sup>352</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., Op. Cit., p. 462.

<sup>353</sup> En concreto, según esta línea jurisprudencial: «La ratio de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, era básicamente que la ausencia de una información suficiente por parte del banco de la existencia de la cláusula suelo y de sus consecuencias en el caso de que bajara el ropo de referencia más allá de aquel límite, y la inclusión de tal cláusula en el contrato de forma sorpresiva, oculta entre una profusión de cláusulas financieras, provoca una alteración subrepticia del precio del crédito, sobre el que los prestatarios creían haber dado su consentimiento a partir de la información proporcionada por el banco en la fase precontractual. De tal forma que un consumidor, con la información suministrada, entendería que el precio del crédito estaría constituido por el tipo de referencia variable más el diferencial pactados» -entre otras, la reciente STS de 13 de junio de 2018 (Núm. 354/2018)-.

de noviembre de 2017 (Núm. 642/2017); de 29 de enero de 2018 (Núm. 43/2018); de 13 de junio de 2018 (Núm. 354/2018)-.

Pues bien, la corriente mayoritaria dentro de nuestra jurisprudencia es la que considera que el deber de transparencia o comprensibilidad «*excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supera los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se le facilitó al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula*» -SSTS de 8 de junio de 2017 (Núm. 367/2017); de 7 de noviembre de 2017 (Núm. 593/2017); de 16 de noviembre de 2017 (Núm. 614/2017); de 1 de diciembre de 2017 (Núm. 654/2017 y 655/2017); de 23 de enero de 2018 (Núm. 32/2018); de 24 de enero de 2018 (Núm. 38/2018); de 10 de abril de 2018 (Núm. 197/2018); de 22 de mayo de 2018 (Núm. 291/2018)-. Esta postura es la que entendemos que responde a una relación moderada entre el control de transparencia y la figura de las cláusulas sorprendentes, ya que, aparte de no realizar alusión expresa a dicha figura, parece también situarse en el plano del dolo vicio o, en su caso, del error provocado dada la falta de información como causa de la confusión excusable del adherente. En definitiva, aunque sea evidente la relación entre las cláusulas sorprendentes y el control de transparencia, desde esta perspectiva, la cuestión principal es que el adherente no pudo representarse correctamente el contenido del contrato, lo cual abarca más supuestos que la simple defraudación de las legítimas expectativas del adherente.

#### IV. LA NORMA APLICABLE EN EL CONTROL DE TRANSPARENCIA.

##### 1. Excurso. Las controversias en el sistema financiero: normas sectoriales, teoría general del contrato y normas relativas a la contratación por adhesión.

Son tres los sectores que se distinguen dentro de nuestro sistema financiero. Así, éste se compone del sector del crédito, el sector de los valores y el sector del seguro y previsión a largo plazo<sup>354</sup>, cuya legislación se caracteriza por tener como objetivos: la eficiencia, la estabilidad y la transparencia.

---

<sup>354</sup> PAREJO, J. A. / CALVO, A. / RODRÍGUEZ SÁIZ, L. / CUERVO, Á. / ALCALDE, E., *Manual del sistema financiero español*, Ariel, Barcelona, 2016, pp. 32 y 33; y, en el mismo sentido, CALVO BERNARDINO, A. / PALOMO ZURDO, R. J. / GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, M., “El panorama actual del sistema financiero español”, *Los mercados financieros*, CAMPUZANO, A. B. / CONLLEDO LANTERO, F. / PALOMO ZURDO, R. J. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 36 y ss.; BERAZA GARMENDIA, A., *Gestión de entidades financieras: Un enfoque práctico de la gestión bancaria actual*, BLANCO MENDIALDUA, A. (Coord.), ESIC, Madrid, 2015, p. 27. Acerca de la composición del sistema financiero, tal y como se recoge en la *Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones*, «el artículo 31 y la disposición final undécima de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible han venido a modificar el régimen español de atención de las reclamaciones en el sector financiero, con la finalidad expresa de proteger los derechos de los clientes en cada uno de los tres ámbitos de actividad financiera: banca, valores y seguros». Sobre qué debe entenderse por productos y servicios financieros, ZUNZUNEGUI, F., “Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos”, *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, 29 de noviembre de 2013, p. 2, señala que en nuestro Derecho no se halla una definición de productos y servicios financieros, si bien la *Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores* prevé que «se entenderán por servicios financieros los servicios bancarios, de crédito o de pago, los servicios de inversión, las operaciones de seguros privados, los planes de pensiones y la actividad de mediación de seguros»; definición que, como bien apunta el referido autor, recoge la proporcionada por la normativa europea, definiendo el servicio financiero

En lo que respecta a la transparencia en el mercado financiero, de acuerdo con ZUNZUNEGUI, debido a que el mercado financiero es un mercado imperfecto, se ha previsto la imposición de «la obligación de suministrar información al mercado por parte de todas aquellas personas que apelan al ahorro público». La desigualdad de la información entre los sujetos que intervienen en el mercado financiero, prosigue el autor citado, dando por hecho el elevado coste que supone para los clientes de perfil bajo adquirir o recopilar la información relativa a los distintos productos ofrecidos por las distintas entidades, «hace necesario proteger al público ahorrador de su propia conducta y evitar las pérdidas de los pequeños depositantes e inversores»; a lo cual ha de añadirse que las pérdidas sufridas por esta clase de inversores generan una desconfianza con efectos especialmente propagativos<sup>355</sup>.

No obstante, a nuestro juicio, la finalidad propia de esta regulación del sistema financiero no debe responder a la creencia de la existencia de una *necesidad* de proteger al cliente de sí mismo y evitar que sufra pérdidas, por las razones ya expuestas en contra de una política legislativa de corte paternalista. Así, la normativa relativa al mercado financiero, en lo que respecta al Derecho contractual, debe tener como fin primordial garantizar un adecuado proceso de formación del consentimiento. Esto es, que los clientes y potenciales clientes tengan la oportunidad de comprender las obligaciones derivadas de los distintos contratos ofertados en este ámbito que nos ocupa; sobre todo, dada la especial complejidad de estos contratos inherente a su propio objeto<sup>356</sup>.

Si la validez del consentimiento contractual necesita la concurrencia del conocimiento y la libertad -autodeterminación-, es sabido que la protección de tales elementos esenciales viene dada por los deberes de información. En torno al deber de información, en el ámbito financiero destacan las controversias surgidas con motivo de la omisión de la información legalmente requerida y el incumplimiento de los deberes de transparencia. Así, por un lado, hallamos litigios en los que el cliente solicita la anulación del contrato suscrito, cuyo objeto era un producto financiero complejo –como las participaciones preferentes o *swaps*-, fundamentando su pretensión en el incumplimiento de los deberes de información –la mayor parte de las veces, el art. 79 bis de la *Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores* –LMV, en adelante-, derogada por el *Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores* –TRLMV-. Y, por otro, destaca la declaración de nulidad de las cláusulas limitadoras del interés variable –en concreto, las cláusulas suelo- al determinarse su falta de transparencia de acuerdo con el control de transparencia creado jurisprudencialmente a tal efecto.

---

como «todo servicio bancario, de crédito, de seguros, de jubilación personal, de inversión o de pago». En concreto, así se recoge en la *Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores* y la *Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores*.

<sup>355</sup> ZUNZUNEGUI, F., “Regulación financiera en una economía globalizada”, *Derecho bancario y bursátil*, ZUNZUNEGUI, F. (Dir.), Colex, Madrid, 2012, pp. 31 y 32.

<sup>356</sup> En este mismo sentido, MIRALLES SÁEZ, E., “La protección del cliente en la relación bancaria”, *La contratación bancaria*, SEQUEIRA, A./GADEA, E./SACRISTÁN, F. (Dir.), Dykinson, Madrid, 2007, p. 281; RIVERO ALEMÁN, S., *Crédito, consumo y comercio electrónico. Aspectos jurídicos bancarios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 284. A su vez, FERRANDO VILLALVA, M. L., *Las comisiones bancarias. Naturaleza, requisitos y condiciones de aplicación. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Comares, Granada, 2002, pp. 19 y 25, en cuanto a las operaciones bancarias, en ellas concurren «las notas de complejidad, novedad y elevado grado de riesgo»; y, además, acerca de la información precontractual, en esta fase «se establecen normas dirigidas a su correcta formación, de modo que no se induzca a error al contratante sobre las características, costes o beneficios de la operación que celebra».

En cuanto a la norma aplicable, tradicionalmente se ha planteado si determinados contratos, como el contrato de préstamo, son de carácter civil o mercantil, es decir, si sería de aplicación lo dispuesto por el Código Civil o bien el de Comercio, en su caso<sup>357</sup>. Sin embargo, la mayor parte de la regulación del sistema financiero se encuentra disperso en distintas leyes especiales, órdenes ministeriales y circulares del Banco de España; de forma que podríamos entender que, en este sentido, la necesidad o no de unificar el Derecho de contratos – prescindiéndose, por tanto, de la distinción entre contratos civiles y mercantiles- queda relegada a un segundo plano.

Si bien el TRLMV -antes la LMV- ni la LCS plantean duda alguna acerca de su valor normativo, en el ámbito financiero sucede que en no pocas ocasiones las decisiones judiciales se sustentan, en parte, en órdenes ministeriales y circulares del Banco de España, resultado del desarrollo del artículo 48.2 de la derogada *Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*<sup>358</sup> –en lo sucesivo, LDIEC-, teniendo dicho artículo la consideración de punto de partida de las normas de protección de la clientela bancaria.

Tanto la aplicación de las normas relativas a la teoría general del contrato como las que se refieren a los controles propios de la contratación por adhesión, se complementan recurriendo a tales órdenes y circulares. De este modo, aunque en sentido estricto estamos ante normas de carácter administrativo, compartimos la opinión de que ambas –órdenes y circulares- poseen asimismo eficacia en materia de Derecho de contratos. Se impone a las entidades financieras unos deberes de conducta en sus relaciones con los clientes o potenciales clientes –normas administrativas-, pero que en materia contractual se ponen en relación con las normas sobre el deber de información, los controles de incorporación, transparencia y contenido, o bien con las referidas a la teoría general de los contratos. Por tanto, se puede determinar la no superación de los referidos controles o bien la anulabilidad del contrato de que se trate por la vía del error o del dolo como vicios del consentimiento<sup>359</sup>.

Como recuerda la STS de 15 de noviembre de 2017 (Núm. 608/2017), «al igual que declaramos en las sentencias 716/2014, de 15 de diciembre, y 323/2015, de 30 de junio, con

---

<sup>357</sup> Acerca del contrato de préstamo, ÁLVAREZ OLALLA, P., *Tratado de Contratos*, Tomo IV, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 3871 y 3872. La misma autora, en “La nueva normativa en materia de transparencia de servicios bancarios. La regulación del préstamo. Al hilo de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios”, *El contrato bancario. Tiempos revueltos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 73, señala que «resulta paradójico observar cómo la normativa del contrato de préstamo contenida tanto en uno como en otro cuerpo legal (Código Civil y Código de Comercio), resulta escasa e insuficiente para solventar todos los problemas que plantea hoy el contrato de préstamo».

<sup>358</sup> De acuerdo con CUÑAT EDO, V., “El sistema de fuentes en el derecho contractual bancario”, *Protección de los particulares frente a malas prácticas bancarias*, CUÑAT EDO, V. (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 271 y 272, dada la ausencia de normas puramente contractuales sobre la contratación bancaria, «para determinar el régimen aplicable no basta recurrir al Código civil y Código de Comercio en su caso, porque hemos de recordar la presencia de dos hechos fundamentales: 1.º) En el ámbito de la regulación profesional se han dictado normas de “comportamiento profesional” de las entidades de crédito que hay que examinar cómo inciden en las relaciones contractuales. En efecto el art. 48.2 de la LDIEC es punto de arranque de un conjunto de normas de lo que se ha llamado “régimen de protección de la clientela bancaria”».

<sup>359</sup> En cuanto a la relación entre el control de contenido y el incumplimiento de los deberes de información recogidos en las órdenes y circulares, CUÑAT EDO, V., Op. Cit., pp. 267 y ss. En contra, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula en los contratos de préstamo hipotecario”, *El contrato bancario. Tiempos revueltos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 245, debido a que entiende que las normas administrativas «en modo alguno pueden fijar el umbral mínimo de la validez contractual de las cláusulas financieras en los contratos de préstamos con consumidores, función ésta reservada a otras normas específicas del ordenamiento jurídico sobre eficacia negocial, como las de los arts. 82 y ss. del TR-LGDCU».

*relación al incumplimiento de las normas que imponen los deberes de información respecto de los productos y servicios de inversión, la Ley de disciplina e intervención de entidades de crédito y la Orden de 5 de mayo de 1994 no prevén la nulidad de los contratos bancarios en cuya concertación el banco haya incumplido los deberes de información, sino sanciones administrativas. El incumplimiento de los deberes de información que esta normativa impone a los bancos es relevante, como se verá más adelante, al realizar el control de transparencia de las cláusulas no negociadas en contratos celebrado con consumidores». Es decir, gracias a estas normas de carácter administrativo se concretan los deberes de información en cada supuesto específico, cuando el ámbito financiero destaca por su complejidad congénita.*

Así pues, si la finalidad de tales normas administrativas es la protección del cliente bancario, las consecuencias derivadas de su incumplimiento no se deben agotar en la imposición de una sanción administrativa, sino que deberá repercutir en la relación contractual entre las partes implicadas<sup>360</sup>. De tal manera que dentro de esta normativa sectorial se identifican dos vertientes diferenciadas; una interna, cuando la norma se dirige al control del funcionamiento de las entidades, la cual es de carácter administrativo, y, por otro lado, una vertiente externa, que se dedica a la regulación de las relaciones contractuales con los clientes<sup>361</sup>.

Ahora bien, este deber de información por parte de las entidades financieras se complementa con el correlativo deber del cliente -o potencial cliente- de suministrar información veraz, aunque en la contratación por adhesión el adherente ha visto su responsabilidad aligerada, de forma que conductas objetivamente negligentes -como no leer ni tan siquiera la parte sustancial de un contrato- no conlleva consecuencia jurídica alguna para él.

Pero en contraste, en el ámbito financiero el adherente no solo ostenta el derecho a ser informado, sino que también ha de cumplir su correspondiente deber de información. De hecho, aunque las resoluciones judiciales acerca de este deber que también ha de observar el adherente se circunscriben normalmente al ámbito del contrato de seguro -artículo 10 LCS<sup>362</sup>-, si el *préstamo responsable* incluye el deber de la entidad de obtener información del deudor para «asegurarse de que es un buen pagador»<sup>363</sup>, de manera correlativa y tomando en consideración la finalidad perseguida por dicho deber, el cliente habrá de proporcionar dicha información de

---

<sup>360</sup> MÚRTULA LAFUENTE, V., *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Reus, Madrid, 2012, p. 21, quien recoge asimismo la postura defendida por VICENT CHULIÀ, F., “Condiciones generales de la contratación y condiciones abusivas bancarias”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Núm. 13, 2004, p. 78, acerca de que las órdenes y circulares son, en esencia, normas de Derecho privado con trascendencia en el ámbito administrativo, y no al contrario. En este mismo sentido, BARRAL VIÑALS, I., “¿Abusivas por falta de transparencia (bancaria)? el control de incorporación y las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios”, *Revista de Derecho Privado*, Reus, Núm. 2, marzo-abril 2005, pp. 45 y 46, quien se decanta por la postura de Vicent Chulià y, además, recoge la defendida por García Cruces, en lo concerniente a que «la relación entre la normativa de derecho privado y las IM sobre transparencia bancaria no es de jerarquía normativa, sino de ley general a ley especial en relación al CC y al CCom».

<sup>361</sup> BUSTO LAGO, J. M. / ÁLVAREZ LATA, N. / PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, BUSTO LAGO, J. M. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2010, 1151.

<sup>362</sup> Según el primer párrafo del artículo 10 LCS: «el tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. (...)».

<sup>363</sup> GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “Los deberes de información precontractual en los contratos de préstamo”, *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*, CUENA CASAS, M. (Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 525. Según la autora, «qué se entiende por préstamo responsable es una cuestión que ofrece matices. Entendemos que el préstamo responsable puede ser aquel que se concierta, contrata y concede con seguridad, respondiendo a su propia finalidad: la devolución. Es decir, aquel que, *a priori*, se supone que va a ser devuelto, obligación principal del contrato de préstamo, y que, por lo tanto, es el que realmente corresponde a su propia esencia y función económica».

manera veraz, lo cual derivaría del principio general de buena fe, y que se recoge de manera expresa en la norma duodécima de la *Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos*, conforme a la cual el cliente deberá facilitar a las entidades «una información completa y veraz sobre su situación financiera y sobre sus deseos y necesidades en relación la finalidad, importe y demás condiciones del préstamo o crédito».

En este sentido, la obligación de evaluar la solvencia del cliente de una entidad de crédito prevista en el artículo 18 de la *Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*, supone que tales entidades habrán de recabar la información apropiada para tal fin, cumpliendo con las reglas sobre gestión de riesgo y control interno de las entidades de crédito. Así, las entidades han de valorar «la situación de empleo, ingresos, patrimonial y financiera del cliente».

En consecuencia, tal y como se ha indicado de manera sucinta, en el sector financiero se pone en evidencia la *variedad* de conflictos que pueden surgir acerca del deber de información y, a su vez, la *variedad* de soluciones que ante semejante problemática se puede proporcionar. Dado que el deber de información se manifiesta de diverso modo; que ambas partes contractuales están obligadas a su observancia, ya sea por imperativo legal o bien en cumplimiento del principio general de buena fe; y, por último, que en ocasiones un mismo problema puede ser abordado desde distinta perspectiva, el sistema financiero se revela como la parcela económico-jurídica más idónea para el estudio de este deber.

## **2. El deber de transparencia en la normativa sectorial relativa al contrato de préstamo hipotecario.**

### *2.1. Introducción.*

Dado que el control de transparencia fue creado jurisprudencialmente por la STS de 9 de mayo de 2013 (Núm. 241/2013) a propósito del examen de la posible abusividad de las cláusulas limitativas del interés variable -«cláusulas suelo»- insertas en contratos de préstamo hipotecarios y desde entonces la aplicación de dicho control se ha venido realizando tanto a esta clase de cláusulas como a las denominadas cláusulas multividiva e IRPH, se hace necesario conocer los aspectos nucleares de la normativa específica del contrato de préstamo hipotecario en lo que concierne a los deberes de información.

El préstamo hipotecario es un producto bancario, en concreto, es una operación activa, por medio del cual el prestatario recibe una cantidad determinada de dinero del prestamista, asumiendo la obligación de devolver la cantidad recibida más los intereses estipulados. Estos préstamos se caracterizan por que la satisfacción del derecho de crédito se garantiza por medio de una hipoteca inmobiliaria<sup>364</sup>.

---

<sup>364</sup> Sobre el concepto de préstamo hipotecario, la *Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario* del Banco de España, del año 2016; y, asimismo, NAVAS MARQUÉS, J. I. / ARANA NAVARRO, J., *Tratado de Contratación de Derecho Bancario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 104 y 105. Y en cuanto al concepto de hipoteca inmobiliaria, MORALEJO IMBERNÓN, N., *Tratado de Contratos*, Tomo IV, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 4156. Acerca de las diferencias entre créditos y préstamos, PAREJO, J. A. / CALVO, A. / RODRÍGUEZ SÁIZ, L. / CUERVO, Á. / ALCALDE, E., Op. Cit., p. 192; NAVAS MARQUÉS, J. I. / ARANA NAVARRO, J., Op. Cit., pp. 104 y ss.



En la actualidad<sup>365</sup>, las normas relativas a la protección de los clientes de las entidades de crédito se encuentran recogidas, principalmente, en la *Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*. Esta norma tiene una triple finalidad: a) en primer lugar, recoger en un único texto la normativa básica de transparencia; b) en segundo término, la actualización de las normas de protección del cliente bancario; c) y, en último lugar, desarrollar los principios establecidos en la *Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible*, en lo que concierne a las previsiones acerca del préstamo responsable.

## 2.2. Evaluación de solvencia.

Pues bien, en lo que respecta a la información precontractual, se hace hincapié en la importancia de garantizar que el cliente disponga de la información relevante para así formar debidamente su consentimiento y comparar entre las distintas ofertas. No obstante, en este sentido ha de añadirse la obligación de las entidades de recopilar la información necesaria para proceder a la evaluación de solvencia del potencial cliente en la fase precontractual, pretendiéndose fomentar el préstamo responsable. Precisamente, de acuerdo con la *Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 088/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010*, en su Cuarto Considerando se sostiene que «la Comisión ha determinado una serie de problemas que sufren los mercados hipotecarios de la Unión en relación con la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos, así como con el margen competencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado, (...)».

Atendiendo al espíritu de la Directiva 2014/17/UE, con carácter previo en nuestro ordenamiento jurídico ya contábamos con la *Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible*, en cuyo artículo 29 se prevé que las entidades de crédito tienen la obligación de evaluar la solvencia del cliente o potencial cliente antes de celebrar el contrato de préstamo<sup>366</sup>. Dicha previsión se desarrolla en el artículo 18 de la Orden EHA/2899/2011, estableciendo la información mínima que las entidades han de recopilar de los clientes o potenciales clientes.

Correlativamente, con el propósito de cumplir los fines de la evaluación de solvencia que las entidades tienen el deber de llevar a cabo, en la Norma duodécima de la *Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos*, en su apartado tercero se prevé la obligación de los clientes de proporcionar una «información completa y veraz sobre su situación financiera y sobre sus deseos y necesidades».

Según el artículo 18.6 de la Orden, esta obligación de las entidades «se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación que, (...), deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes y, en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes». No obstante, se plantea la duda acerca de qué sucede en caso de no practicarse la referida evaluación o bien cuando el resultado de la misma es negativo y no obstante la entidad celebra el contrato de préstamo de que se trate. En el supuesto de que la entidad de crédito no

---

<sup>365</sup> Si bien se está pendiente de la tramitación del *Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*.

<sup>366</sup> Según GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., Op. Cit., p. 524, el préstamo irresponsable consta como una de las causas de la crisis financiera de los últimos años, dada la ignorancia acerca de la capacidad financiera del prestatario y su capacidad de pago, de manera que la falta de evaluación de la solvencia del cliente se revela, a su vez, como uno de los motivos detrás de los impagos e incumplimientos en el sector del préstamo hipotecario.

hubiese practicado la evaluación de solvencia, la única consecuencia jurídica prevista por la norma es la sanción administrativa, si bien nada se dice respecto del ámbito jurídico privado. Y, por otro lado, en lo que respecta a la obtención de un resultado negativo de la evaluación y, sin embargo, se procede a la celebración del contrato, la doctrina no parece dar una misma solución ante tal interrogante<sup>367</sup>.

### 2.3. Información precontractual.

Se prevé en el artículo 6 de la Orden EHA/2899/2011 que la información precontractual se deberá proporcionar, en todo caso, de manera «clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa y habrá de entregarse con la debida antelación en función del tipo de contrato u oferta y, en todo caso, antes de que el cliente quede vinculado por dicho contrato u oferta». Estableciéndose en los artículos siguientes los distintos documentos que se deberán proporcionar y poner a disposición de los clientes.

Entre los documentos que ostentan el rango de información precontractual se halla, en primer lugar, la *Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario*. Según el artículo 20 de la Orden, la elaboración de tal guía está a cargo del Banco de España –poniéndola a disposición de los ciudadanos en su página web- y las entidades de crédito han de ponerla a disposición de los clientes o potenciales clientes, tanto en sus establecimientos comerciales como en sus páginas web, en todo momento y de manera gratuita.

De acuerdo con el artículo 21 de la Orden, las entidades de crédito deberán poner a disposición del cliente la *Ficha de Información Precontractual* -«FIPRE»-, en la que las entidades deben informar, gratuitamente, de manera «clara y suficiente sobre los préstamos que ofertan», siguiendo el modelo previsto en el Anexo I de la referida Orden.

Cuando el cliente hubiese informado a la entidad acerca de su situación financiera, de empleo y demás datos necesarios para la evaluación de su solvencia, la entidad de crédito elaborará y proporcionará al cliente la *Ficha de Información Personalizada* -«FIPER»-, regulada en el artículo 22 de la Orden, «de forma que le permita comparar los préstamos disponibles en el mercado, valorar sus implicaciones y adoptar una decisión fundada sobre si debe o no suscribir el contrato». Esta ficha se elaborará siguiendo el modelo recogido en el Anexo II de la Orden y no supone coste alguno para el cliente. Habida cuenta de la finalidad de la FIPER, ésta se ha de entregar con antelación suficiente al cliente, además de no implicar sujeción contractual alguna. Cuando se proporcione información adicional a la prevista en el modelo, dicha información habrá de constar en documento separado, «que deberá ajustarse a la Ficha de Información Personalizada».

Por último, conforme al artículo 23 de la Orden, el cliente tiene la posibilidad de solicitar a la entidad de crédito una *Oferta Vinculante* cuando ambas partes hubiesen mostrado interés o

---

<sup>367</sup> Sobre este punto, vid. ÁLVAREZ OLALLA, P., “La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento”, *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*, CUENA CASAS, M. (Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 777 y ss., la autora recopila las distintas posturas acerca de las consecuencias derivadas de la evaluación de solvencia negativa, si bien parece decantarse por aquélla que entiende que la regulación del préstamo responsable responde al interés público, de manera que la acotación de la libertad de empresa se justifica teniendo presente que las consecuencias de las decisiones tomadas por éstas afecta al conjunto de la sociedad. De este modo, considera que «el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia o su concesión en caso de evaluación negativa, no debe afectar a la validez de la relación contractual, sino a la eficacia, (...)», y, concluye más adelante, señalando que en este supuesto estaríamos ante un «caso de responsabilidad precontractual, esto es, la concesión de crédito a pesar de existir evaluación negativa» -pp. 781 y 782-.

voluntad en proceder a la contratación de un determinado préstamo hipotecario, el bien inmueble objeto de la garantía hipotecaria se hubiese tasado debidamente, se hubiesen comprado la situación registral del mismo, así como la comprobación de la situación financiera del cliente, de acuerdo con lo previsto acerca de la evaluación de la solvencia. La *Oferta Vinculante* debe constar siguiéndose lo establecido para la FIPER, si bien ha de incluirse que efectivamente se trata de una oferta vinculante y el plazo de duración de la vigencia de la oferta contractual –que, salvo circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad de crédito, deberá tener un plazo de vigencia como mínimo de catorce días desde su entrega-. Al igual de lo que ocurre respecto de la FIPER, la información adicional se debe adjuntar en documento separado. En el apartado 4 del artículo 23 de la Orden, se prevé que la FIPER y la Oferta Vinculante se pueden aportar al mismo tiempo y en un mismo documento si ambas coinciden íntegramente.

#### *2.4. Información contractual.*

En cuanto a la información contractual, el artículo 7 de la Orden recoge la información que en todo caso ha de contener el contrato de préstamo. En concreto, en su apartado 3º se dice debe constar de manera explícita y clara la siguiente información: «a) El tipo de interés nominal, la TAE u otra expresión equivalente del coste o remuneración total efectivos en términos anuales, (...); b) La periodicidad con que se producirá el devengo de intereses, las fechas de devengo y liquidación de los mismo, la fórmula o métodos utilizados para obtener, (...), el importe de los intereses devengados y, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo de dicho importe; c) Las comisiones y gastos repercutibles que sean de aplicación, (...), así como, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo de dicho importe; d) La duración (...) y, en su caso, las condiciones para su prórroga; e) Las normas relativas a las fechas valor aplicables; f) Los derechos y las obligaciones que correspondan a la entidad de crédito para la modificación del tipo de interés pactado, o para la modificación de las comisiones o gastos repercutibles aplicados; y los derechos que, en su caso, goce el cliente cuando se produzca tal modificación; g) Los derechos y las obligaciones del cliente en cuanto a la cancelación (...) o al reembolso anticipado del mismo y el coste total (...); h) Las consecuencias para el cliente del incumplimiento de sus obligaciones, (...); i) Los demás que establezca el Banco de España».

Siguiendo lo establecido por el artículo 29 de la Orden, en el documento contractual las cláusulas financieras deben constar aparte del resto de cláusulas, debiendo de cumplir los requisitos previstos para la FIPER; además, se deberá determinar el tipo de interés aplicable y se informará al cliente de las variaciones que el mismo haya experimentado. Por otro lado, las cláusulas no financieras no podrán modificar el contenido de aquellas en perjuicio del cliente.

Toda la información y documentación que recibe el cliente bancario a la hora de celebrar un contrato de préstamo hipotecario con una entidad de crédito ha de cumplir las exigencias de forma e información resaltada, que según el artículo 7 de la Orden, deberá proporcionarse en papel, formato electrónico o en cualquier otro soporte duradero, de forma que sean fácilmente comprensibles y claramente legibles. Así pues, corresponde al Banco de España determinar tales requisitos en relación a la publicidad, información precontractual y contractual. De este modo, el Anejo III de la Circular 5/2012 prevé la información precontractual que debe ser resaltada. En concreto, en su apartado 1.4 se desarrolla dicha obligación en relación a la FIPRE y FIPER.

#### *2.5. El acto de otorgamiento y valoración de la intervención del Notario.*

El acto de otorgamiento se encuentra regulado en el artículo 30 de la Orden, que en la derogada *Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios* se preveía su artículo 7. Aunque el deber de

transparencia material de las cláusulas contractuales –ya sea exigido por las normas de transparencia bancaria o bien por la vía del control de transparencia jurisprudencialmente creado en el año 2013- ha cobrado una especial relevancia en la práctica de los tribunales durante los últimos años; sin embargo, la labor notarial dirigida al aseguramiento de la comprensión de las cargas jurídicas y económicas en los contratos de préstamo hipotecario ya se puso claramente de manifiesto a propósito de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 en relación con el artículo 147 del *Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado* –«Reglamento Notarial»-<sup>368</sup>.

Por tanto, ya en la Resolución DGRN de 27 de octubre de 1994 (RJ 1994\10729) se sostuvo que *«en aras del deber de información y de asistencia al otorgante necesitado de ella y para facilitar a éste la adecuada comprensión del contrato, en la redacción de la escritura pública deberá incluir (o hacer la oportuna advertencia sobre ello cuando se redacte conforme a la minuta) las cláusulas financieras a las que se refiere el artículo 6 de la Orden, con las adaptaciones que, en su caso, vengan impuestas por la especialidad del contenido contractual»*, y en la Resolución DGRN de 12 de marzo de 2015 (RJ 2015\1586), estando ya en vigor por competente la Orden EHA/2899/2011, se señaló que el Notario habrá de realizar *«un control en el mismo acto de otorgamiento de la comprensión y voluntad libremente informadas del prestatario sobre todo el contenido documental»*.

Pues bien, cabe destacar del artículo 30 de la Orden vigente, en primer lugar, el derecho del prestatario a examinar el proyecto de escritura pública en el que se formalizará el contrato de préstamo, al menos durante los tres días hábiles anteriores al acto de otorgamiento. No obstante, si el acto de otorgamiento tuviese lugar en la misma notaría, el prestatario tiene la opción de renunciar expresamente a dicho derecho. El ejercicio de este derecho por parte del prestatario depende de que la entidad cumpla con su deber de proporcionar al prestatario la FIPER o bien la entrega en un mismo documento de la FIPER y la oferta vinculante –artículos 22 y 23 de la Orden-. Esto es así debido a que en el modelo de FIPER del Anexo II de la Orden, en concreto en su apartado dedicado a los riesgos y advertencias, se recoge la advertencia de que el prestatario tiene derecho al examen del proyecto de documento contractual. En este sentido, la SAP de León de 12 de junio de 2015 (Núm. 126/2015), ante la ausencia de entrega de oferta vinculante al prestatario se pone de relieve que ello implica que éste, en consecuencia, *«no puede saber que tiene derecho a examinar el proyecto de escritura, y la renuncia a su examen y lectura se produce en el mismo acto de otorgamiento de la escritura, sin disponer de esos tres días hábiles anteriores para reflexionar y decidir al respecto- Con ello se conculcan abiertamente los preceptos que exigen ofrecer al consumidor la información con antelación suficiente para comprender las condiciones esenciales del contrato y decidir sobre la prestación del consentimiento con conocimiento de causa»*.

A nuestro juicio, y a fin de que las normas reguladoras del préstamo hipotecario –en las que destaca el propósito de fomentar el préstamo responsable- respondan a una misma lógica, consideramos que si las entidades de crédito que, a pesar de haber realizado una evaluación de solvencia de resultado negativo, procediesen a celebrar el contrato de préstamo, hubiesen de responder por una responsabilidad precontractual; algún tipo de consecuencia jurídica debería provocar que el prestatario rechace examinar el proyecto de escritura pública. Es decir, el préstamo responsable, por loable que sea dicho propósito, no debe descansar únicamente sobre una de las partes contractuales. Los efectos económicos y sociales perniciosos derivadas de una

---

<sup>368</sup> Dice el primer párrafo del citado artículo lo siguiente: «El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar el ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notario».

contratación bancaria irresponsable dependen de la concurrencia de ambas partes contratantes – de qué modo, si no, se iba a celebrar el contrato-.

Continuando con el acto de otorgamiento, en el artículo 30.3 de la Orden<sup>369</sup> se recoge el deber de información de los notarios en relación al valor y alcance de las cláusulas contractuales y, por tanto, las obligaciones por asumir. En concreto, se prevé que, en todo caso, deberán comprobar si el cliente ha recibido la FIPER y si se hizo con la suficiente antelación, que no se dan discrepancias entre la oferta vinculante y el documento contractual, si el cliente ha recibido la información relativa al tipo de interés variable, en caso de aplicarse, en los términos previstos por la propia Orden y, por último, que las cláusulas no financieras no impongan al cliente comisiones o gastos que debería haberse incluido en tales cláusulas. Aparte de esta actividad de comprobación por parte de los notarios, cuando al contrato de préstamo se le aplique un tipo de interés variable éstos deberán informar y advertir, entre otros aspectos, acerca de los efectos y diferencias entre los límites al alza y a la baja, que, en su caso, el tipo de interés de referencia no es uno de los oficiales que se prevén en la Orden. Además, deberán informar sobre los posibles aumentos que pudieren producirse en las cuotas con motivo de la aplicación de las cláusulas contractuales, las compensaciones por desistimiento o por riesgo de tipo de interés, el riesgo de fluctuación del tipo de cambio empleado cuando sea distinto al euro e informar al cliente sobre los gastos de su intervención.

A propósito de la irrupción en nuestro ordenamiento del control de transparencia en materia de contratación por adhesión con la STS de 9 de mayo de 2013 (Núm. 241/2013), dado su campo de actuación y su propia naturaleza, ello deriva en la conveniencia de valorar la actividad notarial en este sentido. No obstante, se plantea cierta incertidumbre en torno a dos aspectos específicos interrelacionados relativos a la actuación del Notario y el control de transparencia<sup>370</sup>. El primero de ellos es aquél que versa sobre la consideración de que la actuación notarial en su conjunto se refiere a al ámbito del control de incorporación<sup>371</sup> y, por otro lado, la incompatibilidad entre la consideración de que el control de transparencia abarca «todo el curso negocial de la contratación seriada, es decir, desde la publicidad de la oferta del producto o servicio hasta la reglamentación predispuesta, propiamente dicha; todo ello como un fenómeno

---

<sup>369</sup> La SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 5 de marzo de 2013 (Núm. de Recurso 651/2011), declaró la nulidad de la primera parte del artículo 30.3 de la Orden, en concreto, lo siguiente: «derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente». Asimismo, se declaraba nulo el apartado 4 del mismo artículo de la Orden. Con motivo del recurso interpuesto por la Abogacía del Estado y el Consejo General del Notariado contra la anterior sentencia, el Tribunal Supremo resuelve los recursos de casación interpuestos en la STS, Sala de lo Contencioso, de 7 de marzo de 2016 (Núm. 528/2016), en la que se constata, efectivamente, la necesaria cobertura legal para que los notarios realicen un control sobre la legalidad del contrato en el que intervengan, cuestión ya planteada al mismo tribunal en ocasiones anteriores –Vid., SSTS de 22 de mayo de 2000 (Núm. de Recurso 518/1998), de 12 de febrero de 2002 (Núm. de Recurso 160/2000) y de 20 de mayo de 2008 (Núm. de Recurso 63/2007).

<sup>370</sup> DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M. I., “La aparente corrección parcial del control de transparencia a propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, Núm. 1, marzo 2017, pp. 410 y 411.

<sup>371</sup> En la STS de 9 de mayo de 2013 (Núm. 241/2013), se declaró que la OM de 5 de mayo de 1994, prevé una serie de medidas, entre ellas, que el Notario está obligado «a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja»; y, más adelante, concluye que «la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor». Pero ello no implica, por tanto, que se haya superado el control de transparencia.

unitario sujeto a valoración de este control»<sup>372</sup>, y, sin embargo, la actuación notarial no se incluya dentro de dicho amplio ámbito de actuación.

Estas cuestiones parecen dilucidarse gracias a la jurisprudencia reciente. En concreto, la STS de 9 de marzo de 2017 (Núm. 171/2017)<sup>373</sup>, sostiene que, en este ámbito de la contratación, «puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia». De este modo, la actividad notarial se extrae del control de incorporación para pasar a formar parte del control de transparencia como un elemento más a tener en cuenta en esta sede. En las SSTs de 8 de junio de 2017 (Núm. 367/2017), de 7 de noviembre de 2017 (Núm. 593/2017) y de 16 de noviembre de 2017 (Núm. 614/2017), se añade a lo anteriormente dicho sobre la STS de 9 de marzo de 2017, que la labor del Notario, si bien es parte del control de transparencia, no suple la obligación del prestatario de entregar la información precontractual legalmente establecida y en los términos exigidos.

## 2.6. El Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito hipotecario.

En los últimos años se han ido promulgando sucesivas normas en el ámbito bancario y, como no, sobre el contrato de préstamo hipotecario. En este sentido, en la actualidad se halla pendiente de aprobación el *Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*. En su Exposición de Motivos se establece la doble finalidad de dicha norma: por un lado, la transposición parcial de la *Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial* y, por otro, la introducción de «una serie de previsiones cuya finalidad es potenciar la seguridad jurídica, la transparencia y el equilibrio entre las partes en los contratos de préstamo o crédito con garantía inmobiliaria».

Es preciso señalar que, a pesar del uso que se hace del término «crédito» que en numerosas ocasiones engloba tanto el préstamo como el crédito en sentido estricto, conviene distinguir ambas clases de contratos a fin de evitar posibles confusiones. El propio Banco de España, en la información que proporciona a los ciudadanos en su *Portal del Cliente Bancario*, indica la diferencia entre ambas clases de contratos, reiterándolo, asimismo, en la *Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario*, indicando lo siguiente: «aunque préstamo y crédito son operaciones distintas, en esta guía nos centraremos en los préstamos, al ser más habituales los préstamos hipotecarios que los créditos hipotecarios, si bien la mayor parte del contenido de esta guía es aplicable a ambos». Así, «mediante el contrato bancario de crédito más habitual el cliente (acreditado) puede ir disponiendo del dinero facilitado por la entidad de crédito (acreedora) a medida que lo vaya necesitando, en cualquier cantidad hasta una determinada cuantía (límite del crédito pactado) y en cualquier momento durante el plazo de tiempo acordado. A cambio, el cliente deberá devolver la cuantía dispuesta, así como los intereses y comisiones bancarias pactados en los plazos acordados. El cliente puede devolver parcial o totalmente el importe

---

<sup>372</sup> ORDUÑA MORENO, F. J., *Control de transparencia y contratación bancaria. Régimen de aplicación y doctrina jurisprudencial aplicable*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 62 y 63.

<sup>373</sup> En esta sentencia se da la particularidad de que constaban elementos probatorios acerca de que la cláusula suelo, cuya nulidad se pretendía, fue una cláusula negociada individualmente, cuestión que debería haber derivado en la discusión acerca de si sería aplicable o no el control de transparencia. Por este motivo, se concluye en dicha sentencia que «si no fuera por el respeto debido a lo que ha sido objeto de debate entre las partes, este hecho declarado por la Audiencia hubiera permitido que nos cuestionáramos en qué medida en este contrato la cláusula suelo no había sido predispuesta por el banco, al haber sido negociada, y si por ello no resultaba de aplicación la normativa y la jurisprudencia sobre cláusulas abusivas».

dispuesto antes de su vencimiento, pudiendo volver a disponer de ese importe en futuras ocasiones durante la vida del contrato»<sup>374</sup>.

Mientras que el contrato de préstamo definido en el artículo 1740 CC es aquel en el que una de las partes contratantes entrega dinero u otra cosa fungible a la otra, asumiendo la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad; siendo dicho contrato esencialmente gratuito, si bien los artículos 1740 y 1755 CC admiten la posibilidad de que se pacten intereses. Y en el contexto del ámbito bancario, el préstamo consiste en la entrega de una determinada cantidad de dinero asumiendo el prestatario la obligación de devolver dicha cantidad junto los intereses pactados llegado el vencimiento.

Pues bien, de acuerdo con artículo 1º del Proyecto de Ley que se comenta, el objeto de dicha ley es la protección de los deudores, fiadores o garantes «de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca u otro derecho real de garantía sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir». A continuación, el artículo 2º.1 prevé que dicha ley «será de aplicación a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física (...)». Como se puede comprobar, aunque el título de la norma haga referencia al crédito hipotecario, nos encontramos con que su objeto es el contrato de «préstamo con garantía hipotecario u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial» o bien el contrato de préstamo «cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor» -artículo 2º.1.a) y b)-. Por tanto, se produce de nuevo la confusión entre dos tipos de contratos, el contrato de crédito y el contrato de préstamo, cuando son dos contratos claramente diferenciados.

Pero, dejando a un lado esta cuestión de tipo terminológico, respecto de los aspectos abordados en relación a la Orden EHA/2899/2011, destaca, en primer término, las novedades introducidas sobre la obligación de evaluación de la solvencia del prestatario. Así, de una parte, en el artículo 9 del Proyecto de Ley se prevé que el prestamista tendrá la posibilidad de modificar o rescindir en detrimento del prestamista el contrato cuando éste, de manera consciente, hubiese aportado información falsa o bien hubiese ocultado información relevante y ello hubiese derivado en una incorrecta evaluación de la insolvencia.

Ahora bien, si la información proporcionada por el prestatario fuese incompleta, ello no implicará la posibilidad de rescisión del contrato por parte del prestamista –artículo 9.4.2 del Proyecto de Ley-. Esta última previsión genera cierta confusión dado que el prestamista está facultado para rescindir o modificar el contrato si el prestatario hubiese ocultado información. Suponemos que la imposibilidad de rescindir el contrato se refiere a cuando por culpa o negligencia el prestatario hubiese aportado información incompleta –pero no cuando lo hubiese hecho así de manera consciente-.

En el apartado 5 del referido artículo se dice que «el prestamista solo pondrá el préstamo a disposición del prestatario si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de préstamo se cumplan según lo establecido en dicho contrato». Esta referencia a la *probabilidad* parece ser una alusión residual al principio de autonomía privada del prestamista, dejándole cierto margen para la decisión final sobre celebrar o no el contrato de préstamo. No obstante, a efectos prácticos, y dada su falta de precisión, en un

---

<sup>374</sup> Enlace Web:

[https://www.bde.es/clientebanca/es/areas/Productos\\_Bancar/Prestamo\\_hipotec/Que\\_es\\_un\\_presta/Diferencias\\_entr/](https://www.bde.es/clientebanca/es/areas/Productos_Bancar/Prestamo_hipotec/Que_es_un_presta/Diferencias_entr/)

futuro podría justificar la responsabilidad precontractual del prestamista en caso de haber otorgado un préstamo a quien eventualmente es incapaz de cumplir con las obligaciones derivadas de dicho contrato. A su vez, se vuelve a plantear la cuestión relativa a qué ocurre en caso de que el prestamista celebre el contrato a pesar de haber obtenido un resultado negativo en la evaluación de solvencia; esto es, cuáles son las consecuencias jurídico privadas de dicha actuación.

En lo que concierne a la formalización de la información precontractual, según el artículo 8 del Proyecto de Ley, la información personalizada se facilitará a través de la *Ficha Europea de Información Normalizada* -«FEIN»-, cuya publicación queda encomendada al Ministerio de Economía, Industria y Competitividad por medio de la correspondiente orden. De este modo, parece ser que se sustituye la FIPER y la oferta vinculante por la FEIN, la cual «tendrá la consideración de oferta vinculante para la entidad durante el plazo pactado hasta la firma del contrato que, como mínimo, deberá ser de siete días» -artículo 12.1.a) del Proyecto-. Asimismo, las entidades deberán entregar la *Ficha de Advertencias Estandarizadas* -«FiAE»-, en la que se informará de la existencia de las cláusulas o elementos relevantes -artículo 12.1.b) del Proyecto-.

Por último, acerca de la labor notarial, el artículo 13 del Proyecto, bajo la rúbrica «Comprobación del cumplimiento del principio de transparencia», en su primer apartado establece que «el prestatario habrá de comparecer ante el notario por él elegido a efectos de obtener presencialmente el asesoramiento descrito en los siguientes apartados». A diferencia del artículo 30 de la Orden EHA/2899/2011, en el que el prestatario ostenta el derecho a examinar el proyecto de escritura al que podrá renunciar, con el Proyecto de Ley se subsana uno de los errores de sistemática -y de lógica- de la actual orden. Si el prestatario no acudiese al Notario para recibir la información y asesoramiento previstos, el Notario no podrá entonces autorizar la elevación a escritura pública del contrato de préstamo artículos 13.4 y 20.2 del Proyecto-.

### **3. Algunos aspectos críticos acerca de la normativa de condiciones generales y cláusulas predispuestas sobre el deber de transparencia.**

Con base en el principio general de buena fe en su sentido objetivo, el predisponente ostenta un deber especial de comprensibilidad en la predisposición de las cláusulas contractuales, de tal manera que la contraparte pueda conocer el alcance de las cargas económicas y jurídicas que se derivan del contrato. Así, el deber de comprensibilidad se dirige a procurar la comprensibilidad del adherente y que éste pueda prestar válidamente su consentimiento contractual.

Desde la perspectiva del Derecho sustantivo y en lo que respecta a la regulación de las condiciones generales, el deber de comprensibilidad se deriva, por un lado, del artículo 5.5 LCGC, según el cual el predisponente deberá redactar las cláusulas de manera que se ajusten a los «criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez» y, por otro, en el artículo 7.b) se establece que no quedarán incorporadas las condiciones generales que fueren «ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles». Aunque la crítica al artículo 7 está del todo justificada puesto que, además de ser redundante a la luz de lo previsto por el artículo 5.5 LCGC, como bien pone de manifiesto DURANY PICH «agrupa indistintamente supuestos propios de las reglas de incorporación con otros que pertenecen a las de interpretación: la legibilidad y la comprensibilidad son requisitos de inclusión, mientras que a los textos ambiguos y oscuros se les suele aplicar reglas de interpretación»<sup>375</sup>.

---

<sup>375</sup> DURANY PICH, S., Op. Cit., p. 317.



Pero, centrándonos en el requisito de la comprensibilidad de las cláusulas, se prevé en el referido artículo 7 LCGC una excepción a tal requisito. De este modo, en el hipotético supuesto de que nos hallásemos ante cláusulas incomprensibles, se dice en el artículo 7.b) que quedarán incorporadas al contrato siempre que hubiesen sido expresamente aceptadas por el adherente y que, a su vez, cumplan con la normativa específica que regule el contrato en cuestión, acerca de los niveles de transparencia exigidos. Al respecto, con la entrada en vigor de la LCGC, GUILARTE GUTIÉRREZ señaló la incongruencia de dicho precepto afirmando que «no se nos alcanza el que algo incomprensible se acepte y tampoco el que pueda validarse esa aceptación cuando lo incomprensible se ajuste a las normas sobre transparencia en la redacción de estipulaciones contractuales»<sup>376</sup>. También criticó con dureza CLAVERÍA GOSÁLBEZ este párrafo del artículo 7 LCGC, poniendo de relieve que «se da relevancia jurídica, determinándose su inclusión, a unas cláusulas incomprensibles, en cuanto que han sido aceptadas por el adherente, que se ve así *vinculado* por una aceptación *sobre la nada*»<sup>377</sup>. Por último, DURANY PICH advierte de la perplejidad que provoca esta excepción al requisito de comprensibilidad cuando implica que nos hallemos ante «cláusulas que no se entiende, pero que igualmente se incorporan si se aceptan si se aceptan por estar contenidas en una disposición aprobada precisamente para conseguir transparencia contractual»<sup>378</sup>.

Acerca de esta cuestión, PERTÍÑEZ parte de que en determinados ámbitos de la contratación se hace necesario acudir a un lenguaje «técnico o matemático», a la vez que no es posible omitir el uso de tecnicismos jurídicos, de manera que esta circunstancia provoca que tales contratos sean difícilmente comprensibles para el adherente medio. Ahora bien, aunque dicha precisión es del todo realista dada la complejidad de determinados contratos debido a la complejidad de su propio objeto, sí que es necesario prestar atención al modo en que se ha llevado a la práctica tal excepción<sup>379</sup>, en el sentido de que podría tratarse de uno los resquicios por los que el predisponente habría aprovechado para introducir cláusulas que, desde un punto de vista objetivo, no cumplirían el requisito de transparencia.

Pero, de nuevo, ante la falta de congruencia y de armonía entre los artículos 5 y 7 LCGC la solución pasa por recurrir a lo previsto en la normativa de protección al consumidor -aunque de esta manera se deja en cierto modo *desprotegido* al adherente-empresario-. Así, en el artículo 80.1.a) TRLGDCU se insta al cumplimiento de los requisitos de «concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa», sin que se haga referencia alguna a ninguna clase de excepción a tal exigencia. En consecuencia, en el supuesto de que el adherente fuese asimismo un consumidor, y en aplicación del principio de especialidad en consonancia con los fines tuitivos de la legislación relativa a la contratación por adhesión, la norma que ha de prevalecer es la contenida en el TRLGDCU, de forma que siempre, en cualquier caso, el texto del clausulado habrá de ser comprensible para el adherente.

En definitiva, partiendo de lo previsto por las citadas normas, en principio no debería suponer dificultad alguna la interpretación de lo establecido por el legislador acerca de la comprensibilidad de cláusulas predispuestas y condiciones generales, esto es, la obligación del

---

<sup>376</sup> GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia derivada de su no incorporación. (Crónica de lo incomprensible)”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 54, Núm. 3, 2001, pp. 1126 y 1127.

<sup>377</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., “Una nueva necesidad: la protección frente a los desatinos del legislador. (Comentario atemorizado sobre la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación)”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 51, Núm. 3, 1998, p. 1310.

<sup>378</sup> DURANY PICH, S., *Op. Cit.*, p. 320.

<sup>379</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Tratado de Contratos*, Tomo II, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1613.

predisponente de redactar de tal forma que el adherente pueda comprender las cargas económicas y jurídicas que asumiría en caso de celebrar el contrato, garantizándose, de este modo, la válida formación de su consentimiento.

## V. LA LABOR DE INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL EN LA CREACIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA.

### 1. Fundamentación legislativa del control de transparencia según la doctrina del Tribunal Supremo.

*1.1. La fundamentación legislativa del control de transparencia según la Orden de 5 mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.*

En la STS de 9 de mayo de 2013, el Pleno entiende que la Orden de 5 de mayo de 1994 «*garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor*»; no obstante, a continuación declara que la transparencia documental de la cláusula -control de incorporación- «*es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas*». De manera que se justifica el análisis de la *abusividad* de las cláusulas sobre elementos esenciales en que estas cláusulas se deben de redactar de manera que «*permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato*» -control de transparencia-.

Pues bien, considerar que la Orden de 5 de mayo de 1994 no garantiza que el cliente pueda comprender la carga económica y jurídica que deriva del contrato, sino únicamente garantiza el cumplimiento de los requisitos de incorporación puede parecer una afirmación del todo injustificada si atendemos a la letra y a la finalidad de la propia norma. De acuerdo con el Preámbulo de la Orden, su «*finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios*» y continúa diciendo que, este objeto, el de facilitar de manera clara la información, resulta ser «*la primera premisa para el buen funcionamiento de cualquier mercado, y a la postre, la forma más eficaz de proteger al demandante de crédito en un mercado con múltiples oferentes*». Pero es que, además, se añade que la Orden «*pretende asimismo facilitar a éste [al cliente] la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo que finalmente vaya a concertar*»; o sea, que comprenda perfectamente las cargas económicas del contrato proyectado.

Por tanto, en principio, a partir del texto de la norma todo parece indicar que el cumplimiento de la Orden habría de implicar la transparencia material de las cláusulas referidas a los límites a la variación del tipo de interés aplicable. Pensemos, por ejemplo, en el Anexo II de la Orden, en cuyo apartado tercero *bis*, acerca del tipo de interés variable, prevé que las cláusulas suelo y techo se deberán expresar, en primer lugar, en términos absolutos, expresándose en forma de tipo de interés porcentual los citados límites máximo y mínimo», o bien «*de cualquier modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a Derecho*». De esta forma, se debe entender que en todo caso las cláusulas se habrán de expresar de manera clara, concreta y comprensible, y no ya desde una perspectiva meramente documental/gramatical, puesto que para no dejar duda añade que así deberán ser *para* el prestatario.

Sin embargo, tal y como se ha configurado el control de transparencia, aparte de la inseguridad jurídica que provoca la falta de una determinación más o menos exhaustiva acerca de los requisitos cuyo cumplimiento permitiría la superación del control de transparencia, la

cuestión se agrava al fundamentar la falta de transparencia material incluso cuando se han cumplido las normas de información y de transparencia vigentes.

En relación con la legislación aplicable y la consiguiente justificación del control de transparencia, con motivo de la fundamentación empleada por la STS de 9 de mayo de 2013 (Núm. 241/2013) para la creación y aplicación de un nuevo tipo de control de condiciones generales y cláusulas predispuestas, se planteó el correspondiente incidente de nulidad en el que, entre otras cuestiones, se alegaba la vulneración de la tutela judicial efectiva por la falta de fundamentación jurídica de la resolución judicial, según las promotoras del incidente, dada su arbitrariedad y su desvinculación del sistema de fuentes. Así, de acuerdo con el Auto de la STS de 6 de noviembre de 2013 (Recurso Núm. 485/2012), que resuelve el aludido incidente de nulidad, *«esta vulneración tendría, según alega, dos aspectos: el sustantivo, en cuanto a que el control de transparencia que se argumenta en la sentencia carece de anclaje legal y responde a la mera voluntad arbitraria del tribunal; y el procesal, en cuanto que el Tribunal ha desconocido las exigencias propias del recurso de casación, y ha resultado sin plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea»*.

En primer lugar, sobre la arbitrariedad y la desvinculación del sistema de fuentes, se advierte de que por esta vía no es posible entrar a revisar la fundamentación jurídica de la sentencia, ya que significaría la conversión de dicho incidente de nulidad en un nuevo recurso; cuando, según el Tribunal, *«tal pretensión no encaja con la naturaleza y función del incidente de nulidad de actuaciones, apto para controlar únicamente vulneraciones de derechos fundamentales»*. Pero, de entre todos los aspectos que se tratan en el referido auto, tiene especial relevancia el relativo a la falta de *anclaje legal* de la sentencia. Al respecto, según el Tribunal, *«el sometimiento al imperio de la ley que establece el art. 117.1 de la Constitución no es el sometimiento a lo que consideran las promotoras del incidente se desprende de una Orden Ministerial. Es la vinculación a un sistema jurídico complejo en el que se inserta la Constitución, los tratados internacionales, normas de Derecho interno, muchas de ellas comprensivas de cláusulas generales, y el acervo comunitario integrado por diversos tipos de normas, (...)»*. Así, sobre esta cuestión se concluye que no se ha producido incumplimiento de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sino que *«se ha determinado su alcance, referido a lo que se ha denominado “transparencia documental”, y se ha considerado que existe una exigencia ulterior de transparencia, de comprensibilidad real, fundada en las normas y en la jurisprudencia citada en la sentencia»*.

Esta cuestión fue de nuevo tratada en la STS de 24 de marzo de 2015 (Núm. 138/2015), ya que la recurrente alegó que el control de transparencia *«carece de base jurídica y responde al mero voluntarismo de la Sala, pues no tiene anclaje en ninguna norma, nacional o comunitaria europea, ni en la jurisprudencia del actualmente denominado Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE)»*. Obviamente, la Sala niega que se haya excedido en su función de complemento del Derecho basándose, en resumen, en que el control de transparencia es fruto de la interpretación de *«la normativa interna a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva 93/13/CEE, tal como esta sido interpretada por la jurisprudencia del TJUE»*; y sin que desde entonces haya trascendido nuevamente en nuestra jurisprudencia dicha cuestión.

*1.2. La fundamentación legislativa del control de transparencia según la Ley 7/1998, de 7 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación y el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.*

A pesar de que en la creación del control de transparencia tenga un papel fundamental la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, en términos generales, el control de transparencia se fundamenta actualmente según lo dispuesto por la LCGC y el TRLGDCU.

El artículo 5.5 LCGC prevé que la redacción de las condiciones generales deberá realizarse cumpliendo los requisitos de transparencia, claridad, concreción y sencillez. A continuación, el artículo 7.b) LCGC dispone que las cláusulas ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles no serán incorporadas a los contratos -contando con la excepción ya comentada y criticada acerca de la incorporación de las condiciones generales incomprensibles según los términos de dicho artículo-.

Por su parte, el artículo 80.1.a) TRLGDCU establece que las cláusulas predispuestas han de ser redactadas con claridad, sencillez y concreción y «con posibilidad de comprensión directa».

Así, valorados los artículos 5 y 7 LCGC y 80 TRLGDCU en su conjunto, en distintos apartados de los artículos citados se recogen una serie de requisitos formales -accesibilidad, entrega del documento contractual o puesta a disposición, legibilidad y la firma- y el deber de transparencia; reconociéndose de este modo una clara distinción entre tales requisitos formales y el deber de transparencia.

Cuando el control de transparencia se crea por la STS de 9 de mayo de 2013, en su Fundamento de Derecho Decimosegundo, relativo a «El control de transparencia de condiciones incorporadas a contratos con consumidores», se indica que *«las condiciones generales impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias de transparencia requeridas por el artículo 7 LCGC para su incorporación del contrato»*. Por lo que el control de incorporación se deriva de lo dispuesto por el artículo 7 LCGC. A continuación, el Pleno de la Sala de lo Civil recuerda lo previsto por el artículo 80.1 TRLGDCU y concluye que, de acuerdo con lo establecido por este artículo de la normativa de protección de los consumidores, *«además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del “error propio” o “error vicio”, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” (...), como la carga jurídica (...)*». De forma que el control de transparencia se fundamenta inicialmente en la interpretación del artículo 80.1 TRLGDCU a la luz de la Directiva 93/13/CEE -principalmente, su artículo 4.2- y de la STS de 18 de junio de 2012 -cuyo carácter *pionero* ha sido anteriormente cuestionado-.

En la jurisprudencia más reciente, entendemos que dada la continua referencia a la importancia de la información precontractual en la fase de la formación de la voluntad contractual, el control de transparencia ahora también se sustenta en el artículo 60 TRLGDCU sobre la «información previa al contrato»<sup>380</sup>. Así, de acuerdo con la STS de 8 de junio de 2017 (Núm. 367/2017) -a la que siguen las SSTs de 7 y 24 de noviembre de 2017 (Núm. 593/2017 y 643/2017,

---

<sup>380</sup> Acerca de la fundamentación del control de transparencia en el artículo 60 TRLGDCU, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, julio 2013, propuso que los elevados niveles de información exigidos a propósito del control de transparencia «deberían fundamentarse en alguna norma de derecho positivo, aunque fuera el deber general de información precontractual sobre las características esenciales del contrato del art. 60» TRLGDCU -pp. 4 y 5-. Asimismo, MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., “El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Núm. 1333/2014, pp. 7 y 8, pone de manifiesto que, a pesar de que el control de transparencia se configura obviando su relación con el artículo 60 TRLGDCU, dada la letra del artículo citado, «el deber de transparencia respecto del objeto principal del contrato conecta también con el art. 60 TRLCU, (...)».

respectivamente), de 23 y de 24 de enero de 2018 (Núm. 32/2018 y 38/2018) y de 22 de mayo de 2018 (Núm. 291/2018)-, «*la jurisprudencia de esta sala, con base en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, la Directiva 93/13/CEE o simplemente, la Directiva) y los arts. 60.1 y 80.1 TRLGDCU, ha exigido también que las condiciones generales de los contratos concretados con los consumidores cumplan con el requisito de la transparencia*» - aunque la referencia al artículo 60 TRLGDCU es novedosa-

Si bien la inclusión del artículo 60 TRLGDCU entre las normas que fundamentan el control de transparencia parece ceñirse en exclusiva a la alusión de la importancia de la información precontractual, sin precisar más allá de la referida importancia, dados los fines del control de transparencia dicha incorporación debe considerarse un acierto. Con base en la doctrina jurisprudencial, aunque los fines del control de transparencia en ocasiones no se concreta de manera del todo clara, la finalidad primordial del control de transparencia se pone en relación directa con los deberes de información, procurando, por tanto, que el adherente pueda hacer una comparación fundada entre las distintas ofertas. De este modo, cuando una cláusula tiene por objeto alguno de los elementos esenciales del contrato, los deberes de información precontractual adquieren mayor relevancia y se pretende que «*el consumidor pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato*» -entre otras, las SSTS de 8 de junio (Núm. 367/2017), de 7 y de 16 de noviembre de 2017 (Núm. 593/2017 y 614/2017), de 1 de diciembre de 2017 (654/2017 y 655/2017), de 10 de abril de 2018 (197/2017); de 23 y de 24 de enero de 2018 (Núm. 32/2018 y 38/2018), de 22 de mayo de 2018 (Núm. 291/2018)-.

Pues bien, el acierto de la inclusión del artículo 60 TRLGDCU en la fundamentación normativa del control de transparencia radica en que el artículo 80.1 TRLGDCU no recoge por completo los requisitos necesarios para garantizar el cumplimiento de los deberes de información. En particular, nos referimos a la exigencia de que la información proporcionada sea veraz. Cuando la finalidad del control de transparencia es que el adherente pueda decidir libremente y con conocimiento entre las distintas ofertas contractuales, a lo que ha de añadirse que la no superación del control de transparencia supone que a través de la falta de transparencia se ha procedido a la alteración subrepticia de las prestaciones que el adherente *creía haber aceptado*, la frontera entre falta de comprensibilidad y engaño se difumina. Es decir, aunque se puede entender que la falta de comprensibilidad sea empleado como medio para producir el engaño -resultado-, el acto de engañar supone «*dar a la mentira apariencia de verdad*»<sup>381</sup>, lo cual puede conseguirse empleando muy diversos medios.

## **2. La interpretación del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.**

La relación entre la falta de transparencia y la correlativa declaración de abusividad de las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato podría llegar a plantear la duda acerca de si nos hallamos ante la interpretación de las normas de acuerdo con «*la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo al espíritu y finalidad de aquellas*» -artículo 3.1 CC- o bien si la jurisprudencia ha traspasado los límites de su función como complemento del Derecho, en contra de lo previsto por el artículo 1.6 CC<sup>382</sup>.

---

<sup>381</sup> *Diccionario de la Real Academia Española.*

<sup>382</sup> Sobre la falta de transparencia no alegada por la parte demandante, la creación no obstante del control de transparencia y su correlativa posible infracción del principio de congruencia y la tutela judicial efectiva, CARRASCO PERERA, Á. / GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., «La doctrina casacional sobre la transparencia de las

Sobre el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, entendemos que hay razones suficientes para poder afirmar que de él no se deriva de manera suficientemente convincente la existencia de un control de transparencia autónomo e independiente del control de incorporación que examine la comprensibilidad de una cláusula relativa a un elemento esencial del contrato<sup>383</sup>. Asimismo, parte de la doctrina ha advertido de los problemas que se pueden originar al realizar interpretaciones *sensu contrario* que, como señala CLAVERÍA GOSÁLBEZ, a propósito de la justificación del control de transparencia a partir de la interpretación *sensu contrario* del artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE, se llega a la conclusión de que «una redacción clara impide juzgar el carácter abusivo de una cláusula relativa al objeto principal y una redacción oscura lo permite (el control de abusividad), como si la oscuridad y la lesividad fueran lo mismo»<sup>384</sup>.

A nuestro juicio, partiendo del artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE, en sentido estricto, por «examen de transparencia» o «examen de comprensibilidad» debe entenderse el juicio relativo al cumplimiento de los deberes de *transparencia, claridad, concreción y sencillez* de acuerdo con el artículo 5.5 y, en sentido parecido, el artículo 7 LCGC y, por otro lado, el artículo 80 TRLGDCU.

Pues bien, continuando con la interpretación de la Directiva 93/13/CEE y el deber de comprensibilidad, la jurisprudencia del TJUE, en su sentencia de 21 de marzo de 2013, *RWE Vertrieb AG*, C-92/11, ya puso de relieve que «*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*». Asimismo, de acuerdo con la misma sentencia, el artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE impone al predisponente la obligación de que las cláusulas sean redactadas de manera clara y comprensible, mandato que debe ser interpretado teniendo en cuenta lo previsto por el vigésimo considerando de la referida directiva, según el cual los consumidores han de tener la posibilidad real de conocer todas las cláusulas contractuales.

Dada la interpretación del artículo 5 de la Directiva a la luz de lo establecido en el vigésimo considerando, y de los artículos 5 y 7 LCGC y el artículo 80 TRLGDCU, consideramos: a) que el deber de transparencia o comprensibilidad habría de englobar tanto la transparencia formal como la material<sup>385</sup>; b) que el deber de transparencia o comprensibilidad debería de incardinarse en el control de incorporación<sup>386</sup>.

Este deber de comprensibilidad recogido en la Directiva 93/13/CEE y la falta de determinación de las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de dicho deber fue entendido por parte de la doctrina como un claro ejemplo de laguna jurídica, ya que sobre las

---

cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Núm. 7/2013, pp. 126 y ss.

<sup>383</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., “Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo LV, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, Curso 2014/2015, pp. 601 y ss., siguiendo la línea de lo manifestado en *El control de las cláusulas “abusivas” sobre elementos esenciales del contrato ¿Incorrecta transposición, opción legal legítima o mentis jurisprudencial?*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 123 y ss. En sentido parecido en “Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016: Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no solo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo”, *InDret, revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, enero 2017, pp. 15 a 17, y en “Un examen crítico de la STJUE de 21 diciembre 2016: nulidad retroactiva sí, falta de transparencia “abusiva” de las cláusulas suelo no”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, Núm. 1, 2017, p. 392.

<sup>384</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., “La progresiva degradación de nuestro ordenamiento en materia de cláusulas contractuales abusivas”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Núm. 2/2014, Cizur Menor, p. 7.

<sup>385</sup> Vid. *Infra*, VI, 1.

<sup>386</sup> Compartimos al respecto la postura defendida por Cámara Lapuente.

posibles consecuencias, dada la indeterminación de la norma, se podían alcanzar muy diversas conclusiones : a) que la cuestión quedase al arbitrio de cada Estado miembro; b) que la falta de transparencia constituyese un supuesto de abusividad de acuerdo con el artículo 3 de la Directiva; c) que el deber de comprensibilidad se situase dentro del control de incorporación conforme a lo previsto por el vigésimo considerando de la norma europea<sup>387</sup>.

En consecuencia, dada la interpretación realizada por el TJUE -como en la STJUE de 21 de marzo de 2013, *RWE Vertrieb AG* y consolidada en la jurisprudencia posterior-, en tanto que el artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE ha de ser interpretado de acuerdo con lo previsto por su vigésimo considerando, se aporta un argumento más a favor de que el deber de comprensibilidad se sitúe dentro del control de incorporación.

### **3. Contextualización de la creación jurisprudencial del control de transparencia por la STS de 9 de mayo de 2013 (Núm. 241/2013).**

*3.1. La influencia del Informe del Banco de España sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, publicado el 7 de mayo de 2010, en la creación del control de transparencia.*

Los préstamos cuyo tipo de interés es variable, es decir, que va cambiando durante la vigencia del contrato de préstamo según la evolución del índice o tipo de referencia acordado, pueden incluir la limitación del tipo de interés tanto en lo que respecta a las bajadas -«cláusula suelo»- como a las subidas -«cláusula techo»-. Como es sabido, dada la drástica bajada del Euríbor, sobre todo, a partir del año 2009<sup>388</sup>, los prestatarios no pudieron verse beneficiados por la referida bajada del tipo de interés en los contratos de préstamo suscritos, cuya consecuencia ha sido la interposición de numerosas demandas destinadas a la eliminación de tales cláusulas, en un primer momento alegando su abusividad por desequilibrio -artículo 82 TRLGDCU- y, posteriormente, argumentando tales pretensiones por la presunta falta de transparencia de las referidas cláusulas.

A instancia de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, el Banco de España elaboró el *Informe sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios*, publicado el 7 de mayo de 2010<sup>389</sup>. En dicho informe, se advertía que las cláusulas limitativas del interés variable no podían ser sometidas al control de contenido de acuerdo con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE. Asimismo, que tales cláusulas serán en todo caso válidas cuando se hubiesen consentido por ambas partes contractuales y se hubiesen incorporado al contrato cumpliendo lo establecido en la Orden de 5 de mayo de 1994, en aquel momento vigente.

Otra de las cuestiones que se puso de manifiesto en dicho informe es que «la causa básica del establecimiento de las cláusulas que establecen limitaciones al descenso de los tipos de interés (incluso en muchos de los casos que también incorporan un techo para dicha variación) es mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones. Así,

---

<sup>387</sup> EBERS, M., *EC Consumer Law Compendium -Comparative Analysis-*, April 2007, pp. 347 y ss.  
Enlace Web: [http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons\\_int/safe\\_shop/acquis/comp\\_analysis\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/acquis/comp_analysis_en.pdf).

<sup>388</sup> Si en enero de 2009, el valor era de 2,622%, desde entonces hasta la actualidad no se ha llegado a alcanzar un valor semejante, registrándose en los últimos años valores negativos que han llegado hasta el -0,191% en los meses de febrero y marzo de 2018.

<sup>389</sup> Por aquel entonces, los préstamos hipotecarios formalizados a tipo de interés variable suponían el 97% del total de los préstamos hipotecarios concedidos -el 84% de estos contratos estaban indicados a tipos del mercado monetario y el 13% restante a otros tipos de índices de referencia, como el IRPH de bancos, de cajas de ahorro y de entidades-.

de acuerdo con el informe, los costes a los que se hace referencia se agrupan en: a) el coste del dinero, ya que «en el caso de nuestras entidades está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero»; b) «los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero».

Aunque la práctica habitual era incluir tanto cláusulas suelo como cláusulas techo, para así combinar los intereses de la entidad y los del cliente, las entidades que aportaron información para la elaboración del referido informe indicaron que las cláusulas que limitan las variaciones del tipo de interés tenían un «papel secundario de estas acotaciones en la competencia dentro de esta área de negocio» debido a que -según las entidades-: a) «el principal interés de los prestatarios en el momento de contratar un préstamo hipotecario se centra en la cuota inicial a pagar»; b) «la regulación española no destaca el riesgo de tipo de interés, o mejor, la incertidumbre sobre la variabilidad de los tipos, como un elemento esencial de la información». Sobre este último aspecto, se aduce que la legislación únicamente exigía la mención de la evolución del índice en los veinticuatro meses anteriores a la celebración del contrato; no obstante, dada la duración media de los contratos de préstamo hipotecario, si lo que se pretende es que el prestatario tenga idea de la mencionada evolución, parece más práctico conocer los índices anuales anteriores abarcando un mayor periodo de tiempo -más que los índices mensuales comprendidos durante únicamente los dos años anteriores-.

Estos aspectos del Informe del Banco de España de 2010 se transcribieron en la STS de 9 de mayo de 2013 en relación con la falta de información en las cláusulas suelo y techo y las razones por las que las cláusulas suelo se consideran faltas de transparencia. No obstante, el empleo del referido informe para la sustanciación de la conclusión de que las cláusulas suelo no eran transparentes se llevó a cabo de manera un tanto equívoca, incitando a la confusión entre las «causas de las acotaciones a la variación de tipos» -siendo la principal causa el garantizar un mínimo de rendimiento- y, por otro lado, los motivos por los cuales las entidades creen que las cláusulas suelo y techo tenían un papel secundario en la competencia que, de acuerdo con el informe, los motivos eran la propia falta de interés del prestatario y la legislación vigente al no destacar la *incertidumbre sobre la variabilidad de tipos*.

En la STS de 9 de mayo de 2013 se omite la referencia a que la legislación vigente no destacaba tal incertidumbre sobre la variabilidad de tipos. Y partir de toda esta *confusión*, el tribunal termina razonando que, a pesar de que las cláusulas suelo definen el objeto principal del contrato, «*las propias entidades les dan un tratamiento impropriamente secundario, habida cuenta de que las cláusulas “no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios”, lo que incide en falta de claridad de la cláusulas, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato*».

Así, en este sentido, han de precisarse dos observaciones que contextualizan la interpretación realizada por el Pleno de la Sala de lo Civil para la fundamentación legislativa en la creación del control de transparencia, parcialmente basado en el Informe del Banco de España del año 2010: a) el reproche a dicho tratamiento debería repartirse entre las entidades y, sobre todo, la legislación vigente en el momento; b) en segundo lugar, el entidades no alegan emplear esta clase de cláusulas dado el comportamiento del consumidor, sino que entienden que esas cláusulas no incidían en la competencia debido a que el consumidor no prestaba especial atención a dichas cláusulas.

### 3.2. Las circunstancias económicas y sociales impulsoras de la creación *ex professo* del control de transparencia.



Aparte de que la interpretación de la ley efectuada para la creación del control de transparencia puede ser objeto de discusión<sup>390</sup>, asimismo ha de tenerse en cuenta un factor de especial relevancia a la hora de evaluar el origen de dicho control: las circunstancias económicas y sociales del momento junto con el *petitum* desacertado para el caso concreto.

Sin negar que la jurisprudencia ostenta una función correctiva, como decíamos, debe recordarse el contexto en el que se dicta la STS de 9 de mayo de 2013. En primer lugar, la intensa presión social dada la crisis económica que se encontraba en un momento crítico. A partir de este hecho notorio -la presión social-, nos encontramos ante el ejercicio de una acción colectiva de cesación *solicitándose la nulidad de las cláusulas limitativas del interés variable* de acuerdo con los parámetros establecidos en el artículo 82 TRLGDCU relativo al desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes -abusividad resultante de la aplicación del control de contenido-. Al respecto, y sobre la nulidad de oficio en el supuesto de ejercicio de acciones colectivas, concluye el Pleno de la Sala Primera en la STS de 9 de mayo de 2013, en su Fundamento de Derecho Sexto, que «*en la medida en que sea necesario para lograr la eficacia del Derecho de la Unión, en los supuestos de cláusulas abusivas, los tribunales deban atemperar las clásicas rigideces del proceso, de tal forma que, en el análisis de la eventual abusividad de las cláusulas fue interesada, no es preciso que nos ajustemos formalmente a la estructura de los recursos. Tampoco es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas como abusivas*».

Con esta conclusión, por un lado, se justifica la apreciación de oficio de la abusividad de una cláusula cuando se ejercita una acción colectiva<sup>391</sup> y, por otro, que es lo más importante, dado que el Tribunal Supremo declara la licitud de las cláusulas suelo, «*siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de tipos*», se pretende justificar que la abusividad de las cláusulas suelo se fundamentase en su falta de transparencia, alejándose del propio suplico de la demanda. Así, uno de los motivos principales por los cuales se separa el examen de la transparencia -material- de las cláusulas controvertidas del control de incorporación, creándose un control de transparencia autónomo e independiente, parece encontrarse en el hecho de que solo se admite el control de oficio en los casos en los que se proceda al examen de la abusividad, mientras que el control de incorporación requiere la petición de parte<sup>392</sup>.

---

<sup>390</sup> Acerca de esta cuestión, Vid. Supra, V, 1, y sobre la interpretación del artículo 4.2 Directiva 93/13CEE, Vid. Supra, V, 2.

<sup>391</sup> Sobre el control abstracto en relación al requisito del deber de transparencia, admite la doctrina mayoritaria que dicho deber de transparencia puede ser objeto de tal clase de control. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Civitas, 1991, Madrid, pp. 274-275, se refiere a las cláusulas sorprendentes, en tanto que el control abstracto no será posible cuando lo insólito de la cláusula se deba a «circunstancias que acompañen a la celebración del contrato». De manera más concreta acerca del deber de comprensibilidad y su examen en el seno de un control abstracto, PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas: la Ley de condiciones generales de la contratación de 1998*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, p. 580; PORTELLANO DÍEZ, P., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. / DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Dir.), ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002, p. 590 y 593; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Tratado de Contratos*, Tomo II, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1672.

<sup>392</sup> PÉREZ ESCOLAR, M., «Incorporación al contrato de cláusulas no negociadas. Perspectivas de reforma a la luz del panorama europeo, la Propuesta de Modernización del Código Civil y el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 68, Núm. 2, 2015, p. 474, propone que la consecuencia del incumplimiento de los deberes de incorporación sea la nulidad de pleno derecho, para así se pueda admitir su apreciación de oficio.

De hecho, ante la irretroactividad de los efectos de la declaración de abusividad y consiguiente nulidad de las cláusulas controvertidas resultante de la STS de 9 de mayo de 2013 - contraviniendo lo dispuesto por el artículo 1303 CC y con una dudosa fundamentación<sup>393</sup>, a propósito de las cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Abogado General en sus Conclusiones de 13 de julio de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/16, entiende que «en atención al hecho de que consideraba haber aplicado *ex novo* un control reforzado de la transparencia de las cláusulas controvertidas, el Tribunal Supremo, a instancias del ministerio fiscal, limitó los efectos en el tiempo de su sentencia». Es decir, podría deducirse de las referidas Conclusiones del Abogado General que la limitación de la eficacia retroactiva de la restitución de lo percibido con motivo de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo parece ser una especie de *compensación* por las implicaciones que suponen para las entidades demandadas la creación *ex professo* del control de transparencia.

Pero, aparte de la asunción de distintos postulados que se habían elaborado y mantenido dentro de nuestra doctrina, ha de tenerse presente que el control de transparencia creado tiene una clara influencia de la doctrina alemana. Sobre la asimilación del control de transparencia alemán, en primer lugar, conviene recordar que nuestra legislación sobre contratación por adhesión se caracteriza, entre otras cosas, por la previsión de un riguroso control de incorporación que incluso fue objeto por parte de la doctrina cuando entró en vigor, dada su rigidez y dureza<sup>394</sup>, a diferencia de la normativa alemana en la que el control de incorporación de las condiciones generales depende en exclusiva de un requisito formal como la accesibilidad y cuya finalidad es procurar «la posibilidad razonable de tener conocimiento de su contenido»<sup>395</sup> -§ 305.2 *Bürgerliches Gesetzbuch*, en adelante «BGB»-.

En segundo término, también en cuanto a la influencia de la jurisprudencia alemana relativa a la *Transparenzgebot*, otra diferencia de gran relevancia entre los ordenamientos jurídicos alemán y español es que en el caso alemán se ha previsto un control de transparencia ubicado dentro del control de abusividad, *ex* § 307.1 BGB, de manera que se prevé la ineficacia de las condiciones generales que, contrarias a la buena fe, perjudiquen de forma indebida al adherente especificándose que «un perjuicio indebido puede resultar también cuando la cláusula esté redactada de forma no clara e incomprensible»<sup>396</sup>. En cambio, en nuestro caso sucede que el

---

<sup>393</sup> DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M. I., «La aparente corrección parcial del control de transparencia a propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, Núm. 1, 2017, pp. 417 y ss., destacando la improcedencia de la alusión al artículo 106 de la *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* y, por otro lado, el artículo 114.2 de la *Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes*, el artículo 54.2 de la *Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas* y el artículo 68 de la *Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial*.

<sup>394</sup> Sobre el exceso de rigidez de los requisitos de incorporación en la contratación por adhesión entre empresarios, DURANY PICH, S., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. / DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Dir.), ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002, pp. 272 y ss.; PASTOR VITA, F. J., «Las condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre empresarios», *Diario La Ley*, Núm. 6367, Sección Doctrina, 2005, p. 5; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, Civitas, Cizur Menor, 2009, pp. 120 a 138.

<sup>395</sup> Traducción de los preceptos del BGB consultados realizada por VIVES MONTERO, M. L., «Traducción de la Reforma 2002 del BGB», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 55, Núm. 3, 2002, pp. 1243 y ss.

<sup>396</sup> Sobre esta relación entre la doctrina y jurisprudencia alemanas y el control de transparencia, EGUSQUIZA BALMASEDA, M. Á., «Unificación contractual y convergencia normativa en las operaciones de activo y pasivo», *Operaciones bancarias de activo y pasivo en el contexto de crisis económica: hacia la unificación de la contratación privada*, EGUSQUIZA BALMASEDA, M. Á. / LARA GONZÁLEZ, R. (Coords.), Aranzadi, Cizur Menor,

artículo 82 TRLGDCU acerca de la abusividad de las cláusulas nada dice sobre la abusividad por falta de transparencia<sup>397</sup>. Aunque ha de admitirse que la relación entre el incumplimiento del deber de buena fe y desequilibrio del artículo 82 TRLGDCU podría admitir la justificación de la relación entre falta de transparencia como instrumento para captar el consentimiento del adherente y el desequilibrio en el sentido de que «la falta de transparencia es instrumental a una alteración subrepticia de la posición de paridad de las prestaciones pactadas por las partes en ese contrato concreto»<sup>398</sup>.

En definitiva, que la jurisprudencia se constituya como un factor de evolución del ordenamiento jurídico se justifica «a medida que la realidad se aleja de la norma»<sup>399</sup>, pero cuestión distinta es que el *petitum* de la demanda y la normativa invocada requieran un ejercicio de interpretación situado entre los límites del artículo 1.6 CC -ya que la jurisprudencia no tiene la consideración de fuente del Derecho- y el artículo 3.1 -sobre la interpretación de las normas de acuerdo con la realidad del momento en que se han de aplicar-, de manera que tal labor interpretativa termine dando como resultado la estimación de la pretensión de la actora y se produzca la creación *ex professo* del control de transparencia dada la antes referida presión social. Las circunstancias descritas nos traen a la memoria las palabras de DÍEZ-PICAZO, a propósito del desvanecimiento del ideal codificador, en cuanto a que «los prejuicios metodológicos van desapareciendo y se buscan soluciones intuitivamente justas, sin excesivas preocupaciones por su anclaje en el sistema legal codificado. Me parece atribuir esta tendencia, que se puede configurar como un epifenómeno del llamado derecho libre<sup>400</sup>, a la influencia de la cultura norteamericana y un simplificado entendimiento de la idea de la creación judicial del derecho»<sup>401</sup>. Sin embargo, el problema planteado con la creación jurisprudencial del control de transparencia no incide sobre el *ideal codificador*, sino que plantea la posible vulneración del principio de tutela judicial efectiva del artículo 24 CE.

## VI. PROPUESTA DE UN CONCEPTO ÚNICO DE TRANSPARENCIA.

### 1. Precisión terminológica: el deber de transparencia como sinónimo de comprensibilidad.

Tal y como se ha venido poniendo de manifiesto, en relación al significado y alcance del deber de transparencia se han detectado distintos significados que afectan de manera directa y

---

2015, p. 33, «el deber de transparencia se ha conceptualizado tradicionalmente como un elemento definidor del control de inclusión que permitía la integración de las cláusulas contractuales dentro del contrato, sin ulterior efecto en el control de contenido. Su entidad propia, como factor que faculta la valoración del control de “abusividad de las cláusulas”, se planteó doctrinalmente postulándose como un control separado al estilo de lo previsto en Alemania. El tribunal Supremo le ha otorgado, significativamente, carta de naturaleza, no sin discusión y crítica, al resolver sobre la abusividad de algunas cláusulas insertas en contratos bancarios de préstamo». Asimismo, CÁMARA LAPUENTE, S., “Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo LV, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, p. 562 y ss.; DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M. I., , Op. Cit., p. 415.

<sup>397</sup> En este sentido, CARRASCO PERERA, Á. / CORDERO LOBATO, E., Op. Cit., p. 181, sostienen que «no hay un *tertium genus* entre incorporación y abusividad por desequilibrio del artículo 82 TRLGDCU, pues no existe exigencia autónoma de transparencia “sustancial” como la que propone el Tribunal cuyo control pueda dar lugar, por se (esto es, sin que exista esta abusividad por desequilibrio censurable conforme al art. 82.1) a nulidad».

<sup>398</sup> Vid. Supra.

<sup>399</sup> PASQUAULIAÑO, M., “Código, doctrina y jurisprudencia civil. Reflexiones sobre el deterioro de la función jurisprudencial del TS”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 48, Núm. 3, 1995, p. 1092.

<sup>400</sup> Sobre el *derecho libre*, CRESPO ROMEU, R., “La escuela del Derecho Libre”, *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, Núm. 322-323, marzo-abril 1955, pp. 184 y ss.

<sup>401</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “Codificación, descodificación y recodificación”, *Ensayos Jurídicos*, Tomo I, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 386.

relevante al significado y alcance del control de transparencia. Así, en términos generales puede distinguirse entre: a) la transparencia formal como la transparencia documental o meramente gramatical frente a la transparencia material entendida como la comprensibilidad *real*; b) la transparencia formal considerada como *lo que es posible entender* frente a la transparencia material como *lo que efectivamente se comprende o se garantiza que se ha comprendido*.

En primer lugar, en cuanto al empleo de expresiones tales como la «transparencia documental» o «comprensibilidad meramente gramatical» se plantea la duda acerca de cuál es el significado exacto de dichas expresiones. El significado del deber de transparencia, desde un punto de vista meramente lingüístico o gramatical, cuando recae sobre las cargas jurídicas y económicas del contrato poco garantiza para la comprensión del contenido de tales cláusulas, es decir, la mera inteligencia gramatical no garantiza absolutamente nada ya que no implica la debida descripción, por ejemplo, del objeto del contrato incluyendo la información relevante para su descripción.

Dicho lo cual, siguiendo la doctrina del TJUE acerca del deber de transparencia, como la STJUE de 21 de marzo de 2013, *RWE Vertrieb AG*, C-92/11, la STS de 9 de mayo de 2013 (Núm. 241/2013) introduce la categoría de la «transparencia documental». Aunque no se realiza una descripción sobre el significado y alcance de la denominada transparencia documental, de la STS de 9 de mayo de 2013 se extrae su concepto en un sentido negativo en tanto que la transparencia documental no es suficiente para que *«la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar la economía del contrato»*. Al respecto, sobre el significado de la transparencia formal o documental, la STJUE de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13, precisa que *«la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical»*, de tal manera que de nuevo, en su sentido negativo, se entiende que la transparencia formal, documental o gramatical no permite que *«ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo»*.

Ahora bien, a nuestro juicio, el significado de la transparencia formal, documental o gramatical incardinado actualmente en el control de incorporación para que sea una transparencia mínimamente aceptable -en el sentido de que procure un mínimo de información útil al adherente y la cláusula en cuestión se entienda incorporada al contrato-, dada la finalidad tuitiva de las normas relativas a la contratación por adhesión, habría de coincidir con la excepción del artículo 7.b) LCGC sobre la comprensibilidad directa. Así, dicha transparencia formal, documental o gramatical entendemos que debería ser aquella que, a pesar de su objetiva comprensibilidad, no alcanza a asegurar que el adherente medio pueda comprender la cláusula en cuestión -por ejemplo, por el excesivo empleo de tecnicismos en la redacción del clausulado<sup>402</sup>. Sin embargo, ha de recordarse que el artículo 80 TRLGDCU no realiza excepción alguna a la obligación de redacción de manera que posibilite la comprensión directa del clausulado cuando el adherente ostenta la condición de consumidor.

---

<sup>402</sup> Acerca del artículo 7.b) LCGC, su defectuosa formulación y el significado probable de la excepción que recoge, GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia derivada de su no incorporación. (Crónica de lo incomprensible)”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 54, Núm. 3, 2001, pp. 1126 y 1127; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., “Una nueva necesidad: la protección frente a los desatinos del legislador. (Comentario atemorizado sobre la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación)”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 51, Núm. 3, 1998, p. 1310; DURANY PICH, S., Op. Cit., p. 320; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., Op. Cit., p. 1613.

Por otro lado, en contraposición a la transparencia formal, documental o meramente gramatical se halla la «comprensibilidad real». Siguiendo de nuevo los postulados de nuestra doctrina jurisprudencial, según la STS de 9 de mayo de 2013, la comprensibilidad real conlleva la fácil identificación de las cláusulas sobre los elementos esenciales del contrato, la influencia de tales cláusulas sobre las prestaciones asumidas por el adherente -en el caso de las cláusulas suelo, su influencia sobre la obligación de pago- y el conocimiento real y razonable sobre el modo en que se aplica dicha cláusula.

Pero, añadir a la comprensibilidad el adjetivo «real» lleva por inercia a pensar en una *comprensibilidad menos real*. Desde un punto de vista etimológico, y de acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia Española*, la «comprensibilidad», como cualidad de lo que es comprensible, nos lleva al verbo «entender», que significa «tener idea clara de las cosas». De forma que es absolutamente innecesario recurrir a *complementos* semejantes. En cualquier caso, es más adecuado el empleo de la expresión de «comprensibilidad directa» empleado por nuestro legislador.

En segundo lugar, parte de la doctrina y de la jurisprudencia defiende que la transparencia formal puede ser entendida como la que se identifica con *lo que es posible comprender* -comprensibilidad- frente a la transparencia material entendida como *lo que efectivamente se comprende* -que no es lo mismo que garantizar la comprensibilidad-. Así, desde esta perspectiva, con el control de transparencia se vendría a comprobar si la redacción se realizó de manera que se garantizase la efectiva comprensión -no la comprensibilidad- de las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato<sup>403</sup>. Se comprueba que este modo de entender la transparencia material se aleja de la concepción inicial del control de transparencia, ya que según la STS de 9 de mayo de 2013, el control de transparencia -que se refiere a la transparencia material- «*tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la 'carga económica' (...), como la 'carga jurídica'*». En consecuencia, inicialmente la transparencia material se identifica con la comprensibilidad -real o directa- y no con la garantía o el conocimiento efectivo de las cláusulas controvertidas.

Pero la defensa de este significado de transparencia material, según el cual se ha de garantizar la comprensión efectiva, presenta un obstáculo que, a nuestro juicio, es insalvable. Garantizar que el adherente tiene conocimiento efectivo del clausulado no puede conseguirse a base de *realces objetivos*, simulaciones de escenarios diversos o a través de distintas advertencias, por citar algunos de los criterios empleados para determinar la falta de transparencia material de diversas cláusulas suelo. Por mucho empeño que se ponga en la idea de la debilidad del adherente -sobre todo cuando es un consumidor- frente al poder del predisponente y en la correlativa elevación del nivel de exigencia impuesto al predisponente en la redacción del clausulado, no es posible evitar el desinterés del adherente que le puede llevar incluso a no tener idea alguna de la práctica mayoría del contrato. Es decir, en última instancia depende del propio adherente que éste comprenda el clausulado contractual sin que ningún agente externo -como el predisponente- pueda garantizar por sí mismo, como en este supuesto a través de la redacción del clausulado, el efectivo conocimiento del contenido contractual -salvo que se reconociese un poder coactivo al predisponente que le facultase para *obligar* al adherente a leer y comprender el contenido del contrato, dejando constancia de ello a través de una especie de examen o prueba-. Por tanto, la transparencia, a nuestro juicio, ha de ser entendida como sinónimo de «comprensibilidad» -posibilidad de ser comprendido-.

---

<sup>403</sup> Recoge esta doctrina jurisprudencia, entre otros, PAZOS CASTRO, R., *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 417; MIRANDA SERRANO, L. M., “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, abril 2018, pp. 5 y ss.

Acerca del requisito de transparencia o de comprensibilidad, en opinión de PAGADOR LÓPEZ la transparencia del artículo 5.5 LCGC y la referencia a la comprensión directa del artículo 80.1ª) TRLGDCU se deben entender en el sentido de que las cláusulas han de ser redactadas de manera que el adherente las pueda conocer -intelectualmente-, sin necesidad de recurrir a terceros ni de realizar un esfuerzo intelectual extraordinario para comprenderlas. Para ello, el referido autor sostiene que se deberá tener en cuenta el lenguaje empleado, la cantidad de información suministrada y la forma en que ésta se suministra<sup>404</sup>. Asimismo, de acuerdo con DURANY PICH, este requisito de la transparencia «se predica del aspecto material de las condiciones generales y pretende garantizar que se puedan entender, que su contenido sea comprensible [“entender, alcanzar, penetrar”], determinándose el criterio de aplicación según la capacidad de comprensión de un *adherente medio no entendido en derecho*»<sup>405</sup>. De hecho, en nuestra jurisprudencia reciente también se ha empleado esta noción de transparencia -en su vertiente material- en el sentido de que el adherente «*pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato*» -SSTS de 8 de junio de 2017 (Núm. 367/2017), de 7 y 16 de noviembre de 2017 (Núm. 593/2017 y 614/2017), de 1 de diciembre de 2017 (Núm. 654/2017 y 655/2017), de 23 y 24 de enero de 2018 (Núm. 32/2018 y 25/2018), de 10 de abril de 2018 (Núm. 197/2018) y de 22 de mayo de 2018 (Núm. 291/2018)-. Aunque al respecto opinamos que algún tipo de *esfuerzo intelectual* o *análisis minucioso* debería realizar el adherente cuando el contrato que celebra es un préstamo hipotecario, por poner un ejemplo de contrato cuya complejidad es inherente a su propio objeto y, además, cuya relevancia viene dada por el valor económico de la prestación y su larga duración en el tiempo.

En definitiva, la determinación del alcance del deber de comprensibilidad o transparencia del clausulado en el control de incorporación y el control de transparencia no es una cuestión pacífica en nuestra doctrina ni tampoco en nuestra jurisprudencia, dado que la comprensibilidad o la transparencia está compuesta por la *transparencia formal* y la *transparencia material*, las cuales además pueden tener distinto significado según la postura que se adopte -conscientemente o no- y que, al fin y al cabo, el deber de transparencia se encuentra asimismo integrado en el deber de información -pensemos, por ejemplo, en la inutilidad de la información precontractual perfectamente comprensible pero que incumple el deber de veracidad-.

Desde nuestra perspectiva y a fin de arrojar algo de luz a esta cuestión, entendemos que no hay dos clases de comprensibilidad o transparencia, sino que la comprensibilidad o la transparencia necesita tanto de unos elementos formales -por ejemplo, la cuestión gramatical-como materiales -el empleo de un lenguaje apropiado para que lo que se explica pueda ser efectivamente comprendido- de manera que el destinatario de la información pueda *tener idea clara de las cosas*.

La transparencia se compone de un elemento formal y de un elemento material -no son transparencias diferentes, son elementos de la transparencia-. El deber de transparencia ha de ser entendido desde este sentido amplio, abarcando tanto la comprensibilidad desde un punto de vista meramente lingüístico y gramatical como la relativa a la comprensibilidad de las cargas jurídicas y económicas del contrato<sup>406</sup>, ya que la mera inteligencia gramatical no garantiza plenamente el

---

<sup>404</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., Op. Cit., pp. 405 y 406; y en el mismo sentido también en *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, REBOLLO PUIG, M. / IZQUIERDO CARRASCO, M. (Dir.), Iustel, Madrid, 2011, p. 1351.

<sup>405</sup> DURANY PICH, S., Op. Cit., p. 318.

<sup>406</sup> Definiciones de transparencia formal y material de acuerdo con la SJUE de 21 de marzo de 2013, *RWE Vertrieb AG*, C-92/11, la citada STS de 9 de mayo de 2013 y la STJUE de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13.

cumplimiento del deber de información, es decir, una cláusula que es gramaticalmente comprensible no implica que esté describiendo debidamente, por ejemplo, el objeto del contrato al no incluir información relevante para la consecución de tal fin. Por tanto, la exigencia de la comprensibilidad gramatical o transparencia documental es un elemento más que se integra en el deber de transparencia para alcanzar el propósito de que el adherente tenga la posibilidad de comprender el contenido del contrato.

## 2. Crítica a la aplicación práctica de la distinción entre transparencia formal y material.

### 2.1. Ejemplo de un supuesto de confusión entre transparencia formal y material y control de incorporación y control de transparencia.

Al llevar a la práctica los postulados relativos al control de transparencia, como control independiente del control de incorporación y en el que se examina la *comprensibilidad real* de una cláusula, puede ocurrir que se considere que una cláusula no es transparente alegándose que la cláusula controvertida habría de haber sido «*objeto de un realce específico y diferenciable*», de manera que en el supuesto enjuiciado sucede que «*su referencia se realiza sin resalte o especificidad alguna, dentro de una cláusula más amplia y extensa rubricada, significativamente, en atención a la regulación del “interés variable” del préstamo*». Este es el caso de la STS de 8 de septiembre de 2014 (Núm. 464/2014), en la que se determinó que la cláusula controvertida no superaba el control de transparencia por tales motivos.

Sin embargo, cuando a continuación se pasa a examinar en dicha sentencia si el predisponente ha cumplido con sus deberes de «transparencia formal o documental», esto es, cuando se procede al control de incorporación o de inclusión, se concluye que la referida cláusula tampoco supera tal control debido a que «*queda encuadrada en el apartado correspondiente rubricado con referencia excluida al “tipo de interés variable” (condición 3 bis de la oferta), sin mayor precisión y comprensibilidad de su alcance o relevancia y en un contexto caracterizado por la abundancia de datos y formulaciones bancarias, ausente, por otra parte, de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonable previsible del tipo de interés mínimo en el momento de la contratación*».

De lo expuesto se evidencia una clara confusión entre uno y otro control, ya que la argumentación empleada en ambos casos coincide en ciertos aspectos: la falta de *realce objetivo y diferenciable*, al mismo tiempo que se pone de manifiesto la abundancia de datos. De este modo, lo que se censura en el contexto del control de transparencia es que no se hubiese resaltado la cláusula limitativa de interés variable, que quedaba *oculta* en otra cláusula de mayor amplitud y extensión. Mientras que en sede del control de incorporación se indica que la cláusula suelo se incluye en otra cláusula sin que se llame la atención sobre su importancia. De otra parte, en ambos casos se hace referencia a que la cláusula controvertida se encontraba inserta en otra de mayor amplitud, lo que contribuye tanto a la falta de transparencia como a la no incorporación de la cláusula.

También es llamativo que la referencia a la carencia de *simulaciones de escenarios diversos* sobre el comportamiento previsible del tipo de interés se incluya en la parte relativa al control de incorporación. A lo que ha de añadirse la falta de coherencia entre el reproche por la abundancia de datos y al mismo tiempo requerir la inclusión de *simulaciones*.

En este punto, resulta especialmente clarificador el Voto Particular emitido en la citada sentencia. En él se dice que la oferta vinculante se encontraba ubicada en la primera página y de forma esquemática se recogían los elementos esenciales del contrato «*sin ninguna literatura que pudiera contribuir a que algún detalle pasara inadvertido o resultara confuso*». Teniendo en cuenta además que en el momento en que se celebra el contrato, tanto las cláusulas suelo como

techo eran muy comunes y conocidas, concluye el Magistrado sosteniendo que «*las cláusulas que incorporaban este tipo mínimo en los contratos de préstamo hipotecario pasaban el control de transparencia, en la medida en que no resultaba algo extraño o sorpresivo y su simple lectura permitía comprender al consumidor “las consecuencias económicas derivadas a su cargo”*». Asimismo, el Voto Particular fundamenta su postura indicando que el límite al interés «se resaltaba de forma muy clara y sencilla», en concreto, empleando la negrilla. No obstante, los argumentos empleados en el Voto Particular han sido rechazados por nuestro Tribunal Supremo; así, por ejemplo, de acuerdo con la STS de 7 de noviembre de 2017 (Núm. 593/2017) no se supera el control de transparencia al considerar que la cláusula controvertida recibe un tratamiento marginal y, aparte de otras circunstancias, «*tampoco es suficiente a estos efectos la utilización de letra negrilla en algunos pasajes de la cláusula documentada en la escritura pública*».

## 2.2. La ausencia de medios tasados dirigidos al cumplimiento del deber de transparencia material.

La dificultad que se plantea a la hora de explicar de qué manera se concreta el control de transparencia -relativo únicamente a la transparencia material- no solo radica en el hecho de que en nuestro ordenamiento se ha previsto un riguroso control de incorporación de condiciones generales y cláusulas predispuestas -a diferencia de la legislación alemana y a pesar de los intentos por vaciar de contenido el deber de transparencia en el seno del control de incorporación-, sino también en la propia interpretación acerca de cuándo podemos entender que se ha cumplido el *especial* deber de transparencia.

En un principio, en cuanto a la dicotomía relativa a la construcción teórica y a los efectos prácticos del control de transparencia, distinguir entre las vertientes formal y material del deber de transparencia no presenta gran dificultad a nivel teórico; sin embargo, resulta que en la práctica ocurre precisamente lo contrario al no haber un criterio unificado acerca del significado y alcance del deber de transparencia tanto en su vertiente formal o material, además, dada la ausencia de unos requisitos tasados para proceder al cumplimiento de dicho deber<sup>407</sup>.

Uno de los problemas que se da ante la falta de determinación de los requisitos a observar para así superar el control de transparencia es que nos encontramos ante un control abstracto de validez que, por tanto, puede aplicarse como consecuencia del ejercicio de una acción colectiva. Así, aunque en nuestro ordenamiento se admite la vigencia de normas que recogen principios o directrices de conducta generales dirigidas al conjunto de la sociedad -como por ejemplo el principio general de buena fe *ex* artículo 7.1 CC-, la falta de determinación lleva inherente la necesidad de analizar caso por caso si dicho deber ha sido cumplido o no -lo cual no se produce al resolver acciones colectivas-<sup>408</sup>. A pesar de lo cual, es cierto que puede encontrarse un sector de la jurisprudencia que no comparte la doctrina mayoritaria y que, por tanto, comulga con la limitación a la que se alude, así en la SAP de Sevilla de 15 de septiembre de 2015 (Núm.

---

<sup>407</sup> DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M. I., “Aproximación al futuro del empresario ante las condiciones generales de la contratación y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil”, *Operaciones bancarias de activo y pasivo en el contexto de crisis económica: hacia la unificación de la contratación privada*, EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A. / LARA GONZÁLEZ, R. (Dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 73; también en “La aparente corrección parcial del control de transparencia a propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, Núm. 1, 2017.

<sup>408</sup> WIEACKER, F., *El principio general de buena fe*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 34 y 38, admitiendo que la ética social establezca «máximas *hic et nunc*, es decir, líneas directrices de la conducta social, pero no esquemas normativos de validez general bajo los cuales pueda subsumirse un determinado supuesto de hecho mediante juicios analíticos», de tal manera que cuando, por ejemplo, se alegue la infracción del principio general de buena fe, la decisión habrá de tomarse con fundamento en las circunstancias -únicas- de ese supuesto concreto.



306/2015) en cuanto a que «no puede dejarse de tener en cuenta que las cláusulas de que aquí se trata son otras distintas y que la transparencia de una cláusula ha de apreciarse en cada caso concreto, atendiendo a las circunstancias particulares que concurran en el mismo».

Como es sabido, la cautela señalada acerca de las normas de carácter general, marcadas por cierta indeterminación, no ha sido tenida en cuenta en la configuración del control de transparencia. Tal y como recuerda la jurisprudencia más reciente, «aunque la sentencia 241/2013, de 9 de mayo enunció hasta seis motivos diferentes cuya conjunción determinó que las cláusulas suelo analizadas fuesen consideradas no transparentes (que damos por reproducidos en aras de la brevedad), ya advertimos en el auto de 3 de junio de 2013, que resolvió la solicitud de aclaración de la citada sentencia, que tales circunstancias constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. Pero no se trataba de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determinaba que la presencia aislada de alguna, o algunas, fuera suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo. No existen medios tasados para obtener el resultado: un consumidor perfectamente informado. El perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios» -entre otras, las SSTs de 07 de noviembre de 2017 (Núm. 593/2017), de 24 de noviembre de 2017 (Núm. 643/2017), de 17 de enero de 2018 (Núm.25/2018), de 23 de enero de 2018 (Núm. 32/2018), 24 de enero de 2018 (Núm. 38/2018)-.

En cualquier caso, consideramos que para mantener el control de transparencia como control independiente del de incorporación sería necesaria la modificación de la normativa actual y así el control de transparencia pudiera ser aplicado sin acudir a artificios innecesarios –como el de «comprensibilidad real»-, incluyendo, además, una relación de requisitos a cumplir a fin de garantizar la comprensibilidad de las cláusulas -sin necesidad de que tal listado tenga la condición de *numerus clausus*-, de manera que se contribuyese a la creación de una doctrina más armonizada<sup>409</sup>.

Como punto de partida para la concreción del deber de transparencia único entendido como «comprensibilidad», DURANY PICH ya propuso cuando se publicó la LCGC distintas circunstancias bajo las cuales se ha de entender que se ha producido el incumplimiento del deber de transparencia o comprensibilidad: a) las «condiciones generales en su conjunto cuando el texto se haya construido de manera compleja o intrincada», b) «cuando las cláusulas se encuentren recogidas sin orden ni clasificación», c) «cuando estén formuladas de manera vaga o imprecisa», d) cuando empleen innecesariamente un lenguaje excesivamente técnico, remisiones externas a reglas legales o de manera general a derechos de garantía», e) cuando contengan cantidad de remisiones internas de unas cláusulas a otras, de unos clausulados a otros, o caigan incluso en contradicción», f) «cuando acusen una extensión o volumen excesivamente desproporcionado

---

<sup>409</sup> Al respecto, en sesión plenaria del Congreso de los Diputados, con fecha de 13 de febrero de 2018, se acordó la toma en consideración de la *Proposición de Ley de impulso de la transparencia en la contratación predisuelta, por la que se modifica el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro y el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores*. En dicha proposición de ley se prevé la inclusión de los artículos 90 bis y 90 ter al TRLGDCU, dedicados al concepto y caracterización del control de control de transparencia y al ámbito de aplicación y criterio de valoración respectivamente.

con relación a la importancia económica del negocio o al contenido real de la regulación», g) «cuando, finalmente, el mismo texto se utilice para diferentes tipos de contratos y, sin embargo, no se adapte al efectivamente celebrado»<sup>410</sup>.

## VI. ALGUNAS CONTRADICCIONES EN LA APLICACIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN SUPUESTOS RECIENTES.

### 1. Cláusulas relativas a la opción multdivisa.

#### 1.1. Rectificación de su consideración como producto financiero complejo.

Otra de las cláusulas que durante los últimos años ha resultado controvertida es aquella que permite representar el préstamo en moneda distinta del euro, derivando en la comúnmente llamada «préstamo hipotecario multdivisa» o «préstamo multimonedado con garantía hipotecaria», entre otras posibles denominaciones<sup>411</sup>.

Sobre esta clase de préstamos hipotecarios, el Banco de España advierte en su *Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario*, por un lado, que cuando el préstamo sea a tipo de interés variable, «los tipos de una moneda pueden subir, y los de otra, bajar». Asimismo, dado que las cuotas se calculan conforme a la divisa escogida, cada uno de esos pagos requerirá la compra de dicha divisa, de manera que las cuotas se ven afectadas, además, por las variaciones de la divisa elegida en relación con el euro.

En consecuencia, este tipo de cláusulas implican un riesgo añadido para el cliente bancario, dado que la previsión de la cuantía de la cuota a pagar depende de la fluctuación de la divisa extranjera. Pero es que, a su vez, como pone de manifiesto la STS de 30 de junio de 2015 (Núm. 323/2015), «el tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado».

En la STJUE de 30 de mayo de 2013, *Genil 48 S.L.*, C-604/2011, se entendió que la hipoteca multdivisa era un instrumento financiero complejo, si bien esta consideración fue corregida posteriormente, en concreto, por la STJUE de 3 de diciembre de 2015, *Banif Plus Bank*, C-312/14. En nuestro país no ha sido hasta la relativamente reciente STS de 15 de noviembre de 2017 (Núm. 608/2017) cuando se ha corregido tal consideración, de tal manera que esta clase de préstamo hipotecario deja de pertenecer a la categoría de producto financiero derivado complejo.

De acuerdo con la referida STJUE de 3 de diciembre de 2015, la determinación del importe del préstamo en divisa extranjera y su empleo, asimismo, para el cálculo de la mensualidad a pagar por el prestatario, no puede tener la consideración de instrumento financiero conforme a lo previsto por la *Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican*

---

<sup>410</sup> DURANY PICH, S., Op. Cit., p. 319.

<sup>411</sup> Según la STS de 30 de junio de 2015 (Núm. 323/2015), la «hipoteca multdivisa» es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el topó de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el Libor (London Interbank Offered Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres)».

las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo<sup>412</sup>.

Pues bien, desde la perspectiva de nuestra jurisprudencia, la STS de 30 de junio de 2015 (Núm. 323/2015) –anterior a la STJUE de 3 de diciembre de 2015–, consideró que las «hipotecas multidivisa», a la vez que un préstamo, eran un tipo de instrumento financiero derivado relacionado con divisas y, al mismo tiempo, un instrumento financiero complejo, todo ello sobre la base de lo previsto en los artículos 2.2 y 79. bis de la anterior LMV<sup>413</sup>. No obstante, como se decía, siguiendo el razonamiento de la STJUE de 3 de diciembre de 2015, la STS de 15 de noviembre de 2017 (Núm. 608/2017), corrige la doctrina jurisprudencial española de forma que este tipo de préstamos pierde la categoría de instrumento financiero complejo.

El hecho de que las denominadas hipotecas multidivisa tengan asociado un riesgo adicional, en tanto que la cuantía a devolver depende de la fluctuación de la moneda extranjera utilizada como referencia, hace que no suponga mucho esfuerzo entender el impulso que hizo considerarlas como un instrumento financiero complejo.

Un derivado financiero puede ser definido como aquel producto financiero que depende o se refiere a un *activo subyacente nocional* del que *deriva*. Con la particularidad de que «los derivados son totalmente independientes respecto de las eventuales operaciones –como pueden ser por ejemplo, préstamos– que puedan existir como subyacente al propio instrumento derivado»<sup>414</sup>.

Por tanto, en el supuesto de las cláusulas multidivisa sucede, como puso de manifiesto la STJUE de 3 de diciembre de 2015, que «no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste». Así, ni estamos ante un derivado financiero ni ante ninguna clase de servicio de inversión por el mero hecho de emplear una moneda extranjera para los cálculos de la cantidad debida ni de las cuotas a pagar. Tal y como sostiene AGÜERO ORTIZ, «no habiendo instrumento financiero del que forme parte, no hay ni puede haber derivado implícito»<sup>415</sup>.

## 1.2. Falta de transparencia de las cláusulas relativas a la opción multidivisa. Esencialidad y complejidad.

---

<sup>412</sup> En las Conclusiones del Abogado General sobre este asunto C-312/14, aparte de entender la inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial, en resumidas cuentas, por la falta de información en la resolución de remisión, concluye en el apartado 46º, en igual sentido que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo siguiente: «en caso de que proceda contestar a las cuestiones prejudiciales primera y segunda, a mi juicio debe responderse que un préstamo denominado en divisas pero desembolsado y reembolsable en la moneda nacional, al tipo real vigente en la fecha de pago, no constituye por sí mismo ni incorpora un instrumento financiero o servicio financiero a efectos de la Directiva 2004/39, por lo que dicha Directiva no es aplicable a esa transacción».

<sup>413</sup> Según el artículo citado, quedan sujetos a las previsiones de dicha ley los siguientes instrumentos financieros: «contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo».

<sup>414</sup> FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “La contratación en los mercados secundarios de valores”, *Los mercados financieros*, CAMPUZANO, A. B. / CONLLEDO LANTERO, F. / PALOMO ZURDO, R. J. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 682.

<sup>415</sup> AGÜERO ORTIZ, A., “Fin del debate: tras el CESR y la Comisión Europea, ahora es el TJUE quien confirma que los préstamos multidivisa no son instrumentos financieros, ni están sujetos a MiFID. STJUE de 3 de diciembre de 2015 (Asunto C-312/14)”, *Publicaciones Jurídicas*, Centro de Estudios de Consumo, 6 de diciembre de 2015, p. 10.

La función primordial del control de transparencia aplicado a las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato, es que el adherente tenga la posibilidad de comprender las cargas jurídicas y económicas que derivan del contrato y así poder comparar entre las distintas ofertas del mercado. De forma que cuando el control de transparencia pasa a aplicarse a un contrato de préstamo hipotecario multidivisa, *«la falta de transparencia de las cláusulas relativas a al denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar, no es inocua para el consumidor sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe»*. Dicho desequilibrio se produce debido a que, dada la ignorancia en relación a los graves riesgos asociados a este tipo de contrato de préstamo, los prestatarios no pudieron comparar la oferta contractual con otras ofertas del mercado ni tampoco tuvieron la oportunidad de comparar la oferta contractual con los préstamos que ya tenían concedidos -STS de 15 de noviembre de 2017 (Núm.608/2017)-.

Ahora bien, debido a que se produce un cambio de la doctrina jurisprudencial, las cláusulas de opción multidivisa pierden su consideración de instrumento financiero complejo, de manera que se entiende que se está ante un contrato de préstamo hipotecario con la particularidad de incluir cláusulas relativas a la opción multidivisa, que se caracterizan por su complejidad pero que no son instrumentos financieros complejos. Dada esta circunstancia, no faltan las sentencias en las que se procede a la relación entre la pretensión de la actora de declarar nulas las cláusulas controvertidas por un vicio del consentimiento -nulidad parcial, en lugar de solicitar la nulidad del contrato en su totalidad- y el control de transparencia. A este respecto, en primer lugar, no debe perderse de vista que la aplicación del control de transparencia puede realizarse de oficio, de manera que los cambios producidos en la jurisprudencia no deben perjudicar en este sentido al adherente.

A este respecto, en la SAP Salamanca de 5 de febrero de 2018 (Núm. 25/2018), que desestima el recurso de apelación reiterando la nulidad parcial del préstamo hipotecario objeto de litigio, se aprecia un error en el consentimiento en lo que concierne a la cláusula controvertida, con motivo de un incumplimiento de los deberes de información en cuanto a las consecuencias derivadas de la cláusula y los riesgos inherentes a ella, y, al mismo tiempo, se añade que *«todo ello queda dicho sin olvidar que tampoco supera dicha cláusula el control de transparencia»*.

Por otro lado, de manera parecida, en la SAP Madrid de 1 de febrero de 2018 (Núm. 52/2018), ante la pretensión de la recurrente apelando la desestimación de la demanda cuya pretensión era la declaración de abusividad de las cláusulas relativas a la opción multidivisa por vicio en el consentimiento, la Sala mantiene que no se da vicio del consentimiento alguno debido a que: a) fue la prestataria quien acudió a la entidad solicitando dicha modalidad de contrato de préstamo hipotecario; b) asimismo tenía un contrato de asesoramiento con una mercantil ajena a la entidad; c) la información de los clientes se constata cuando, dada la evolución del mercado de divisas, los prestatarios pasan de tener la hipoteca referenciada en yenes a tenerla en euros, y meses después la pasa de nuevo a divisa extranjera, en esta ocasión libras esterlinas. De tal manera que, a pesar de haberse probado que la entidad incumplió los deberes de información en los términos exigidos por el control de transparencia, con base en la prueba practicada y sin tomar en consideración las diferencias que se dan entre la teoría de los vicios del consentimiento y el control de transparencia -a pesar de las similitudes entre ellas y por muy sutiles que puedan ser las diferencias en algunos aspectos-, se excluyen simultáneamente el vicio del consentimiento y la abusividad por falta de transparencia -a pesar de recogerse en ella la doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia en esos supuestos a partir de la STS de 15 de noviembre de 2017 y la evidente mayor complejidad de las denominadas cláusulas multidivisa en comparación con las cláusulas limitativas de las variaciones de tipo de interés-.

Otra cuestión de especial relevancia para la aplicación del control de transparencia es la determinación acerca de si las cláusulas que versan sobre la opción multidivisa tienen por objeto

una prestación principal o definen el objeto principal del contrato. Cuando se corrigió la doctrina jurisprudencial nacional a través de la STS de 15 de noviembre de 2017, recogiendo la doctrina de la STJUE de 3 de diciembre de 2015, *Banif Plus Bank*- se aclara que las operaciones de cambio de divisa tienen la condición de «*puramente accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo (...). Tales operaciones no tienen otra función que la de servir de modalidades de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, (...). La finalidad de estas operaciones no es llevar cabo una inversión*», por lo que no es de aplicación la normativa sobre el mercado de valores.

No obstante, esta accesoriedad no debe confundirse con la esencialidad de las cláusulas controvertidas, debido a que, según la STJUE de 20 de septiembre de 2017, *Andriiciuc*, C-186/16, «*las prestaciones esenciales de este contrato se refieren, pues, a una cantidad de dinero que debe estar definida en la relación con la moneda de pago y de reembolso estipulada. Por lo tanto, (...), el hecho de que un crédito deba reembolsarse en una determinada moneda no se refiere en principio, a una modalidad accesorio de pago, sino a la propia naturaleza de la obligación del deudor; por lo que constituye un elemento esencial del contrato de préstamo*». Es decir, las operaciones o actividades de cambio que se derivan de las cláusulas que posibilitan la opción multidivisa no tienen por finalidad la inversión, sino que se refieren al modo en que se procederá al cumplimiento de la prestación debida por el prestatario.

La aludida STS de 15 de noviembre de 2017 recuerda que el hecho de que las cláusulas relativas a la opción multidivisa no tengan la consideración de producto financiero, «*no excluye que estas entidades, cuando ofertan y conceden estos préstamos denominados, representados o vinculados a divisas, estén sujetas a las obligaciones que resultan del resto de normas aplicables, como son las de transparencia bancaria*». Asimismo, se añade que, aunque la denominación en divisas de los préstamos hipotecarios no entre dentro de la categoría de instrumento financiero complejo y no le sea de aplicación la normativa sobre el mercado de valores, ello «*no obsta a que el préstamo hipotecario en divisas sea considerado un producto complejo a efectos del control de transparencia derivado de la aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, por la dificultad que para el consumidor medio tiene la comprensión de algunos de sus riesgos*».

Se recoge en la STJUE de 20 de septiembre de 2017, *Andriiciuc*, lo que recordó la Junta Europea de Riesgo Sistémico en su *Recomendación JERS/2011/1, de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera*<sup>416</sup>, esto es, que la información que debe proporcionarse a los clientes ha de incluir la advertencia acerca de «*los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero*». Por tanto, el cumplimiento de los deberes de transparencia requiere que la información comprensible sobre los riesgos referidos que inciden directamente en las cargas asumidas por el prestatario, cobrando especial importancia la información relativa a las variaciones de los tipos de cambio si el préstamo se encuentra referenciado en moneda extranjera, pero el prestatario percibe sus ingresos en moneda distinta.

La complejidad de esta clase de cláusulas, aparte de exigir información rigurosa sobre los riesgos intrínsecos al cambio de divisa, también implica que para que el prestatario pueda de algún modo beneficiarse de la posibilidad de cambio de divisa, es necesario: a) en primer lugar, evidentemente que éste conozca correctamente el modo en que se puede proceder al cambio de divisa -entre otras cosas, estar al día en el pago de las cuotas, la obligación de pago de una comisión en caso de ejercer dicha posibilidad y el momento en que se puede realizar el cambio-; b) de igual forma, es necesario que el prestatario vaya recibiendo información del banco durante

---

<sup>416</sup> DO 2011, C342, p. 1.

la fase de ejecución del contrato acerca de la evolución de las distintas divisas o bien que conozca debidamente el mercado de divisas -STS de 15 de noviembre de 2017-.

En el supuesto de la STS de 15 de noviembre de 2017, en resumidas cuentas, la falta de transparencia se determina debido a que la entidad incumplió su deber de «*informar con antelación, de modo claro y comprensible, sobre las consecuencias de hacer uso de esa cláusulas y ofrecer al consumidor no experto una información adecuada durante la ejecución del contrato*», de forma que el prestatario no pudo beneficiarse de la posibilidad de cambio de divisa. Aunque esta posibilidad «*supone un cierto mecanismo de limitación del riesgo de fluctuación en los casos de previsible apreciación de la divisa en un futuro próximo, ni elimina los riesgos asociados a la posibilidad de depreciación del euro frente a la divisa elegida*», como decíamos, únicamente puede ser de utilidad al prestatario si está debidamente informado<sup>417</sup>.

## 2. Cláusulas IRPH-entidades.

### 2.1. Concepto de «cláusula IRPH».

Otra de las cláusulas más controvertidas en los contratos de préstamo hipotecario es la denominada «cláusula IRPH». Según reflejaba el *Informe del Banco de España sobre determinadas cláusulas presentes en préstamos hipotecarios*, publicado el 7 de mayo de 2010, los préstamos a tipo de interés variable indicados a tipos del mercado monetario suponen el 84% de los concedidos». Se dice que tales préstamos se encuentran «preferentemente vinculados al Euribor a 1 año». Así, del resto, en concreto un 13% de la totalidad de préstamos a interés variable «se vinculan a los diversos índices de préstamos hipotecarios (IRPH de bancos, cajas de ahorro y del total de entidades), cuya evolución replica, con cierto retraso, la del Euribor».

En nuestro país, este tipo de cláusulas surge a raíz de que en la Disposición Adicional Segunda de la *Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios*, se previó la facultad del Banco de España para definir «un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable, y hará públicos sus valores regularmente».

En desarrollo de tal previsión, la *Circular 5/1994, de 22 de julio, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela*, estableció los siguientes tipos o índices de referencia oficiales en cuanto a la adquisición de vivienda libre: a) el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años concedidos por los bancos, b) el mismo tipo medio que el anterior cuando el préstamo fuese concedido por las cajas de ahorro, y, por último, c) el referido tipo medio para los préstamos concedidos por el conjunto de las entidades de crédito. Asimismo, tenían la consideración de tipo de referencia oficial: d) el tipo activo de referencia de las cajas de ahorro, e) el tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública entre 2 y 6 años y, finalmente, f) el tipo interbancario a 1 año (Mibor).

No obstante, siguiendo lo establecido por el artículo 27 de la Orden EHA/2899/2011, se suprimen los tipos medios de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos y por las cajas de ahorro y el tipo activo de referencia de las cajas de ahorro -cuya desaparición completa se produjo el 6 de octubre de 2013-. De acuerdo con la *Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2012*, este

---

<sup>417</sup> Siguen la doctrina jurisprudencial asentada por la STS de 15 de noviembre de 2017, entre otras, la SAP de Madrid de 26 de enero de 2018 (Núm. 43/2018); las SSAP de Valladolid de 29 de enero y de 19 de febrero de 2018 (Núm. 43/2018 y 81/2018); la SAP de Islas Baleares de 9 de febrero de 2018 (Núm. 49/2018).

proceso de modificación se inició «por la necesidad de adaptar [los índices de referencia] a la mayor integración de los mercados a escala europea y nacional, y por aumentar las alternativas de elección de tipo, ajustándolos al coste real de obtención de recursos por las entidades de crédito».

En la actualidad, el tipo de los préstamos hipotecarios a más de tres años, conocido como IRPH-entidades, es definido por el Banco de España en su *Portal del Cliente Bancario* como «la media simple de los tipos de interés medios ponderados de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para la adquisición de vivienda libre iniciadas o renovadas por los bancos y cajas de ahorro en el mes a que se refiere el índice. En el cálculo de la media se utilizan tipos anuales equivalentes»<sup>418</sup>.

En lo que respecta los deberes de información sobre esta clase de índices o tipos de referencia, de acuerdo con la Orden de 1994, el *Folleto Informativo* en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable, según su Anexo I, había de indicar la identificación del índice o tipo de referencia y su evolución durante los dos últimos años. Y en lo que respecta a las cláusulas financieras tanto de la *Oferta Vinculante* como del *Documento Contractual*, según el Anexo II de la citada Orden, había de incluir igualmente la definición del índice de referencia.

En cambio, en el caso de la Orden EHA/2899/2011, en el Anexo I, relativo a la *Ficha de Información Precontractual*, se indica en la sección dedicada al tipo de interés que «el nivel del tipo de interés variable y variable limitado se expresará como un índice de referencia más un diferencial, si fuera el caso»; y en su Anexo II, sobre la *Ficha de Información Personalizada*, en cuanto a las características principales del contrato, se prevé la explicación del interés –fijo, variable o variable limitado–, los periodos en que se aplicarán, la periodicidad de las revisiones, la fórmula empleada para la revisión del tipo de interés y dónde puede el cliente encontrar información adicional en relación a los índices o tipos utilizados en la fórmula. Además, acerca del importe de las cuotas a pagar por el prestatario, las entidades deben incluir en la FIPER información sobre las variaciones que pueden sufrir las cuotas, incluyéndose ejemplos que permitan conocer tales cambios que afectan al importe de las referidas cuotas.

## 2.2. Doctrina jurisprudencial sobre el contenido y transparencia de las «cláusulas IRPH».

Acerca de las cláusulas por las que el índice o tipo de referencia aplicable al contrato de préstamo hipotecario es alguno de los anteriormente citados -que denominaremos de manera general «cláusulas IRPH»-, las controversias que se han planteado son, fundamentalmente, dos: a) en primer lugar, la posibilidad de que las entidades puedan influir en tales índices y, b) en segundo lugar, si las entidades cumplieron los deberes de información y transparencia legalmente exigidos. Cuestiones ambas que han sido tratadas por el Pleno de la Sala de lo Civil en su STS de 14 de diciembre de 2017 (Núm. 669/2017).

En cuanto a la primera cuestión, esto es, si el índice IRPH es influenciado por las propias entidades, el Pleno de la Sala de lo Civil en la referida sentencia destaca que el IRPH-entidades, al igual que los demás tipos de referencia oficiales, está regulado legalmente y es a la Administración Pública a quien corresponde determinar si se ajusta a las normas que los regulan. Ahora bien, aparte de que el Tribunal entiende que estas cláusulas se refieren a un elemento esencial del contrato -por lo que no pueden ser objeto de control de contenido-, pone de relieve

---

<sup>418</sup> Enlace web:

<https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productoservici/relacionados/tiposinteres/>

Definición similar a la del Anexo VIII de la *Circular 5/1994, de 22 de julio, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela*.

que la valoración acerca de si tales índices pueden ser manipulados o influidos por las propias entidades, el modo en que se ha fijado o bien si en su configuración se han tomado datos inadecuados corresponde, en todo caso, a la Administración Pública<sup>419</sup>. Así, sostiene que *«el control sobre el equilibrio entre las obligaciones y derechos de las partes viene garantizado por la intervención de la administración pública, siempre y cuando su contenido no haya sido modificado contractualmente»*.

Pero, aparte de que el examen de su hipotética manipulación haya de corresponder a la Administración Pública, desde la perspectiva de los controles aplicables en la contratación por adhesión, de todos modos no es admisible el control de contenido de tales cláusulas debido a que definen el objeto principal del contrato. En consecuencia, la negativa a practicar el control de contenido sobre las cláusulas IRPH se fundamenta en dos razones de distintas naturaleza: la esencialidad de la cláusula, de manera que opera el límite previsto por el artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE y, por otro lado, dado que el índice es un tipo de referencia oficial, en el supuesto de no haber sido modificado por las partes contractuales, su examen corresponderá a la Administración Pública.

En lo que respecta al control de transparencia, ya que las cláusulas IRPH son cláusulas cuyo objeto constituye un elemento esencial del contrato, dicho control es perfectamente aplicable. Así, al examinarse la transparencia de la cláusula controvertida, la STS de 14 de diciembre de 2017 concluye que la cláusula IRPH supera dicho control con fundamento en el *estándar de validez de este tipo de cláusulas referenciadas a un tipo oficial* -como es el caso- previsto por las normas de transparencia bancarias aplicables al supuesto y, en particular, se cumple lo dispuesto en el vigente artículo 85.3 TRLGDCU -anterior Disposición Adicional Primera I.2ª de la LGDCU de 1984-, de acuerdo con el cual este tipo de cláusula está permitido y es, por tanto, válido cuando: a) los tipos *«se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índice legales»*; b) que en la cláusula *«se describa el modo de variación del tipo»*.

A juicio del Pleno de la Sala de lo Civil, lo previsto en el artículo 85.3 TRLGDCU, que se refiere al contenido de la cláusula y no a la transparencia, conlleva de manera implícita que el cumplimiento acerca del contenido supone que *«con esos datos es fácilmente comprensible el precio del préstamo, puesto que el consumidor puede conocer de manera sencilla que tendrá que pagar el resultado de sumar el índice y el diferencial. Y aquí radica fundamentalmente la diferencia con los préstamos con cláusula suelo, en que dicha comprensibilidad quedaba oscurecida por el hecho de que el coste del préstamo no funcionaba siempre con esos dos elementos, al establecerse un tope mínimo por debajo del cual el diferencial no fluctuaba»*.

A este argumento ha de añadirse que, ante la falta de suministro de información sobre el *posible comportamiento futuro* del IRPH, sostiene el tribunal la imposibilidad de cumplimiento de dicha exigencia. En relación a ello, subraya que de lo único que podía informar la entidad, y así hizo, era que *«si el IRPH evolucionaba más desfavorablemente que el Euribor, podría ser peor para el demandante, si pese a los distintos márgenes, el resultado era superior»*. Según esta STS de 15 de diciembre de 2017, esta información *«era una obviedad»*. Sin embargo, teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial relativa al control de transparencia, nos preguntamos entonces si no era una obviedad también que habiendo una *«cláusula suelo»* el tipo de interés no bajaría de

---

<sup>419</sup> Acerca de la posibilidad de manipular los distintos índices IRPH, SUÁREZ PUGA, E., “Problemática contractual actual relativa a determinados índices financieros en contratos de financiación: el caso IRPH”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Núm. 5/2017, Cizur Menor, 2017, pp. 10 y 11. Señalando que sobre esta cuestión *«se confunde el hecho de que los datos facilitados por las entidades conformantes del índice afecten a su valor resultante, algo consustancial al procedimiento de su cálculo, y otra muy diferente es que dichas entidades hayan influido de manera indebida en la conformación de los valores históricos del IRPH en provecho de parte»*.



dicho *suelo* -el modo en que se denominó este tipo de cláusulas es bastante ilustrativo- y que, por tanto, el prestatario no podría beneficiarse de una bajada drástica de los tipos de interés -como así sucedió-.

Aunque, como bien se reconoce en la sentencia objeto de comentario, el control de transparencia se dirige en este supuesto a determinar si el cliente fue debidamente informado de manera que era consciente de que la cláusula controvertida constituía un elemento esencial del contrato y el modo en que se calculaba el interés y su repercusión en la cuotas a cargo del prestatario -esto último lo añadimos nosotros-, la argumentación ofrecida por el Tribunal a la hora de determinar la superación del control de transparencia se aleja un poco de su verdadero cometido. Puesto que, además de la relación entre control de contenido y control de transparencia que realiza al alegar el cumplimiento del artículo 85.3 TRLGDCU y la referencia a la dudosa exigibilidad del suministro de información sobre el comportamiento futuro del IRPH, presta especial atención al argumento del prestatario acerca de que «*el banco sabía que el IRPH le iba a ser más beneficioso que el Euribor*» como si fuese un factor determinante a la hora de valorar la comprensibilidad o transparencia de una cláusula.

Es cierto que, considerando la línea jurisprudencial seguida para la aplicación del control de transparencia a las cláusulas suelo y la consiguiente declaración de abusividad a consecuencia de su no superación, parece que el Tribunal Supremo *rectifica* en cierto modo la doctrina jurisprudencial de dicho control -aunque ello no repercute en los supuestos relativos a las cláusulas suelo- endureciendo los criterios a seguir para la determinación de la falta de transparencia a favor del adherente. Pues bien, en contra de la decisión adoptada, se emite Voto Particular argumentando los motivos por los cuales la cláusula IRPH no debería haber superado el control de transparencia.

Los argumentos esgrimidos por el Voto Particular se basan fundamentalmente en la *supuesta* complejidad del índice de referencia empleado, esto es, el IRPH. Así, partiendo de la referida dificultad y complejidad del índice se alega la falta de información relativa a la «*peculiaridad de la configuración de este índice respecto de otros posibles índices de aplicación, y el funcionamiento concreto de su mecanismo de aplicación, en especial los escenarios anteriores acerca de cómo había evolucionado dicho índice y comportamiento razonable previsible en el momento de la contratación*». De manera que, dado que los distintos índices fluctúan de manera diferente, la entidad tendría que haber informado sobre la posible fluctuación que podría haber sufrido el índice IRPH-entidades; posible fluctuación que había sido prevista por la entidad y que no informó de ello al cliente cuando, además, «*desde su aplicación, el IRPH-Entidades se ha mantenido en valores superiores a otros índices más usuales y conocidos por el consumidor medio, caso del Euribor*».

El deber de suministrar al cliente información referente a los posibles escenarios que comporte la aplicación del IRPH parece justificarse en la complejidad que reviste dicho índice, y que es una de las razones por las que, según el Voto Particular, se considera no superado el control de transparencia -el otro motivo es la insuficiente información sobre el modo en que se calcula el índice-. No obstante, no parece del todo justificable dicha complejidad, menos aún cuando se compara la cláusula relativa a la opción multidivisa con la cláusula IRPH.

De esta forma, en el Voto Particular se cita la STJUE de 20 de septiembre de 2017, *Andriiciuc*, en la que se destaca la importancia de suministrar información al cliente acerca de los riesgos asociados a las denominadas hipotecas multidivisa. En concreto, el cliente «*se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos. Por otra parte, (...) las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto de que el consumidor prestatario no*

*perciba sus ingresos en esta divisa*». Pero, dada la consabida complejidad de las cláusulas multividiva, tanto por el modo en que opera como los factores necesarios a tener en cuenta para estimar la cuota a pagar, no parece apropiada su comparación con el IPRH, como índice de referencia oficial que es.

### 2.3. La ineficacia de las «cláusulas IRPH». El «reenvío a otros textos o documentos» y control de transparencia.

En lo concerniente a la información proporcionada por las entidades acerca de la cláusula IRPH-entidades que es examinada en la STS de 14 de diciembre de 2017 (Núm. 669/2017), en la oferta vinculante únicamente se referenciaba la denominación de dicha cláusula, «IRPH TOTAL ENTIDADES», sin aportar más información.

Por otro lado, en la escritura pública del préstamo hipotecario concertado, la cláusula controvertida que nos ocupa era la tercera *bis* y establecía que *«para cada uno de los períodos semestrales siguientes, el tipo de interés será el resultante de adicionar el MARGEN al tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de entidades de crédito definido por la Circular 5/94 del Banco de España de 22-7-94, que se publica en el B.O.E. de 3-8-94»*.

Pues bien, dada la remisión que se efectúa en la cláusula objeto de litigio, en la Circular 5/1994, de 22 de julio, norma a la que se remite la referida cláusula, así como en el *Portal del Cliente Bancario* del Banco de España<sup>420</sup>, se especifica que para el cálculo de la media se emplearán los *tipos anuales equivalentes* -T.A.E.- que incluyen comisiones y tasas, aparte del simple tipo medio de los préstamos hipotecarios. Es decir, la cláusula insertada en el contrato de préstamo celebrado indica que al *margen* se le añade el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, concedidos por el conjunto de entidades de crédito, para acto seguido remitirse a la definición de la Circular 5/1994, de 22 de julio.

Al respecto, ha de recordarse que el artículo 80.1.a) TRLGDCU establece que en los contratos con consumidores en los que se incluyan cláusulas no negociadas individualmente no se podrá reenviar a «textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato». Consecuentemente, aunque el contrato de préstamo es a tipo variable y dicha variabilidad depende de un tipo de referencia oficial -IRPH- que se publica mensualmente en el Boletín Oficial del Estado, cuestión diferente es la información relativa al método empleado para la obtención de dicho tipo de referencia. Así pues, el modo en que se calcule el tipo de referencia y los valores tenidos en cuenta para su cálculo han de ponerse en conocimiento del prestatario, en virtud de lo previsto por el artículo 80.1.a) TRLGDCU. En definitiva, es admisible el reenvío a un tipo de referencia oficial que va variando y se publica periódicamente -pues una remisión a una cifra concreta-; ahora bien, lo que no debería ser admisible, a nuestro juicio, es el reenvío a una norma para la descripción de una de las prestaciones principales del contrato<sup>421</sup>.

Tomando en consideración la hipotética ineficacia de la remisión a la Circular 5/1994, el contenido de la cláusula controvertida sería el siguiente: *«para cada uno de los períodos semestrales siguientes, el tipo de interés será el resultante de adicionar el MARGEN al tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años»*. En este punto, por tanto, una vez habiendo

---

<sup>420</sup> Enlace Web:

[https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productoservici/relacionados/tiposinteres/guia-textual/tiposinteresrefe/Tipos\\_de\\_refere\\_c5dd071cbf28d51.html](https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productoservici/relacionados/tiposinteres/guia-textual/tiposinteresrefe/Tipos_de_refere_c5dd071cbf28d51.html)

<sup>421</sup> Vid. Supra., II, 2.3.

prescindido del reenvío que efectuaba la cláusula, cabría plantearse si la cláusula resultante cumple, de todos modos, los deberes de transparencia.

Según se explica en la Circular 5/1994, «los tipos de referencia escogidos son, en último análisis, tasas anuales equivalentes. Los tipos medios de préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda libre de los bancos y del conjunto de entidades, lo son de forma rigurosa, pues incorporan además el efecto de las comisiones». Pero, dado que la finalidad del control de transparencia es que el adherente tenga la posibilidad comprender las cargas económicas y jurídicas que derivan de la celebración del contrato, tal vez la referencia al *tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años* no sea la expresión más apropiada, ya que puede llevar a confusión y entender el adherente, por ejemplo, que *ese* tipo medio se refiere al simple porcentaje en concepto de pago por el dinero prestado -T.I.N.- y no a la T.A.E. –obviamente de cuantía superior que el T.I.N., dada la inclusión de comisiones y tasas, y cuyo cálculo es más complejo dado que se tienen en cuenta factores de distinta naturaleza, como la frecuencia de los pagos y los gastos de la operación<sup>422</sup>-. De hecho, tanto en la Circular 5/1994 como en el *Portal del Cliente Bancario* se define el tipo de referencia oficial que nos ocupa «como la media simple de los tipos de interés medios ponderados (...)», aclarando tras haber proporcionado la definición que «dichos tipos de interés medios ponderados serán los tipos anuales equivalentes (...)».

Consecuentemente, la aclaración que se ha creído necesaria tanto en el caso de la Circular que define el tipo de referencia como en la información suministrada por el Banco de España de que la media se realiza empleando la T.A.E., y no el simple tipo de interés nominal, podría no superar el control de transparencia al no haberse indicado en el texto del contrato ni entregado documento alguno en el que se así se especificase, pues, como decíamos, el reenvío a otro texto no debería suplir información de tal relevancia para el prestatario al afectar a la prestación principal del contrato suscrito.

---

<sup>422</sup> ORTIZ PÉREZ, M. / ERAUSKIN VÁZQUEZ, J. M., “IRPH Cajas, ¿una simple media de los tipos de interés medios ponderados?, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Núm. 7/2017, Cizur Menor, 2017, pp. 1 a 3. Según los autores, en cuanto al IRPH-Cajas, «si esa media se confeccionaba con Tipos TAE, el resultado era el Tipo TAE medio, es decir, la media de los costes totales de las operaciones iniciadas o renovada por los clientes el mes de referencia, lo que desvirtúa la idea de que los clientes que tenía su préstamo referido a IRPH-Cajas estaban abonando la media de los intereses que abonaban los nuevos contratantes, pues lo cierto es que estaban abonando, sólo en concepto de intereses, la media de los costes totales que habían suscrito esos nuevos contratantes».



## I. INTRODUCCIÓN.

### 1. Similitudes y diferencias entre los vicios del consentimiento y el sistema de controles en la contratación por adhesión.

Los vicios del consentimiento comprenden los supuestos en los cuales la formación del consentimiento se produce de manera defectuosa o incorrecta. En nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 1265 CC se enumeran los tipos de vicios del consentimiento jurídicamente relevantes; en concreto, conforme a dicho artículo «será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo», previéndose seguidamente los requisitos necesarios para la apreciación de los vicios del consentimiento enumerados por la norma<sup>423</sup> -de donde se extrae que la reacción del ordenamiento, más que responder a dicho vicio, se fundamenta en la necesidad de decidir acerca de la justicia de la perpetuación vinculación contractual-<sup>424</sup>.

De acuerdo con MORALES MORENO, «la categoría “vicio de la voluntad” corresponde a una construcción del contrato y su fuerza vinculante, basado posteriormente en la voluntad»<sup>425</sup>. Por tanto, se presupone la existencia de voluntad, o de consentimiento, pues, de lo contrario, en lugar de derivar en la anulabilidad del contrato, se trataría de un supuesto de nulidad absoluta dada la ausencia de uno de los elementos esenciales de todo contrato -artículo 1261 CC-.

Partiendo, pues, de la existencia -aunque viciada- de consentimiento contractual, los supuestos del artículo 1265 CC pueden ser divididos en dos categorías diferentes, habida cuenta de que los elementos esenciales para la validez del consentimiento contractual son el conocimiento y la libertad<sup>426</sup>: a) el error y el dolo, en los que el vicio recae sobre el conocimiento;

<sup>423</sup> Sobre la definición de los vicios del consentimiento, entre otros, DÍEZ-PICAZO Y PONCE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Civitas, Vol. I, Cizur Menor, 2011, pp. 185 y 186; ALBALADEJO, M., “Invalidez de la declaración de voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. X, Núm. 4, 1957, p. 986; MORALES MORENO, A. M., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo XVII, Vol. 1º-B, ALBALADEJO, M. / DÍAZ ALABART, S. (Dir.), *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1992, pp. 215 y 216; MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de Contratos*, Tomo I, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 554; ALMAGRO NOSETTE, J., *Comentario al Código Civil*, Tomo VI, SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (Coord.), Bosch, España, 2006, p. 636; GARCÍA VICENTE, J. R., *Comentarios al Código Civil*, Tomo VII, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9093 y ss.

<sup>424</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE LEÓN, L., *Op. Cit.*, p. 186; MARÍN LÓPEZ, M. J., *Op. Cit.*, p. 554.

<sup>425</sup> MORALES MORENO, A. M., *Op. Cit.*, p. 215.

<sup>426</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho español, común y foral*, Tomo III, Reus, Madrid, 2008, p. 637; GARCÍA-GRANERO COLOMER, A. V., *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo III, Vol. I, DELGADO DE MIGUEL, J. F. (Coord.

y, por otro lado, b) la violencia y la intimidación, en las que el elemento que se ve comprometido es la libertad<sup>427</sup>. Si bien es cierto que, entre los distintos tipos de vicios del consentimiento, el dolo se caracteriza por una falta de conocimiento provocada por la conducta insidiosa de la contraparte -engaño- de manera que se limita la libertad de contratar o autodeterminación de la víctima del engaño, al igual que ocurre cuando el consentimiento se halla viciado por violencia o intimidación<sup>428</sup>.

En la contratación actual, en la que destaca la contratación por adhesión en detrimento de la realizada por negociación, una de las causas más frecuentes de controversia en el ámbito contractual es la que incide en la falta de conocimiento. De esta forma, ante la falta de conocimiento de una de las partes contratantes, dentro de la categoría de los vicios del consentimiento el error y el dolo se ocupan precisamente de dicha cuestión. Ahora bien, dado el recurso a la contratación por adhesión, sobre todo en materia de consumo, la falta de conocimiento también puede ser abordada desde los controles previstos tanto en la LCGC como en el TRLGDCU.

Los controles característicos en la contratación por adhesión conllevan que las condiciones generales y cláusulas predispuestas sean sometidas a un examen en el que se prescinde de los elementos subjetivos característicos de, por ejemplo, el dolo «in contrahendo» - el cual, aparte de requerir la comprobación de si se ha producido el incumplimiento de una norma o deber jurídico, exige asimismo la concurrencia del *animus decipiendi*<sup>429</sup>-. Así pues, he aquí donde radica la principal diferencia entre los controles previstos en materia de contratación por adhesión y la teoría de los vicios del consentimiento.

Cuando se trata de aplicar los controles sobre condiciones generales y cláusulas predispuestas, es indiferente tanto la intención de la conducta llevada a cabo por el predisponente -quien provoca la falta de conocimiento- como tampoco se entra a valorar si el adherente -quien sufre la falta de conocimiento- actuó de manera diligente o si, por el contrario, su conducta fue negligente. En cambio, en lo que respecta al error y al dolo como vicios del consentimiento sucede justo al contrario, pues se toma en consideración la conducta llevada a cabo por la parte contratante que padece el vicio, sobre todo en el caso del error -en el dolo únicamente se examina si el que lo sufrió ejerció una resistencia mínima-, y también de quien provoca la falta de conocimiento en el supuesto del dolo, que incurre en una conducta ilícita.

Los criterios objetivos seguidos por los controles previstos para los contratos con condiciones generales y cláusulas predispuestas encuentran su justificación en el contexto de la contratación por adhesión, dada la responsabilidad del predisponente aludida por la predisposición del contenido contractual sin intervención del adherente. De hecho, la aplicación de criterios objetivos en lo concerniente a la legislación sobre contratación por adhesión no se

---

General), SIMÓ SANTOJA, V. L. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002, p. 326; GARCÍA VICENTE, J. R., *Comentarios al Código Civil*, Tomo VII, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), Valencia, 2013, p. 9093.

<sup>427</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE LEÓN, L., Op. Cit., p. 185; MARÍN LÓPEZ, M. J., Op. Cit., p. 554; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo II, Vol. I, Bosch, Barcelona, 1988, p. 73.

<sup>428</sup> LARENZ, K., *Derecho civil*, Parte General, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, p. 495.

<sup>429</sup> Como es sabido, respecto del dolo «in contrahendo» se requiere que cuando *deceptor* emplea las palabras y maquinaciones insidiosas del artículo 1269 CC, lo haga con la intención de captar la voluntad contractual de la contraparte.

circunscribe a los controles de incorporación, de transparencia y de contenido; sino que, además, de acuerdo con PERTÍÑEZ, acerca de la regla de la interpretación más favorable al adherente, indica que tal previsión se fundamenta en que «la buena fe impone al autor de una cláusula la obligación especial de previsión de las dudas razonables que puedan surgir en su comprensión y de evitarlas con una redacción clara. Ello justifica que sea el autor quien deba cargar con las consecuencias de una redacción oscuras de las cláusulas, intencionada o no, (...)». En consecuencia, el incumplimiento de los distintos deberes que emanan del deber de información, como la proporción de información, su legibilidad, y su comprensibilidad se determina aplicando un criterio de imputación objetiva -incluyendo los supuestos de ambigüedad en la redacción que deriva en la interpretación a favor del adherente-<sup>430</sup>.

Debido a que el control de contenido es un control de validez de las condiciones generales y cláusulas predispuestas cuyo objeto sea un elemento no esencial -*ex* artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE-, de manera que se entra a examinar si la cláusula controvertida respeta el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en los términos previstos por el artículo 82 TRLGDCU, el control de contenido queda excluido de la relación entre deberes de información y los controles propios de la contratación por adhesión. En consecuencia, en lo que al cumplimiento de los deberes de información respecta, son los controles de incorporación y de transparencia los que recogen parte de las exigencias derivadas del deber general de informar.

A pesar de la distinción entre control de incorporación y control de transparencia, los requisitos que se derivan de ambos se dirigen a la correcta formación del consentimiento. En atención a tales requisitos o deberes, acerca del deber de procurar el conocimiento del adherente sobre el contenido del contrato, se prevé: a) la accesibilidad y legibilidad como requisitos formales de incorporación; b) la comprensibilidad o transparencia de las condiciones generales y cláusulas predispuestas que permitan al adherente conocer las cargas económicas y jurídicas que derivan de la celebración del contrato, exigencia que se incardina en el control de transparencia.

Así pues, los controles de incorporación y de transparencia suponen el examen del clausulado contractual redactado por el predisponente a fin de determinar si se han cumplido los requisitos necesarios para que el adherente tuviese la posibilidad de tener conocimiento de la existencia de las condiciones generales o cláusulas predispuestas y si tuvo la posibilidad de comprender dicho clausulado.

No obstante, acerca de la relación entre el control de incorporación y los deberes de información, sobre la normativa sectorial, en concreto, el artículo 79 bis.3 de la derogada LMV, la jurisprudencia ha puesto de manifiesto las diferencias entre los fines del control de incorporación y de los deberes de información. De acuerdo con la STS de 13 de noviembre de 2015 (Núm. 633/2015), «*que las condiciones generales del contrato reunieran los requisitos de los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación establecen para que puedan entenderse incorporadas al contrato, (...) no supone que se haya cumplido el elevado estándar de información a que le obliga la normativa sectorial que se ha mencionado y*

---

<sup>430</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), Colex, Madrid, 2011, pp. 707 y 709.

*resumido*». Efectivamente, al excluir del control de incorporación el deber de transparencia o comprensibilidad -que comúnmente se denomina transparencia material o comprensibilidad real-, el cumplimiento de los requisitos formales previstos en los artículos 5 y 7 LCGC no puede ser equiparado al cumplimiento de los deberes de información.

Al realizar la misma precisión en cuanto a que el mero cumplimiento de los requisitos de incorporación no implica el cumplimiento de los deberes sectoriales de información, la STS de 15 de diciembre de 2015 (Núm. 688/2015) indica que *«la exigencia de claridad, concreción, sencillez y comprensibilidad directa del art. 7.b) LCGC no alcanza el nivel de exigencia que aplicamos al control de transparencia en caso de contratos con consumidores»*, y, por otro, *«tampoco se equipara al deber de información impuesto a la empresa de inversión por el art. 79 bis.3 LMV, respecto del conocimiento de los riesgos que entraña la operación»*. Así, dado que la cláusula controvertida adolecía de insuficiencia de información, a juicio del Tribunal, *«cuestión distinta es si la información es insuficiente para que el cliente pueda conocer el riesgo que encierra el posible coste de cancelación, lo que opera en otro plano, el de la suficiencia de la información para que el consentimiento prestado no se pueda entender viciado de error»*; por lo que la suficiencia de la información se ubica en la sede del error como vicio del consentimiento.

De esta sentencia se extrae que, dada la insuficiencia de los requisitos de incorporación para entender cumplido el deber de información, el deber de comprensibilidad cuyo cumplimiento se entra a valorar en el seno del control de transparencia -esto es, comprobar si el adherente tuvo la posibilidad de comprender las cargas económicas y jurídicas que se derivan de la cláusula o cláusulas controvertidas- se equipara al deber de comprensibilidad que se deriva del deber de información. Y, por otro lado, se indica que, de todos modos, los controles de incorporación y de transparencia no cubren por completo las exigencias que se derivan del deber general de información.

Sobre la *suficiencia* de información ha de advertirse que también en el plano del control de transparencia se ha determinado la falta de transparencia por falta de información -por ejemplo, una de las causas por las cuales en la STS de 9 de mayo de 2013 (Núm. 241/2013) se declaró que las cláusulas limitativas del interés variable no eran transparentes fue por la *«falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato»* y por la *«ausencia de simulaciones de escenarios diversos»*-. Pero, a pesar de que se fundamente en un motivo diverso del proporcionado por la STS de 15 de diciembre de 2015, entendemos que los controles que nos ocupan efectivamente no abarcan la totalidad de exigencias inherentes al deber de información, dada la ausencia de referencia en los artículos 5 y 7 LCGC y artículo 80 TRLGDCU a la obligación de proporcionar información veraz.

En definitiva, acerca del papel de los controles de incorporación y de transparencia en la formación del consentimiento contractual del adherente, la relación de tales controles con los deberes generales de información es manifiesta y, en consecuencia, así lo es también con el principio de buena fe durante la fase de la formación del consentimiento. Si bien dicha relación no supone la plena equiparación entre los requisitos derivados de los controles de incorporación y de transparencia y de los deberes generales de información.

Aunque por estadística se demostrase el nivel de desinformación del adherente, incluso cuando se constatase que se trata de una desinformación dado su desinterés por conocer o



comprender la totalidad del clausulado, los controles de incorporación y de transparencia han de garantizar el acceso, legibilidad y comprensibilidad del contenido contractual, independientemente de la conducta que lleve a cabo el adherente e independientemente de la calificación que pueda merecer la conducta del predisponente -culposa o dolosa-, pues tales controles se aplican siguiendo unos criterios puramente objetivos que no requieren la concurrencia de una conducta culposa ni dolosa por parte del infractor -es decir, el predisponente-.

## **2. El dolo *in contrahendo* y el control de transparencia como reacciones del ordenamiento jurídico contra el engaño.**

El dolo *in contrahendo* es un vicio del consentimiento que consiste en que una de las partes contratantes, el *deceptor*, lleva a cabo una conducta ilícita, el engaño, que lleva a la contraparte a celebrar un contrato que de otro modo no habría celebrado -artículo 1269 CC-. En cambio, el error vicio supone la representación errónea de la realidad, que para tener la consideración como tal y producir la anulabilidad del contrato requiere que dicho error sea esencial y, a su vez, excusable -ex artículo 1266 CC-.

En lo que respecta a la formación del consentimiento contractual, dada la predisposición del clausulado contractual, reviste especial gravedad que el predisponente incumpla el deber de transparencia o de comprensibilidad respecto de las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato, provocando que el adherente no tuviese la oportunidad de conocer las cargas económicas y jurídicas del contrato durante la fase precontractual o de formación del contrato, dando lugar, por tanto, a la abusividad de la cláusula afectada y, en consecuencia, la declaración de nulidad de pleno derecho.

El control de transparencia, por un lado, y el error y el dolo, por otro, comparten la consideración de ser supuestos en los que se da una falta de conocimiento jurídicamente relevante, previéndose la nulidad de la cláusula que no supere las exigencias derivadas del control de transparencia o bien la anulabilidad del contrato en caso de que se apreciase error o dolo vicio. Ciertamente, en los últimos años los contratos sobre instrumentos financieros anulados -v. gr., participaciones preferentes- lo han sido por el incumplimiento de los deberes imperativos de información, lo que ha terminado derivando en la apreciación de error vicio, en lugar de dolo vicio. Pero, dado que la tipificación del dolo *in contrahendo* incluye la concurrencia de una conducta ilícita -incumplimiento de un deber jurídico- y una de las circunstancias que determinan la no superación del control de transparencia es el incumplimiento del deber de transparencia o comprensibilidad -material- que ha de observar el predisponente en la redacción del contrato, a nuestro entender la relación entre el dolo vicio y el control de transparencia se hace más evidente que en el caso del error vicio y el referido control<sup>431</sup>.

---

<sup>431</sup> Acerca de la relación entre la figura de las cláusulas sorprendentes y los vicios del consentimiento error y dolo, MIRANDA SERRANO, L. M., “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, abril 2018, pp. 34 y ss.; aunque sobre esta cuestión el autor citado se centra sobre todo en comparar las posibles consecuencias que se derivan del error y del dolo, en lugar de las características de uno y otro vicio del consentimiento.

La concurrencia de una conducta ilícita por el incumplimiento de unos deberes imperativos provocando la falta de conocimiento en la contraparte hace que haya más semejanza entre el dolo vicio y el control de transparencia; ya que, sobre esta cuestión, el error se define como una falsa o equivocada representación mental que lleva a quien lo padece a celebrar un contrato que de otro modo no habría celebrado<sup>432</sup>. De todos modos, teniendo como referencia la jurisprudencia reciente, el incumplimiento de los deberes de información se ha empleado para la justificación de la excusabilidad del error, de manera que por esa vía se puede justificar la relación entre el error vicio y el control de transparencia en detrimento del dolo *in contrahendo*<sup>433</sup>.

Pero volviendo al control de transparencia y sus semejanzas con el dolo vicio, desde luego que se advierten las diferencias entre ambos remedios frente a la defectuosa formación del consentimiento con motivo del incumplimiento de unos deberes imperativos por una de las partes contractuales -v.gr., las consecuencias jurídicas derivadas en uno y en otro caso-. Asimismo, ha de tenerse presente que en el caso del dolo se exige la concurrencia del *animus decipiendi*, esto es, la intención del deceptor de captar la voluntad de la contraparte -lo que supone un criterio de carácter subjetivo para la apreciación de dolo *in contrahendo*-. Mientras que en el supuesto del control de transparencia, sucede que los criterios de imputación son plenamente objetivos, en el sentido de que comprobado el incumplimiento del deber de transparencia o de comprensibilidad no es necesario entrar a valorar si el predisponente incumplió tal deber por dolo o por negligencia<sup>434</sup>. En este sentido, entendemos que lo que se produce es la presunción de intencionalidad del predisponente o bien, dada su especial responsabilidad, la equiparación de una posible negligencia al dolo<sup>435</sup>. Así, debido a la presunción de la que se parte en el caso del control de transparencia, no es necesario probar la motivación de quien incumplió los deberes de información.

## II. CONCEPTO Y DELIMITACIÓN DEL DOLO *IN CONTRAHENDO*.

### 1. El dolo *in contrahendo* como contravención del principio general de buena fe.

De acuerdo con el artículo 1269 CC, estaremos ante un contrato que adolece de dolo «*in contrahendo*» cuando «con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho». Debido

---

<sup>432</sup> En relación al concepto de error vicio, DÍEZ-PICAZO Y PONCE LEÓN, L., Op. Cit., p. 207; MARÍN LÓPEZ, M. J., Op. Cit., pp. 574 y 575; CASTÁN TOBEÑAS, J., Op. Cit., p. 641; CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 273.

<sup>433</sup> AGÜERO ORTIZ, A., “Cláusula suelo transparente por quedar probado que el consumidor tuvo un conocimiento de la misma: ¿Existe alguna diferencia entre el control de transparencia y la evaluación del consentimiento? Comentario a la STS de 9 de marzo de 2017 (JUR 2017\55055)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Núm. 21/2017, pp. 175 y ss.

<sup>434</sup> Vid. *Supra*.

<sup>435</sup> MIRANDA SERRANO, L. M., Op. Cit., p. 37, en relación a las cláusulas sorprendentes, considera que «no son sino el resultado de la utilización de *maquinaciones insidiosas* (ex artículo 1269 CC), pues la finalidad que con ellas se persigue no es otra que hacer que los adherentes contraten en condiciones diferentes de las que creían estar contratando». Aunque compartimos en parte dicha equivalencia, aparte de la *ocultación deliberada* puede suceder que la falta de transparencia, sobre todo tomando en consideración los criterios no tasados que aplica la jurisprudencia, se deba a simple negligencia. A pesar de que sea irrelevante desde la perspectiva del control de transparencia.

a la letra del referido artículo, se deduce que el dolo, entre otras cosas, se refiere a una conducta contraria a la buena fe dirigida a la captación de la voluntad de la otra parte para celebrar un contrato que sin ella no habría celebrado.

Como es sabido, la buena fe es un principio que en el ámbito del Derecho privado todo lo impregna. De hecho, en relación al ordenamiento jurídico considerado en su totalidad, el principio de buena fe del artículo 7.1 CC ha sido reconocido como principio constitucional implícito, ya que opera como límite al ejercicio de derechos fundamentales -STC 120/1983, de 15 de diciembre-<sup>436</sup>.

Pues bien, retrotrayéndonos a los orígenes de la formulación del principio de la buena fe, pensemos en las palabras de CICERÓN acerca de que «el fundamento de la justicia es la buena fe, es decir, la fidelidad y la sinceridad de las palabras y de los acuerdos»<sup>437</sup>. En nuestra doctrina, abundan las concepciones éticas de la buena fe, las cuales se relacionan con la perspectiva subjetiva de dicho principio. Así, conforme a la clásica distinción, la buena fe subjetiva hace alusión a un estado de conocimiento o de confianza y, de otra parte, la buena fe objetiva se refiere a las reglas de conducta que de ella se derivan<sup>438</sup>. Concretando un poco más el alcance de la buena fe objetiva, conforme a LLOBET I AGUADO, «se refiere a la honradez moral de una conducta, de acuerdo con el tipo de negocio de que se trate y lo que resulte de las características sociales, económicas y jurídicas en la que se inserte aquélla»<sup>439</sup>.

En lo que respecta a la noción ética de la buena fe, según BONFANTE, la buena fe es la simple o mera ausencia de mala fe<sup>440</sup>, lo que viene a ser una adaptación del «*fides bona contraria est fraudi et dolo*» de PAULO<sup>441</sup>. Dicho concepto nos lleva a la consideración de la *fides bona* del Derecho romano según la cual, una vez que un asunto se somete a discusión, se refiere a «la sinceridad de las palabras dadas y a la ausencia en ellas de engaño o fraude»<sup>442</sup>. No obstante, es preciso advertir que la noción general del principio de buena fe, ya sea en su vertiente subjetiva como también en la objetiva, requerirá su concreción y delimitación, labor que corresponderá, entonces, al juzgador.

Entonces, teniendo en cuenta el carácter marcadamente ético de la buena fe y las conductas que de ella han de derivarse –esto es, en cuanto al resultado de la conjunción de la vertiente subjetiva y objetiva de dicho principio–, lo que mayor controversia puede provocar, en

---

<sup>436</sup> Vid., TARDÍO PATO, J. A., *Los principios generales del Derecho*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 122 a 126.

<sup>437</sup> Nos hemos acogido a la traducción de CASTRESANA, A., *Fides, bona fides: un concepto para la creación del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1991 pp. 61 y 62, pues, como bien señala, el texto original nos dice que «*fundamentum est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constancia et veritas*». Vemos cómo se habla de *fides* y no de *fides bona*, aunque se puede interpretar, y así lo hace la autora citada, en el sentido de que se está haciendo alusión directa a la *fides bona*.

<sup>438</sup> FERREIRA RUBIO, D. M., *La buena fe. El principio general en el Derecho civil*, Montecorvo, Madrid, 1984, p. 83.

<sup>439</sup> LLOBET I AGUADO, J., *El deber de información en la formación de los contratos*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 13.

<sup>440</sup> BONFANTE, P., *Scritti Giuridici Varii*, Torino, 1926, p. 709. Dice el autor, en este sentido, «si dee concepire positivamente, richiedere cioè una convinzione positiva e assoluta, o negativamente, cioè come una mera assenza di mala fede».

<sup>441</sup> PAULO, *Digesto*, XVII, 2.3.3.

<sup>442</sup> CASTRESANA, A., Op. Cit., p. 65.

ocasiones, es precisamente determinar qué conductas se acomodan a dichas exigencias. Si bien tal circunstancia no debe ser considerada –o así lo creemos– como un obstáculo para el despliegue de sus efectos. Más bien al contrario, que el principio general de buena fe –ex artículos 7.1 CC– tenga la consideración de una norma en la que la ética y lo jurídico se encuentran, precisamente contribuye a la moralización de las relaciones económicas y, en consecuencia, al sometimiento de las mismas a la justicia<sup>443</sup>.

Pero, dada la dificultad que supone concretar el contenido exacto de dicho principio, esto implica lo que ya recalcó WIEACKER en cuanto a que «la ética social puede perfectamente establecer máximas *hic et nunc*, es decir, líneas directrices de la conducta social, pero no esquemas normativos de validez general bajo los cuales pueda subsumirse un determinado supuesto de hecho mediante juicios analíticos», de tal modo que para calificar una conducta como acorde al principio de buena fe, el juzgador habrá de valorarlo en cada caso concreto<sup>444</sup>. Por tanto, con la finalidad de respetar el principio de seguridad jurídica, se depende de que, en todo caso, la labor judicial se guíe «por hipótesis concretas o criterios jurisprudenciales claros»<sup>445</sup>. Así, sobre de la labor de interpretación que habrá de ser realizada por el juez, ésta tendrá que tener lugar tanto cuando nos encontramos ante el principio de buena fe como estándar de conducta –ex artículo 7.1 CC– como cuando el principio de buena fe opera como criterio integrador en las relaciones contractuales, conforme al artículo 1258 CC<sup>446</sup>.

Tal y como señala la STS de 25 de marzo de 2015 (Núm. 139/2015), «*las alegaciones al principio de buena fe, bien como delimitación del ejercicio de los derechos y deberes subjetivos (7.1 del Código Civil), o bien, como criterio de integración contractual (1258 del Código Civil) deben ser objeto de concreción al caso en donde resulten de aplicación*»; para lo cual, añadimos, será necesario tener en cuenta lo valores éticos y morales que rigen en cada momento histórico e, igualmente, atender a cada caso concreto, siguiendo el mandato contenido en el artículo 3.1 CC acerca de que las normas habrán de ser interpretadas teniendo en cuenta, entre otras cosas, «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas»<sup>447</sup>.

Dado que la buena fe es un principio ético-jurídico, se contribuye, además, a la *flexibilidad* del Derecho<sup>448</sup>. De acuerdo con la STS de 11 de mayo de 1992 (Núm. 482/1992) y la de 14 de mayo de 2002 (Núm. 439/2002), la buena fe como principio general es «*una noción omnicomprendensiva como equivalente al ejercicio o cumplimiento de los derechos de acuerdo con*

---

<sup>443</sup> Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., Op. Cit., p. 59.

<sup>444</sup> WIEACKER, F., *El principio general de buena fe*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 34 a 38.

<sup>445</sup> ROCA GUILLAMÓN, J., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo XVII, Vol. 1º-A, ALBALADEJO, M. / DÍAZ ALABART, S. (Dir.), Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, p. 447.

<sup>446</sup> GARCÍA VICENTE, J. R., Op. Cit., p. 9034.

<sup>447</sup> Al igual que ROCA GUILLAMÓN, Op. Cit., en relación al art. 7.1 CC, GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo I, Vol. I, ALBALADEJO, M. / DÍAZ ALABART, S. (Dir.), Revista de Derecho Privado, Madrid, 1992, p. 867, advierte de que el principio general de buena fe, al tratarse de una cláusula general, en ocasiones, ha propiciado que el juzgador, en vez de aplicar los valores que rigen en la sociedad de ese momento, haya incurrido en una concreción de la buena fe tomando como referencia sus criterios personales.

<sup>448</sup> LÓPEZ CÁNOVAS, Á., “La *bona fides* como límite en la contratación bancaria de productos complejos”, *Revista de Derecho Privado*, Reus, Núm. 4, julio-agosto 2015. p. 7.

*la propia conciencia contrastada debidamente con los valores de la moral, honestidad y lealtad en las relaciones de convivencia, de cuyas notas sobresale que se trata de una regla de conducta inherente al ejercicio o cumplimiento de los derechos, que se cohoneste con el fuero interno o conciencia del ejerciente y, por último, que se apruebe o sea conforme con el juicio de valor emanado de la sociedad».* Con esta sentencia se pone de nuevo de manifiesto la necesaria concreción del principio de buena fe conforme a la realidad social del momento *ex* artículo 3.1 CC.

Si la buena fe - artículo 7.1 CC-, se ha considerado que opera como modelo de conducta social y como factor moralizador en las relaciones obligacionales y contractuales, del artículo 1:201 de los *Principios del Derecho Europeo de Contratos* -PECL en lo sucesivo-, de formulación parecida a nuestro artículo 7.1 CC, se ha dicho que, según el supuesto ante el que nos encontremos, podría permitir la *suavización* del principio *pacta sunt servanda*<sup>449</sup>. Es decir, el mandato recogido en el artículo 1:201 PECL, según el cual «cada una de las partes debe actuar de acuerdo con la buena fe y la lealtad», supone una confirmación de la necesidad de recoger una norma en la que, con el referido carácter general, a la vez que ciertamente abstracto, se consagre el principio de buena fe en la totalidad de las relaciones jurídicas. Es más, como se puede comprobar, el referido artículo prescinde de los límites a la libertad contractual habituales en nuestra tradición jurídica como la moral y el orden público, adquiriendo todo el protagonismo el principio de buena fe<sup>450</sup>. Y, en este mismo sentido, el DCFR -*Draft Common Frame of Reference*-, I-1:103, prevé en su primer apartado que la expresión «buena fe» se refiere a un «estándar de conducta caracterizado por la honestidad, la transparencia y la consideración en los intereses de la otra parte de la transacción o de la relación en cuestión». En opinión de QUIÑONES ESCÁMEZ, la buena fe recogida en el DCFR «es un principio, si bien a la noción de principio no hay que darle el significado clásico o actual -v. gr. DWORKIN- propio a la teoría del derecho sino más bien en el sentido de un *soft law* parecido al de los *Principios europeos de los contratos* (Lando)»<sup>451</sup>.

Dado que el principio de buena fe es un principio inspirador, de él se derivan unos deberes de conducta que han de ser conforme a la moral, la honestidad, la honradez y la lealtad. De igual modo, la jurisprudencia ha identificado el deber de actuar de acuerdo con los valores citados con el deber llevar a cabo una conducta ética y, además, se relaciona con la idea de *confianza ajena* -

---

<sup>449</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. / ROCA TRÍAS, E. / MORALES, A. M., *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 155 y ss., acerca del art. 1:201 PECL.

<sup>450</sup> Señala ATAZ LÓPEZ, J., *Tratado de Contratos*, Tomo I, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 165 y 170 y 171. Por otro lado, como mero apunte, la relevancia y el carácter ético del principio de buena fe no se limita a los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno o que con mayor frecuencia se citan en los estudios de Derecho comparado. Por ejemplo, en el Código civil japonés, de notable influencia alemana y también francesa, el principio general de buena fe -信義誠実の原則- se encuentra recogido en su artículo 1.2 disponiendo que «los derechos se ejercerán y las obligaciones se cumplirán con lealtad y de acuerdo con las exigencias de la buena fe», -«権利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実に行わなければならない»-. Traducción de BARBERÁN, F. / DOMINGO, R., y la colaboración de HAYASHI, N., *Código Civil Japonés*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 61.

<sup>451</sup> Que, según QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*. Civitas, Cizur Menor, 2013, p. 986.

lo cual se refiere a la buena fe subjetiva y pone de relieve la relación entre una y otra vertiente del principio de buena fe-. Así, la buena fe objetiva se refiere al deber de observancia de unos especiales *deberes de conducta*, que se corresponde a una serie de normas o reglas que, objetivamente, se consideran las propias que responden a unos parámetros de *honradez* en las relaciones jurídicas entre privados<sup>452</sup>.

En definitiva, del principio general de buena fe derivan unos deberes específicos que, en todo caso, han de ser respetados en la fase precontractual. Entre dichos deberes, tal y como señala GARCÍA RUBIO, y como «manifestaciones de los reconocidos principios jurisprudenciales de autorresponsabilidad y confianza se encuentran los deberes de información, el deber de lealtad y, dependiendo del sistema de referencia, el de protección»<sup>453</sup> -aunque los aludidos deberes derivados del principio general de buena fe pueden ser también agrupados y reconducidos al deber de informar, en el sentido en que se expresa la STS de 5 de mayo de 2009 (Núm. 289/2009), «*resulta incuestionable que la buena fe, la lealtad contractual y los usos del tráfico exigían, en el caso, el deber de informar (SS. 11 de mayo de 1993; 11 de junio de 2003; 19 de julio y 11 de diciembre de 2006; 3 y 11 de julio de 2007; 26 de marzo de 2009)*»-.

Independientemente de que nos hallemos ante un supuesto de contratación por negociación o bien ante un contrato por adhesión, este plano ético del principio de buena fe, que nos lleva a examinar cada caso concreto, se encuentra íntimamente relacionado con la posible apreciabilidad de una conducta dolosa del artículo 1269 CC, puesto que la *insidia* de una de las partes contratantes *induce* a la otra a celebrar un contrato que de lo contrario no habría celebrado<sup>454</sup>. En este sentido, como recuerda la STS de 29 de septiembre de 2015 (Núm. 505/2015), «*en nuestro ordenamiento, el tratamiento jurídico del dolo contractual, conforme a la tipicidad legal que históricamente lo ha distinguido como vicio del consentimiento, cobra una clara especificidad en atención a su naturaleza de acto antijurídico, esto es, de conducta que infringe un deber jurídico y que resulta especialmente reprobable por vulnerar el principio de buena fe contractual que debe informar el curso de la formación del consentimiento contractual (STS de 14 de enero de 2014, núm. 537/2013)*». Por tanto, se evidencia el hecho de que el dolo vicio, además de suponer una falta de conocimiento por una de las partes contratantes -desvalor del resultado-, la consecuencia jurídica prevista para los supuestos de dolo vicio se justifica asimismo en el desvalor de la conducta llevada a cabo por el *deceptor*.

En lo que respecta al ámbito de la contratación por adhesión, es cierto que la buena fe opera sobre todo según su vertiente objetiva, lo cual responde a los fines tuitivos característicos de las normas sobre condiciones generales y cláusulas predispuestas. De una parte, dada la relación entre el principio de buena fe y los deberes de información -en la actualidad recogidos en numerosas normas sectoriales-, la importancia del principio general de buena fe en las relaciones contractuales es indiscutible. Pero cuando se trata de una relación caracterizada por la

---

<sup>452</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., Op. Cit., pp. 60 a 63.

<sup>453</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 43. Advierte la autora que los referidos deberes no se enumeran con pretensión de *numerus clausus*, por lo que pueden ser incluidos otros tantos dependiendo de los casos.

<sup>454</sup> Cabe mencionar, situados en este plano de lo ético, que la cuestión de los vicios del consentimiento puede ser considerada como el núcleo de la *ética contractual*. Vid., PÉREZ VARELA, V., *Derecho de consumo. Actas del Congreso Internacional sobre Derecho de consumo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 24.

predisposición del contenido contractual por una sola de las partes, como sucede en la contratación por adhesión, con más motivo se justifica la relevancia del principio de buena fe, en relación con la obligación de información<sup>455</sup>. Por otro lado, de acuerdo con MIQUEL GONZÁLEZ, acerca de este sentido objetivo de la buena fe, en relación al control de la abusividad de las condiciones generales y cláusulas predispuestas –control de contenido-, «aquí se trata de corregir mediante las exigencias de la buena fe (objetiva) las consecuencias de un supuesto de hecho formalmente correcto del que se derivaría una intangible vinculación contractual conforme a las reglas generales (artículos 1091 y 1255 CC)»<sup>456</sup>.

Considerando la contratación actual en su conjunto, cuando el principio de buena fe se materializa en la pretensión de procurar la correcta formación del consentimiento de las partes contratantes, esta circunstancia se pone de manifiesto no solo en aquellas controversias relativas a los vicios del consentimiento, sino también en cuanto a los controles propios de la contratación por adhesión. En este sentido, por ejemplo, en cuanto al control de transparencia recuerda la STS de 24 de enero de 2018 (Núm. 38/2018), que la falta de transparencia «*provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondría obtener el préstamo (...), lo que priva también al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado*»<sup>457</sup>.

Como puede comprobarse, se relaciona el principio general de buena fe con el aseguramiento de la comprensibilidad de las cargas jurídicas y económicas que el adherente asumiría en caso de celebrar el contrato; pues la finalidad del deber de transparencia o de comprensibilidad exigido en sede del control de transparencia, aplicándose a cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato es, según nuestra doctrina jurisprudencial, que el adherente tenga la posibilidad de comprender tanto la carga económica como la carga jurídica que derivan de la celebración del contrato. Así, el adherente debe poder conocer «*la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener*» -carga económica-, y también «*la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo*» -carga jurídica-.

## 2. Nociones doctrinal y jurisprudencial de dolo *in contrahendo*.

En nuestro ordenamiento jurídico el dolo se manifiesta de diversos modos, pudiéndose distinguir, en términos generales, dos grandes grupos. En primer lugar, el dolo como causa de responsabilidad -v. gr., artículos 457, 481, 1101, 1102, 1107, 1270 CC- y, en segundo lugar, como vicio del consentimiento -v. gr., artículos 673, 674, 1265, 1269 CC-.

---

<sup>455</sup> LLOBET I AGUADO, J., Op. Cit., pp. 38 a 40.

<sup>456</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. / DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Dir.), ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002, p. 935, respecto de la abusividad de las condiciones generales y cláusulas predispuestas.

<sup>457</sup> Entre nuestra jurisprudencia más reciente, las SSTs de 23 de enero de 2018 (Núm. 32/2018), de 17 de enero de 2018 (Núm. 25/2018), de 7 de noviembre de 2017 (Núm. 593/2017), de 5 de julio de 2017 (Núm. 423/2017), de 8 de junio de 2017 (Núm. 367/2017), de 25 de mayo de 2017 (Núm. 334/2017).

Según DE CASTRO, en nuestro Código civil el dolo se emplea, en primer lugar, «como calificativo de la conducta de quien causa un daño a otro por acción u omisión culposa (...) y por el incumplimiento de una obligación». En segundo lugar, el dolo se utiliza «como conducta sancionada específicamente con la privación de derechos hereditarios (...) y con la extinción de la acción de anulación de los contratos (...)». Y, por último, se halla «el dolo como vicio de la voluntad negocial (...)»<sup>458</sup>. Por otro lado, de acuerdo con la distinción que realiza COSSÍO, el dolo en nuestro Derecho civil se refiere al vicio del consentimiento tanto de contratos como de testamentos; en segundo término, el dolo tiene la consideración de «fuente de responsabilidad» y, finalmente, se manifiesta «como causa de pérdida de derechos hereditarios»<sup>459</sup>.

Tal como se ha puesto de manifiesto sucintamente, el término *dolo* tiene múltiples usos, en distintos contextos y con distinto alcance. Ciñéndonos al ámbito del Derecho contractual, la principal distinción se refiere al dolo como fuente de responsabilidad en la ejecución de los contratos -artículos 1101 y 1102 CC- y el dolo *in contrahendo*, dentro del cual se encuadran tanto el dolo causante, que implica la anulación del contrato, como el dolo incidental, referido al nacimiento de una obligación de resarcimiento por daños y perjuicios sin que conlleve la anulación del contrato afectado por el dolo vicio -artículos 1269 y 1270 CC respectivamente-<sup>460</sup>. Por este motivo, ofrecer un concepto unitario del dolo presenta gran dificultad, ya que engloba supuestos de hecho claramente diferenciados, de los cuales derivan consecuencias jurídicas también claramente diferenciadas, incluso cuando la cuestión se refiere en exclusiva a la materia contractual.

En este sentido, sostiene CARRASCO que los intentos en proporcionar un concepto unitario de dolo no alcanzaron los resultados deseados, puesto que lo que se terminaba obteniendo es una definición que puede considerarse vacía de contenido, dada su mera equiparación a la mala fe o, de otra parte, únicamente se referiría a una de las manifestaciones del dolo, entendido como fraude o engaño, propio del dolo vicio.

Efectivamente, al tratar la cuestión relativa a la buena fe, hicimos referencia a que «*fides bona contraria est fraudi et dolo*»<sup>461</sup>. Por lo que, con frecuencia, el dolo ha sido entendido como «toda sorpresa, engaño, astucia, fingimiento, y todo otro medio depravado de que se vale alguno para engañar a otro»<sup>462</sup>. Asimismo, se ha considerado como equivalente a la mala fe y, a su vez, en palabras de Díez-Picazo, como contravención de «la noción ética de buena fe»<sup>463</sup>. Pero, como decíamos, el concepto de dolo *in contrahendo* necesita una mayor concreción que la mera equiparación general a la mala fe o la referencia a la contravención del principio general de buena fe.

El dolo se puede manifestar como sinónimo de mala fe cuando se contraviene lo dispuesto por el artículo 7.1 CC –principio general de buena fe–; no obstante, lo único que

---

<sup>458</sup> Según DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, Vol. III, Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 145. En el mismo sentido, LLOBET I AGUADO, J., *Op. Cit.*, pp. 127 y 128.

<sup>459</sup> DE COSSÍO CORRAL, A., *El dolo en el Derecho civil*, Comares, Granada, 2005, pp. 19 y 20.

<sup>460</sup> De acuerdo con CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 332.

<sup>461</sup> PAULO, *Digesto*, XVII, 2, 3, 3.

<sup>462</sup> DOMAT, J., *Las leyes civiles en su orden natural*, Tomo I, José Taudo, Barcelona, 1844, p. 370.

<sup>463</sup> Díez-Picazo y Ponce de León, L., *Op. Cit.*, p. 198.



comparten los artículos 7 y 1269 CC es «el desvalor de la conducta»<sup>464</sup>. Dicho lo cual, ha de añadirse que la equiparación del dolo a la mala fe resulta del todo insuficiente, pues el concepto de mala fe es de una amplitud equiparable al de buena fe. De esta manera, es cierto que el dolo implica la realización de un acto de mala fe, si bien no todo acto de mala fe será encuadrable dentro de la figura del dolo. En este sentido, para LLOBET I AGUADO que el dolo se identifique con la mala fe solo sería *construcción* válida en apariencia, ya que «técnicamente hablando, esta acepción genérica de dolo debe ser rechazada, pues puede darse perfectamente mala fe sin que medie dolo, simplemente por no concurrir la creencia o confianza adecuada para que exista la buena fe, ya que aquélla es un concepto puramente negativo»<sup>465</sup>.

A la hora de elaborar un concepto sobre el dolo vicio del consentimiento es frecuente recurrir a la idea del engaño. Un engaño como resultado del empleo de palabras o maquinaciones insidiosas por una de las partes contratantes para así captar la voluntad de la otra. Para DÍEZ-PICAZO, «la nota central del concepto de dolo aplicada al momento de la formación de la voluntad contractual (dolo *in contrahendo*) es la insidia. La insidia consiste en una asechanza o un artificio empleado con el fin de producir en otra persona un engaño»<sup>466</sup>. Por su parte, según CASTÁN el dolo causante es aquella «maquinación o artificio de que se sirve uno de los contratantes para engañar al otro», cuyo engaño «determina la celebración del contrato»<sup>467</sup>.

Pues bien, si las definiciones anteriores aluden a la insidia o artificio como medio para la captación de la voluntad negocial de quien ha sido engañado, también se hallan dentro de nuestra doctrina definiciones en las que se prescinde de dicha referencia a la insidia, admitiendo un elenco más variado de actuaciones que pueden desencadenar la apreciación de dolo vicio. En este sentido, DE CASTRO apuntaba que «el concepto de dolo, como engaño que induce al error del declarante, ha sido aceptado de modo tan general (...). Sin embargo, (...), se consideran viciados por dolo negocios jurídicos en los que no hubo error, sino indebida influencia sobre la voluntad de quien declara»<sup>468</sup>. Nos situamos en este caso ante un concepto de dolo centrado en el desvalor del resultado –la *indebida influencia sobre la voluntad de quien declara*– ampliando el catálogo de conductas que pueden provocar dicho resultado. En este sentido, acerca del significado de las palabras o maquinaciones insidiosas del artículo 1269 CC, la STS de 28 de septiembre de 2011 (Núm. 658/2011), sostiene que, efectivamente, dicho concepto «*presenta una considerable*

---

<sup>464</sup> CARRASCO PERERA, Á., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo XV, Vol. 1º, ALBALADEJO, M. (Dir.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989, p. 450. En este mismo sentido, ROJO AJURIA, L., *El dolo en los contratos*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 98 y ss. Y, en el ámbito del Derecho penal, VALLE MUÑIZ, J. M., *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 40, señala que la identificación del dolo con el engaño se trata de una confusión que ya se puede considerar *superada* «y, en consecuencia, trasnochada la homonimia apuntada».

<sup>465</sup> En este sentido, LLOBET I AGUADO, J., *Op. Cit.*, p. 129, entiende que «cabe hablar de un concepto genérico de dolo, configurado como concepto contrario a la buena fe. Esta construcción, con todo, resulta excesiva, pues sólo en apariencia se puede identificar al dolo con la mala fe».

<sup>466</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Op. Cit.*, p. 199.

<sup>467</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, Tomo III, Reus, Madrid, 2008, p. 649.

<sup>468</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *Op. Cit.*, pp. 148 y 149, al respecto, argumenta el autor: «(...) precisamente la utilización del engaño limitado al error, como carácter esencial del dolo, se encuentra en la definición de Servio, que es la criticada por Labeón; y esta es una crítica que hace suya Ulpiano. En la definición de Labeón, la calificada de verdadera por Ulpiano, se moteja de dolosa toda astucia, engaño o maquinación dirigida a jugársela, hacer caer o engañar a otro; es decir, se emplea una serie de vocablos, más o menos sinónimos, pero con los que se amplía el ámbito del dolo, hasta comprender cualquier maquinación dolosa; (...)».

*amplitud en cuanto ha de comprender todas aquellas actuaciones de uno de los contratantes dirigidas a obtener el consentimiento por parte del otro que, sin ellas, no habría prestado».*

En términos parecidos a la anterior noción de dolo vicio, CARRASCO define el dolo como «sinónimo de insidia, de engaño, en la fase de formación del contrato. Pero su patología como vicio de la voluntad no procede del desvalor que merece esta conducta del agente, sino de que la misma ha servido para captar la voluntad del engañado»<sup>469</sup>. Con esta definición de CARRASCO, si bien no se prescinde de la noción de engaño, nos situamos ante un concepto de dolo vicio cuyo rasgo principal es el resultado obtenido de la conducta insidiosa, esto es, el engaño de la contraparte y, en consecuencia, haciendo prevalecer el desvalor del resultado sobre el desvalor de la conducta del *deceptor*. De manera que este último concepto parece situarse a mitad de camino entre la posición doctrinal que relaciona la insidia, el engaño y sus efectos sobre la contraparte, y, por otro lado, la definición aportada por DE CASTRO en cuanto a que el elemento esencial en el dolo «in contrahendo» es la *indebida influencia sobre la voluntad de quien declara*, aceptándose el empleo de cualquier medio que pueda provocar dicho resultado.

Por último, en nuestra doctrina se hallan distintas definiciones del dolo vicio en las que se emplea el término «conducta ilícita» como causante del vicio de la voluntad. De forma que se prescinde de la referencia expresa a la insidia o el engaño, decantándose por el empleo de expresiones como *conducta ilícita* o *ilícito civil*, que implican una referencia directa a la infracción de una norma o deber jurídicos. Así, por ejemplo, MORALES MORENO considera que «el dolo vicio del consentimiento consiste, pues, en nuestro ordenamiento, en una conducta ilícita de un contratante que provoca el resultado de la captación de la voluntad del otro»<sup>470</sup>. Del mismo modo, MARÍN LÓPEZ entiende que «existe dolo cuando la conducta ilícita de un contratante provoca una captación de la voluntad del otro (...). El bien jurídico protegido es la libertad del contratante, que queda debilitada al haber sido captada su voluntad por el otro contratante»<sup>471</sup>. Y, por último, GARCÍA VICENTE define el dolo indicando que éste «se sustancia en una infracción o violación de la buena fe en su sentido objetivo, es decir, es una conducta desleal, impropia de un hombre honrado, es una particular conducta ilícita que vulnera la libertad negocial y que merece reproche con independencia de que cause una lesión»<sup>472</sup>.

En consecuencia, desde DE CASTRO a GARCÍA VICENTE, se van añadiendo elementos al concepto de dolo vicio, partiendo de la ilicitud de una conducta contraria al principio de buena fe objetiva y que atenta contra la libertad negocial<sup>473</sup>. Ahora bien, al incluir las referencias a la infracción del principio general de buena fe y la vulneración de la libertad negocial, se pone el foco tanto en el desvalor de la acción como en el desvalor del resultado, ya que ambos se

---

<sup>469</sup> CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 331.

<sup>470</sup> MORALES MORENO, A. M., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo XVII, Vol. 1º-B, ALBALADEJO, M. / DÍAZ ALABART, S., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, p. 381.

<sup>471</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de Contratos*, Tomo I, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 563.

<sup>472</sup> GARCÍA VICENTE, J. R., *Comentarios al Código Civil*, Tomo VII, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.) Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9122.

<sup>473</sup> Sobre la libertad negocial, LLOBET I AGUADO, J., Op. Cit., 128, entiende que la sanción del dolo vicio responde a los siguientes motivos: por un lado, cuando la voluntad queda viciada por dolo, se produce la coartación de la libertad de la contraparte; y, en segundo lugar, «impide una declaración de voluntad veraz porque el contratante padece error».

constituyen como elementos definidores de la figura del dolo «in contrahendo». De hecho, precisamente la importancia del desvalor de la acción es lo que distingue el dolo del error vicio, como bien se puso de manifiesto en la STS de 1 de junio de 2016 (Núm. 358/2016), «*el dolo se distingue del error en la conducta insidiosa del agente, en la maquinación o astucia, ya sea activa o pasiva, del que induce al otro a contratar*», continuando la referida sentencia que tal malicia es lo que «*resalta la gravedad del dolo y que no debe confundirse con el ánimo de perjudicar*». Es decir, el dolo es un error provocado<sup>474</sup>.

En definitiva, estas definiciones de dolo *in contrahendo* integran sus dos elementos claramente diferenciados y de igual relevancia, puesto que, a falta de uno alguno de ellos, no sería apreciable dolo vicio alguno. Por un lado, un elemento objetivo que se refiere a la conducta ilícita y, por otro, se halla un elemento subjetivo que hace alusión al resultado que se deriva de dicha conducta ilícita, esto es, la voluntad viciada<sup>475</sup>.

Los elementos antes reproducidos se concretan en una serie de requisitos que se enumeran, por ejemplo, en la STS de 1 de junio de 2016 (Núm. 358/2016) señala que «*la jurisprudencia suele exigir para la apreciación de este vicio del consentimiento los siguientes requisitos: i) una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la declaración negocial, mediante palabras o maquinaciones adecuadas; ii) la voluntad del declarante deber haber quedado viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño; iii) esta conducta debe ser determinante de la declaración; iv) el carácter grave de la conducta insidiosa; y v) el engaño no debe haber sido ocasionado por un tercero, ni empujado por las dos partes (recogida en la SSTs de 11 y 12 de junio de 2003)*». De esta forma, además de la conducta ilícita y de provocar un vicio de la voluntad en la contraparte, es imprescindible que el dolo provenga de una de las partes contrapartes –no de un tercero ajeno al contrato– y que no haya sido empleado por ambas partes, en cuyo caso el dolo de una las partes compensaría el dolo de la otra. Además de la alusión de la gravedad de la conducta insidiosa y de sus efectos sobre la parte afectada, pues en este punto es donde nos encontramos con la distinción entre dolo causante y dolo incidental.

### **3. Error como vicio del consentimiento y su distinción respecto del dolo *in contrahendo*.**

#### *3.1. Concepto y requisitos del error vicio.*

Desde una perspectiva conceptual, al igual de lo que ocurre con el dolo, aunque en bastante menor medida, en nuestro Código Civil se prevé una serie de artículos que hacen referencia al error con diversos significados según los supuestos a los que se refiera. Como muestra, el artículo 773 CC recoge el error *in personam* acerca de la institución de heredero o el

---

<sup>474</sup> ROJO AJURIA, L., Op. Cit., p. 225; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “El dolo in contrahendo”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 16/2006, p. 1.

<sup>475</sup> MORALES MORENO, A. M., Op. Cit. p. 381 y ROJO AJURIA, L., Op. Cit., pp. 101 y 102, recogiendo la distinción realizada por TRABUCCHI, A., *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, CEDAM, Padova, 1937, p. 169, en tanto que «nel significato di inganno, quando se ne parla a proposito dei vizi del volere, il dolo consiste in qualunque raggirio o artificio adoperato per indurre altri a consentire: dolo non han quindi soltanto un senso soggettivo, come qualificazione dell’agire, ma, contemporaneamente, ha anche un senso oggettivo e materiale, comprendente l’attività stessa diretta a porre in essere i mezzi esterni ingannatori».

supuesto del cobro de lo indebido contemplado en los artículos 1895 y siguientes CC. Pero ciñéndonos al error como vicio del consentimiento en materia contractual, la anulabilidad del contrato por error se encuentra regulado en el artículo 1266 CC –aparte de estar así reconocido, en primer lugar, en el artículo 1265 CC–, en el que se distinguen tres supuestos diferentes –error sobre el objeto, sobre la persona y de cuenta, aunque «el simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección»-.

Sobre el concepto de error vicio, según DÍEZ-PICAZO, «el error consiste en una equivocada o inexacta creencia o representación mental que sirve de presupuesto para la realización de un acto jurídico»<sup>476</sup>, esto es, en cuanto al error vicio, tal equivocación sirve de presupuesto para la celebración de un contrato determinado. Por su parte, CASTÁN considera que el error es «el conocimiento falso de una cosa o de un hecho, y en su aplicación al contrato puede recaer sobre la declaración o sobre la formación de contenido de la voluntad»<sup>477</sup>. Otras definiciones de error vicio, en la mismas línea que las anteriores, son la de MARÍN LÓPEZ, que define el error como la «falsa representación mental de la realidad por parte de un sujeto que afecta a la formación de su voluntad, de modo que, de no haber incurrido en el mismo, aquél no hubiera celebrado el contrato, o no en esas condiciones»<sup>478</sup>; y, por otro lado, CARRASCO entiende que «el error vicio del consentimiento contractual, que consiste en que el contratante presta su consentimiento bajo la representación de un estado de cosas que no es cierto»<sup>479</sup>. Se aprecia, de este modo, que en cuanto a la definición del error no se dan las diferencias, o a veces matices, entre las distintas concepciones del error a diferencia de lo que ocurre respecto del dolo vicio –dada la preeminencia del desvalor de la conducta o bien del desvalor del resultado según la definición por la que se opte sobre el dolo «in contrahendo»-.

Pues bien, en el caso del error vicio y en lo que respecta a la causa por la cual el consentimiento contractual adolece de un vicio invalidante, tal y como pone de relieve la STS de 29 de septiembre de 2015 (Núm. 505/2015), «*el error no es producto de un acto antijurídico de una de las partes, sino que puede obedecer a múltiples razones, entre otras, a deficiencias o ambigüedades de la negociación llevada a cabo, o ser incluso consecuencia de la culpa del mismo equivocado*». Así, aunque en ambos casos –dolo y error- una de las partes contratantes presta su consentimiento habiendo formado su voluntad negocial con base en una equivocación o falsa representación, la diferencia entre ambas figuras se encuentra en la causa de dicha equivocación, de manera que, en contraste con el dolo, el error no requiere de conducta antijurídica alguna.

Otra diferencia entre ambas figuras es que en el caso del error, cuando así es apreciado en un supuesto determinado, no se pretende la imputación de responsabilidad, sino que las consecuencias jurídicas que se derivan de su apreciación tienen por finalidad la distribución del riesgo<sup>480</sup>. En cambio, en la misma sentencia antes citada, a propósito del dolo vicio e incidiendo en su antijuricidad, se dice de manera bastante ilustrativa que «*el tratamiento jurídico del dolo*

---

<sup>476</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., Op. Cit., p. 207.

<sup>477</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., Op. Cit., p. 641.

<sup>478</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J., Op. Cit., pp. 574 y 575.

<sup>479</sup> CARRASCO PERERA, Á., Op. Cit., p. 273.

<sup>480</sup> MORALES MORENO, A. M., Op. Cit., p. 302.

*contractual, conforme a la tipicidad legal que históricamente lo ha distinguido como vicio del consentimiento, cobra una clara especificidad en atención a su naturaleza de acto antijurídico, esto es, de conducta que infringe un deber jurídico y que resulta especialmente reprochable por vulnerar el principio de buena fe contractual que debe informar el curso de la formación del consentimiento contractual».*

Pues bien, dándose los requisitos necesarios para la apreciación de dolo *in contrahendo*, la anulación del contrato se fundamenta, entre otras cosas, en la conducta antijurídica antes mencionada –una de las partes contratantes ha engañado a la contraparte para la celebrar un contrato que, de otro modo, sin ese engaño, no se habría celebrado-. Sin embargo, siguiendo a MORALES MORENO, en el error se plantea un conflicto de intereses entre la parte que intenta hacer prevalecer ese error, de manera que el contrato se declare ineficaz, y la contraparte que habrá de soportar las consecuencias de la referida ineficacia. En consecuencia, habida cuenta de que ninguna de las partes ha llevado a cabo acto ilícito alguno, pero una de ellas prestó su consentimiento habiendo incurrido en error, se plantea entonces la necesidad de proporcionar una solución a esta clase de situaciones de manera que sea tenida en cuenta la protección del error de quien lo sufre, pues su consentimiento se halla viciado, y la protección de la confianza de quien habría de soportar la anulación del contrato afectado por el error de la contraparte. De ahí que las consecuencias jurídicas derivadas del error vicio respondan a la necesidad de la debida distribución del riesgo<sup>481</sup>.

Para el reconocimiento del error vicio invalidante del contrato celebrado, coinciden tanto doctrina como jurisprudencia en que, en todo caso, han de concurrir dos requisitos: que el error sea esencial y, a su vez, excusable<sup>482</sup>.

Acerca de la esencialidad del error, el propio artículo 1266 CC prevé que el error «deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo». Y, por otro lado, cuando el error recaiga sobre la persona, esta circunstancia implicará la anulación del contrato «cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo» -pensemos, por ejemplo, en las obligaciones personalísimas-. En consecuencia, se produce la equiparación entre esencialidad y relevancia<sup>483</sup>. En la STS de 17 de junio de 2016 (Núm. 411/2016) se recuerda que «*la jurisprudencia ha exigido que el error sea esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de*

---

<sup>481</sup> MORALES MORENO, A. M., Op. Cit., pp. 232 y 233.

<sup>482</sup> Aparte de la esencialidad y de la excusabilidad, puede incluirse un tercer requisito, la *recognoscibilidad*. En palabras de CARRASCO PERERA, Á., Op. Cit., pp. 291 y 292, este elemento «es un reproche que se hace al destinatario (del error)», si bien nos hallamos ante un requisito de carácter adicional en el *juicio de excusabilidad*. Al respecto, de VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Algunas reflexiones en torno a la excusabilidad y recognoscibilidad del error en los contratos”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. L, Núm. 3, 1997, p. 1244, puso de manifiesto que «en la doctrina que ha acogido el requisito de la recognoscibilidad como una exigencia de la necesidad de tutelar la confianza del destinatario en la declaración ajena es posible distinguir dos tesis distintas, según que conciben el requisito de la recognoscibilidad, como, excluyente, o, por el contrario, como conciliable con el de la excusabilidad».

<sup>483</sup> MORALES MORENO, A. M., Op. Cit., p. 276; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., Op. Cit., p. 213; CARRASCO PERERA, Á., Op. Cit., p. 290.

*causa concreta o de motivos incorporados a la causa*». Esta misma idea se resume en la STS de 29 de marzo de 2016 (Núm. 195/2016), al entender que el error es sustancial cuando recae «sobre los elementos esenciales que determinaron la prestación del consentimiento».

Aunque el requisito relativo a que el error haya de ser esencial pueda plantear el problema de determinar qué es lo que la parte que se ha visto afectada por el error tuvo en cuenta de manera decisiva para la celebración del contrato, entendemos que, al igual que con respecto al dolo vicio, la solución más adecuada sería el acogimiento de la doctrina del control de contenido en la contratación por adhesión, distinguiendo entre el objeto principal del contrato y los aspectos *accesorios* del mismo –artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE<sup>484</sup>-. De tal modo, se salvarían las dificultades que plantean la determinación de la causa del contrato o la causa concreta del mismo.

Aunque en nuestra doctrina el trabajo realizado por DE CASTRO acerca de dicha cuestión ciertamente arroja luz a la dificultad que plantea la propia delimitación conceptual de la causa del contrato, que casi por inercia termina en la noción de la causa concreta, a nuestro juicio, el recurso a la distinción del citado artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE pondría fin a los problemas de tipo práctico que se manifiestan en la valoración de la concurrencia del error vicio. No se trata de negar el valor de la causa como elemento esencial de los contratos ni tampoco atribuirle una *inutilidad conceptual*<sup>485</sup>, sino que, dadas las circunstancias, la labor de determinación de la esencialidad del error se vería evidentemente favorecida por la asimilación de la distinción que se realiza en la contratación por adhesión entre las cláusulas que definen el objeto del contrato y las que recogen cuestiones no esenciales o accidentales.

La invalidez del contrato por error requiere a su vez la excusabilidad del mismo por quien lo padece, requisito que no aparece como tal en el artículo 1266 CC, pero exigido por la doctrina jurisprudencial fundamentándose, principalmente, en el principio general de buena fe<sup>486</sup> y en que la ausencia de dicho requisito implicaría cierta inseguridad jurídica, «sometiendo al contratante que razonablemente ha confiado en la validez de la declaración el riesgo de que el negocio pueda ser impugnado en virtud de un error oculto del declarante»<sup>487</sup>.

El juicio acerca de la excusabilidad del error se ha basado en la determinación del grado de diligencia empleada por la parte contratante que ha sufrido el error; por tanto, se trata de averiguar si el contratante que ha errado ha de asumir o no las consecuencias derivadas de dicho error, partiendo de la base de que el contrato, en principio, desplegará todos sus efectos –principio *pacta sunt servanda*- y la anulabilidad del contrato por error tiene la consideración de medida excepcional. De ahí su relación con el principio de buena fe, pues se pretende proteger al contratante que ha empleado la diligencia debida y, no obstante, el consentimiento prestado adolece de error relevante. En consecuencia, gracias a dicho requisito el ordenamiento jurídico

---

<sup>484</sup> Vid. *Infra*.

<sup>485</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *Op. Cit.*, pp. 185 y ss.

<sup>486</sup> Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Op. Cit.*, p. 215; MORALES MORENO, A. M., *Op. Cit.*, p. 292; MARÍN LÓPEZ, M. J., *Op. Cit.*, p. 579.

<sup>487</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., *Op. Cit.*, p. 1226.

reaccionará ante los supuestos de error en los que la parte que ha errado merezca el reconocimiento de la facultad de anular el contrato en su caso<sup>488</sup>.

Sin embargo, aunque la valoración de la excusabilidad del error descansa en los criterios subjetivos de imputación, esto es, la diligencia empleada por las partes contratantes, CARRASCO pone de relieve que en la práctica es necesario recurrir a otros factores para poder proceder a la determinación de la referida excusabilidad. Así, en este sentido, afirma que «diligencia y excusabilidad no se sitúan en planos simétricos, y la primera no es más que uno de los factores concurrentes que pueden determinar el juicio de excusabilidad». De acuerdo con el autor citado, las situaciones en las que el error es excusable son: en primer lugar cuando el error «es provocado por el dolo o por el *hecho propio* de la otra parte»; en segundo lugar, «cuando la parte no afectada por el dolo conocía o pudo fácilmente conocer que la otra parte erraba esencialmente, y no le desveló dicho error; y, por último, «cuando la parte no afectada por el error estaba sujeto a un deber legal de suministrar determinada información, no lo hace –o no lo hace de modo adecuado– y es este incumplimiento el que conduce a la otra parte a un error esencial»<sup>489</sup>.

### 3.2. El «error provocado» en el límite entre error y dolo.

Tomando en consideración nuestra jurisprudencia, sobre todo en cuanto a las controversias surgidas en el sector financiero, se da la circunstancia de que el error apreciado por nuestros jueces y tribunales suele ser aquél derivado del incumplimiento de los deberes de información. Nos referimos, pues, al denominado «error provocado».

En palabras de MORALES MORENO, «provocar el error significa que un contratante ha suscitado en el otro confianza (justificada) acerca de los hechos a los que el error se refiere»<sup>490</sup>. De acuerdo con el autor citado, a la hora de determinar si se ha producido o no esta modalidad de error, habrá de tenerse en cuenta la conducta tanto de quien ha provocado el error como la de quien lo sufre. De este modo, quien provoca el error tendrá que haber generado confianza en la otra parte contratante, sin que se exija la concurrencia de dolo ni negligencia en el agente provocador del error. Asimismo, es necesario averiguar si quien padeció el error tenía razones que justifiquen su confianza. Esto significa que se deberá entrar a valorar si quien sufrió el error actuó con la debida diligencia, tomando en consideración las circunstancias de cada caso –artículo 1104.1º CC-<sup>491</sup>.

El error provocado no requiere, como se ha señalado, que en la conducta llevada a cabo por el contratante que provoca el error concurren ni dolo ni negligencia. Pues bien, cuando una de las partes incumple los deberes de información, bien omitiendo información relevante o no proporcionándola de forma adecuada, se plantea la duda sobre si el consentimiento ha sido viciado por error o por dolo.

---

<sup>488</sup> Destaca, al respecto, el trabajo de MORALES MORENO, A. M., Op. Cit., pp. 292 y ss., citando, entre otros: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., Op. Cit., pp. 215 y 216; ROJO AJURIA, L., Op. Cit., p. 194.

<sup>489</sup> CARRASCO PERERA, Á., Op. Cit., p. 291.

<sup>490</sup> MORALES MORENO, A. M., Op. Cit., p. 302.

<sup>491</sup> MORALES MORENO, A. M., Op. Cit., pp. 302 y 303.

Que el error haya de ser excusable para que implique la anulación del contrato por error vicio lleva a que el incumplimiento de los deberes de información sea tenido presente a la hora de determinar la referida excusabilidad. Según la STS de 1 de febrero de 2018 (Núm. 54/2018), *«el elemento determinante de la existencia de error vicio es, en estos casos, el déficit de información del cliente provocado porque la empresa de inversión que actúa como comercializadora ha incumplido las obligaciones de información sobre la naturaleza y los riesgos del producto de inversión que le impone la normativa sobre el mercado de valores»*. En estos supuestos en los que se ha apreciado error vicio, la excusabilidad del error se ha justificado principalmente en el incumplimiento de los deberes de información por la otra contraparte.

No obstante, a pesar de la fundamentación de la excusabilidad del error dado el referido incumplimiento de los deberes de información, son numerosas las sentencias en las que se advierte de que tal incumplimiento no lleva de manera automática a constatar la existencia de error vicio, sino que, en todo caso, permite presumirlo -el error se conforma de dos elementos fundamentales: la excusabilidad y la esencialidad-.

Según el criterio jurisprudencial que se ha venido siguiendo en las controversias surgidas en relación a contratos sobre productos financieros, dada la asimetría informativa que se pone de manifiesto entre las partes contratantes –como en la contratación de consumo o en la del sector financiero-, se han previsto unos deberes de información que tienen por finalidad procurar la comprensión de las características y riesgos inherentes del objeto del contrato. De esta forma, cuando tal asimetría se evidencia y se da el incumplimiento de tales deberes, se presume el error vicio –solo se presume-, admitiéndose prueba en contrario por el agente provocador del error – STS de 24 de enero de 2018 (Núm. 37/2018)<sup>492</sup>-.

Ahora bien, debido a que los deberes de información legalmente previstos son de carácter imperativo, de manera que su incumplimiento nos sitúa frente a un ilícito civil<sup>493</sup>, entendemos que esta circunstancia debería derivar en la determinación de si en dicho incumplimiento ha mediado dolo o culpa grave –una gravedad determinada por la condición de profesional de quien estaba obligado a suministrar la información conforme a lo previsto en nuestro ordenamiento jurídico-. Porque cuando el error ha sido provocado de este modo es cuando nos encontramos en el límite entre el error y el dolo. Para que concurra dolo, aparte del incumplimiento de un deber o

---

<sup>492</sup> Entre otras, las SSTS de 20 de enero de 2014 (Núm. 840/2013); de 7 de julio de 2014 (Núm. 384 y 385/2014); de 8 de julio de 2014 (Núm. 387/2014); de 8 de septiembre de 2014 (458/2014); de 10 de septiembre de 2014 (Núm. 460/2014); de 15 de diciembre de 2014 (Núm. 688/2014); de 26 de febrero de 2015 (Núm. 110/2015); de 15 de septiembre de 2015 (Núm. 491/2015); de 15 de octubre de 2015 (Núm. 563/2015); de 20 de octubre de 2015 (Núm. 547/2015); de 25 de noviembre de 2015 (Núm. 675/2015); 26 de noviembre de 2015 (Núm. 631/2015); de 30 de noviembre de 2015 (Núm. 676/2015); de 9 de diciembre de 2015 (Núm. 670/2015); de 17 de diciembre de 2015 (Núm. 741/2015); de 18 de diciembre de 2015 (Núm. 742/2015); de 29 de diciembre de 2015 (Núm. 747/2015); de 4 de febrero de 2016 (Núm. 32/2016); de 12 de febrero de 2016 (Núm. 63/2016); de 29 de marzo (Núm. 195/2016); de 8 de abril de 2016 (Núm. 235/2016); de 11 de mayo de 2016 (Núm. 310/2016); de 3 de junio de 2016 (Núm. 380/2016); de 20 de julio de 2016 (Núm. 510/2016); de 30 de julio de 2016 (Núm. 580/2016); de 5 de octubre de 2016 (Núm. 595/2016); de 20 de diciembre de 2016 (Núm. 733/2016); de 2 de febrero de 2017 (Núm. 66/2017); de 17 de febrero de 2017 (Núm. 105/2017); de 22 de marzo de 2017 (Núm. 195/2017); de 11 de julio de 2017 (Núm. 433/2017); de 7 de noviembre de 2017 (Núm. 591/2017); de 24 de noviembre de 2017 (Núm. 641/2017); de 18 de diciembre de 2017 (Núm. 682/2017); de 20 de diciembre de 2017 (Núm. 692/2017).

<sup>493</sup> Vid. Infra.



una norma jurídica y del error en que incurre la parte afectada por el vicio del consentimiento, quedaría por determinar si el incumplimiento de los deberes de información ha sido de manera intencionada –*animus decipiendi*–.

Bien es cierto que en la valoración de la excusabilidad del error se toman consideración factores distintos a los necesarios para la determinación de la concurrencia de dolo vicio. En el caso del error, se examinan las conductas llevadas a cabo tanto por el contratante que provoca el error como la del contratante que ha errado. En cambio, en el dolo vicio es requisito indispensable la intencionalidad del que engaña al otro para que celebre un contrato que de otro modo no habría celebrado. Al respecto, según ROJO, «la alternativa entre contratante deshonesto y contratante confiado no es la misma que se plantea entre contratante diligente y contratante negligente»<sup>494</sup>.

Dado el elemento subjetivo requerido para la observancia de dolo *in contrahendo*, de difícil prueba, es frecuente que las pretensiones de anular un contrato por un vicio del consentimiento cuando se ha producido un incumplimiento del deber de información se fundamenten en el artículo 1266 CC –error vicio- en lugar de los artículos 1269 y 1270 CC –dolo vicio-. No cabe duda de que la actividad probatoria en el caso del error como vicio del consentimiento plantea menos dificultades que el supuesto del dolo *in contrahendo*. Y, a fin de cuentas, tanto en uno como en otro caso se procedería a la anulación del contrato y a la aplicación del artículo 1303 CC –restitución de lo percibido con motivo del contrato anulado–.

## II. ELEMENTO OBJETIVO DEL DOLO *IN CONTRAHENDO*. LA CONDUCTA ILÍCITA.

### 1. Concepto de ilícito civil. El dolo vicio como ilícito precontractual

A propósito de la ilicitud civil y su relación con el principio de buena fe, de acuerdo con la STS de 5 de abril de 1991 (Núm. 257/1991), «*la buena fe ha de considerarse siempre desde la óptica de la reciprocidad de las conductas de las diversas partes integradas en una común relación jurídica, y su exigibilidad se proyecta sobre lealtades de unos con relación a otros, y viceversa, de tal manera que ha de entenderse que los comportamientos contrarios a la buena fe lo son también al Derecho por su ilicitud y alteración que representa de la recta y adecuadas convenciones sociales*». En el fragmento de la sentencia reproducida se determina la relación entre ilicitud y vulneración del principio de buena fe, lo cual se relaciona con el dolo vicio en tanto que tiene por origen un acto contrario al principio de buena fe –aunque, como hemos apuntado anteriormente, el concepto de dolo *in contrahendo* no se agota en su consideración como acto contrario a la buena fe–.

He aquí un elemento común a todas las manifestaciones del dolo civil: su consideración como ilícito, el cual puede definirse como «la violación de las disposiciones del orden jurídico»<sup>495</sup>. Pues bien, dado que el dolo vicio no solo es un acto contrario al principio de buena fe, es precisa una mayor concreción dada la amplitud de dicho principio. En relación al dolo «*in contrahendo*»,

---

<sup>494</sup> ROJO AJURIA, L., Op. Cit., p. 194.

<sup>495</sup> VON TUHR, A., *Derecho civil*, Vol. III, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 413. En este mismo sentido, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, Tomo I, Vol. II, Reus, Madrid, 2007, p. 628.

especificando la causa que lo origina, nos hallamos ante una conducta dolosa que se encuentra formada por dos elementos diferenciados.

Desde un punto de vista objetivo, la conducta dolosa se caracteriza por la ilicitud de la conducta, consistente en el empleo de palabras o maquinaciones insidiosas –conducta positiva-. No obstante, a pesar de que el artículo 1269 CC hace referencia únicamente a una conducta positiva, tanto por nuestra doctrina como por nuestra jurisprudencia es admitido el dolo omisivo o dolo negativo, el cual consiste en la «reticencia u ocultación maliciosa de alguna información que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y las exigencias de la buena fe, el contratante que guarda silencio debía hacer comunicado al otro»<sup>496</sup>.

Por otro lado, desde una perspectiva subjetiva, se requiere que dicha actuación haya sido realizada con el propósito de engañar<sup>497</sup>; por tanto, nos situamos ante una «realización consciente y voluntaria de un acto antijurídico»<sup>498</sup>. De este modo, el dolo vicio no incluye entre sus elementos subjetivos el propósito de provocar un daño, «sino que basta que la conducta activa, o negativa, obedezca al propósito de inducir a la contraparte a realizar la declaración viciada» -STS de 5 de mayo de 2009 (Núm. 289/2009)-; esto es, el propósito es inducir a la contraparte a celebrar un contrato que, de otro modo, no habría celebrado.

Siguiendo a CASTÁN, los actos ilícitos constan de dos elementos, antijuricidad y culpabilidad, de acuerdo con los cuales es posible realizar la siguiente clasificación de ilícitos civiles: a) en relación a la antijuricidad, se distingue entre culpa contractual, cuando se infringe un deber nacido de una relación jurídica, y culpa extracontractual, cuando se viola un deber general; b) en lo concerniente a la culpabilidad, se distingue entre el acto doloso, aquel en el que la violación se ha llevado a cabo de manera voluntaria y consciente, y, por otro lado, se halla el acto culposo, referido a las infracciones de origen negligente<sup>499</sup>.

---

<sup>496</sup> Entre otras, SSTS de 21 de junio de 1978 (Núm. 244/1978); de 26 de octubre de 1981 (Núm. 390/1981); de 18 de julio de 1988 (Núm. 616/1988); de 27 de marzo de 1989 (Núm. 261/1989); de 28 de noviembre de 1989 (Núm. 871/1989); de 11 de mayo de 1993 (Núm. 435/1993); de 29 de marzo de 1994 (Núm. 295/1994); de 31 de diciembre de 1998 (Núm. 1239/1998); de 11 de junio de 2003 (Núm. 569/2003); de 19 de julio de 2006 (Núm. 751/2006); de 11 de diciembre de 2006 (Núm. 1279/2006); de 3 de julio de 2007 (Núm. 747/2007); de 26 de marzo de 2009 (Núm. 233/2009); de 5 de mayo de 2009 (Núm. 289/2009); de 30 de diciembre de 2009 (Núm. 855/2009); de 16 de febrero de 2010 (Núm. 30/2010); de 5 de marzo de 2010 (Núm. 129/2010); de 10 de mayo de 2011 (Núm. 327/2011); de 28 de septiembre de 2011 (Núm. 658/2011); de 8 de abril de 2013 (Núm. 215/2013); de 5 de julio de 2015 (Núm. 460/2016) y de 1 de marzo de 2017 (Núm. 140/2017).

<sup>497</sup> MORALES MORENO, A. M., Op. Cit., p. 381; MARÍN LÓPEZ, M. J., Op. Cit., p. 566; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., Op. Cit., p. 199; DE CASTRO Y BRAVO, F., Op. Cit., p. 151; GARCÍA VICENTE, J. R., *Comentarios al Código Civil*, Tomo VII, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9124; MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil*, Tomo VIII, Vol. 2º, Reus, Madrid, 1967, p. 588; DE COSSÍO CORRAL, A., Op. Cit., p. 194; PAREJO GUZMÁN, M. J., *El vicio de la voluntad denominado dolo en el Derecho Civil español y en el Derecho Canónico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 112; ALMAGRO NOSETTE, J., *Comentario del Código Civil*, Tomo VI, SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (Coord.), Bosch, Barcelona, 2006, p. 657; VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Acciones Civiles*, Tomo II, LLAMAS POMBO, E. (Dir.), La Ley, Madrid, 2013, pp. 1307 y 1308.

<sup>498</sup> Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., Op. Cit., 198.

<sup>499</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., Op. Cit., pp. 629 y 630.

En consecuencia, el dolo *in contrahendo* supone la realización consciente y voluntaria de un acto antijurídico<sup>500</sup>, lo que nos lleva al concepto de ilícito civil, y que considerándolo desde su vertiente subjetiva consiste en un acto realizado de manera voluntaria y consciente<sup>501</sup>.

Pues bien, los ilícitos civiles se distinguen según se hubiesen incumplido unos deberes específicos nacidos de una relación jurídica previa entre las partes o bien por el incumplimiento de unos deberes generales –v. gr., el principio general de buena fe, *ex* artículo 7.1 CC-. En sentido estricto, se ha sostenido que el ilícito civil es aquel que se produce al margen de toda relación jurídica previa, de tal manera que el incumplimiento de un deber específico derivado de una relación jurídica, antes que un ilícito, más bien se trata de una lesión contractual -ilícito relativo<sup>502</sup>-. Sobre este extremo, puede entenderse que los actos antijurídicos se refieren, en primer lugar, a un incumplimiento de una obligación nacida de una relación jurídica entre el infractor y el lesionado, de manera que «su acto sólo es contrario a derecho de un modo relativo» y es lo que se conocería como «violaciones de crédito». Y, en segundo lugar, cuando contra lo que se atenta es una norma general, que toda persona ha de respetar y sin que entre los sujetos no existiese una relación jurídica previa, sería entonces lo que se conoce como «ilícito o delito»<sup>503</sup>.

En lo que al dolo *in contrahendo* respecta, se plantea entonces la necesidad de determinar si nos hallamos ante una u otra clase de ilícito, es decir, un ilícito «*lato sensu*» o «*stricto sensu*», lo que puede plantear más dificultades de las que podrían deducirse en un primer acercamiento, dado que la conducta antijurídica se produce en la fase de la formación del contrato. Al respecto, COSSÍO realiza una clasificación de los actos ilícitos distinguiendo los siguientes supuestos: «a) Actos ilícitos producidos al margen de toda relación jurídica previa. b) Actos ilícitos producidos en la formación de un negocio jurídico, dentro de los cuales podemos señalar: 1.º La culpa «*in contrahendo*»; 2.º El dolo, la violencia y la intimidación en la perfección del contrato; 3.º La celebración de un negocio jurídico ilícito. c) Actos ilícitos cometidos en la ejecución de una determinada relación obligatoria preexistente entre las partes agente y perjudicada»<sup>504</sup>.

A este ilícito que nos ocupa, relativo al dolo vicio, podríamos denominarlo «ilícito precontractual o *in contrahendo*» -aquel que se produce en la formación de un negocio jurídico-, de acuerdo con la distinción realizada por COSSÍO. Acerca de esta precontractualidad, no se debe perder de vista que no todo ilícito al que podamos catalogar como precontractual es aquel que se produce con motivo de una conducta dolosa -*in contrahendo*-, si bien dicha relación sí que opera en sentido contrario: todo ilícito que tenga lugar dentro de un supuesto de dolo *in contrahendo* se trata de un ilícito precontractual. De este modo, en esta sede conviene advertir que su calificación como ilícito precontractual se refiere al *iter* contractual, esto es, al momento en el que se produce la conducta antijurídica.

---

<sup>500</sup> Vid. *Supra*.

<sup>501</sup> DE COSSÍO Y CORRAL, A., *Op. Cit.*, p. 41. La ilicitud objetiva se produce en aquellos supuestos en los que el infractor de la norma ha actuado mediando «una ignorancia de la ley que sea excusable».

<sup>502</sup> Entre otros, VON TUHR, A., *Op. Cit.*, pp. 416 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Op. Cit.*, p. 630.

<sup>503</sup> ENNECCERUS, L. / KIPP, T. / WOLFF, M., *Tratado de Derecho civil*, Tomo I-2º, 2º. ed. revisada por NIPPERDEY, H. C., Bosch, Barcelona, 1981, p. 878.

<sup>504</sup> DE COSSÍO CORRAL, A., *Op. Cit.*, pp. 42 y 43.

## 2. El deber de información en el Derecho sustantivo de protección al consumidor.

2.1. *Aspectos generales sobre el artículo 60 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*

Es sobradamente conocida la relación entre el principio general de buena fe y el deber de información<sup>505</sup>, aunque habida cuenta del modo en que se desarrolla la contratación de consumo, el artículo 60 TRLGDCU viene a suponer, además de la objetivación de las conductas que pueden considerarse contrarias a dicho deber<sup>506</sup>, un refuerzo a lo establecido por las normas del Derecho común respecto de la conducta exigible al empresario o profesional en este sentido<sup>507</sup>. Asimismo, con el objetivo de alcanzar los fines propuestos, ha sido considerado un gran avance el hecho de que en este artículo no solo se recogiese el deber de proporcionar información, sino que, además, tal información haya de proporcionarse de manera clara y comprensible<sup>508</sup>.

Acerca de la función del artículo 60 TRLGDCU, según la SAP de Albacete de 15 de abril de 2015 (Núm. 80/2015), «*la contrariedad a la buena fe en estos casos consiste en aprovecharse del desconocimiento típico de las condiciones generales por parte del consumidor para incluir entre las mismas, sin una preponderancia ni advertencia especial, cláusulas que por su importancia en la decisión de contratar debieron haber sido conocidas antes de la celebración del contrato, para que pudiera decidir con pleno conocimiento de causa*». Como decíamos, los deberes de información tienen por finalidad el aseguramiento de la debida formación del consentimiento contractual y, por tanto, la protección de la libertad contractual.

Ciertamente, tal y como señala GARCÍA VICENTE, los motivos por los cuales se recoge en nuestro ordenamiento una norma en la que se declara el deber de información del empresario o profesional en los contratos de consumo se *entremezclan* con las finalidades de la misma<sup>509</sup>. De manera sintética, y siguiendo al referido autor, las razones, al mismo tiempo que los propósitos, del artículo 60 TRLGDCU son, en primer lugar, procurar asegurar «la libertad y racionalidad de la decisión de contratar» del consumidor. Además, que el consumidor conozca el alcance del compromiso que va a asumir al celebrar el contrato y «las circunstancias que sobrevengan a la celebración del contrato». Por último, el deber de información abarca la debida descripción sobre las cualidades del objeto del contrato.

En lo que concierne al contenido del deber de información, según dispone el artículo 60 TRLGDCU el empresario o profesional habrá de proporcionar la «información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas». Al respecto, cabe señalar que el referido artículo fue objeto de la reforma

---

<sup>505</sup> Es más, el deber de información ha sido definido como un «subprincipio general del derecho», dada su conexión con el artículo 51 CE, debiendo de formar parte de la doctrina general de los contratos; CASTÁN TOBEÑAS, J., Op. Cit., pp. 660 y 661, de acuerdo con PÉREZ GARCÍA, P. A., *La información en la contratación privada*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1990.

<sup>506</sup> Vid. Supra.

<sup>507</sup> GARCÍA VICENTE, J. R., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 768; CÁMARA LAPUENTE, S., Op. Cit., p. 489.

<sup>508</sup> DE LA MAZA GAZMURI, I., Op. Cit., p. 151.

<sup>509</sup> GARCÍA VICENTE, J. R., Op. Cit., p. 768.

operada por la *Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, a fin de proceder a la transposición de la Directiva 83/2011/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/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo.*

La modificación a la que se ha hecho alusión puede resumirse básicamente en los siguientes puntos: a) en primer lugar, si antes de la reforma se exigía que se proporcionase la «información adaptada a las circunstancias», de la letra de la norma parece colegirse su sustitución por una excepción a la exigencia de transparencia de la información acerca de los elementos principales del contrato, de tal manera que la información transparente no se requerirá cuando «resulte manifiesto por el contexto» o bien, puede entenderse que la proporción de información no será requerida en estos supuestos; b) asimismo, en la redacción anterior del artículo 60 TRLGDCU se hacía referencia las «características esenciales del contrato», pasando a referirse ahora a las «características principales»; y, por último, c) la relación de lo que debe considerarse «información relevante» ha sido notablemente ampliada. Sobre la primera cuestión planteada acerca de la nueva, aunque ya no reciente, redacción del artículo 60 TRLGDCU, en relación con lo establecido en el artículo 5 de la Directiva 83/2011/UE, puede plantearse la duda acerca de si lo que se exceptúa es la proporción de información o bien el cumplimiento de los deberes de transparencia. Es decir, dice expresamente el apartado primero del artículo 60 TRLGDCU «antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas». Pues bien, si la información es manifiesta por el contexto, no tiene sentido que el empresario pueda entonces ofrecer información que no es clara y comprensible, pues su utilidad sería ninguna y, dado dicho *contexto*, el consumidor no necesita tal información.

Si atendemos a los fines de la modificación operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, de acuerdo con su propio Preámbulo, dicha norma conlleva «un reforzamiento de la información al consumidor y usuario, a través de la ampliación de los requisitos de información precontractual exigibles en los contratos con consumidores y usuarios». De dicho Preámbulo se extrae que tal mejora, aparte de las normas específicas referidas a los contratos a distancia y celebrados fuera de establecimientos mercantiles, se sustenta en la ampliación de lo que se considera «información relevante». Sin embargo, a pesar de las aspiraciones de la citada norma, de acuerdo con ZURILLA CARIÑANA, que entiende que a partir de la reforma operada lo que se permite omitir es el cumplimiento del requisito de transparencia en relación a la información precontractual cuando «resulte manifiesto por el contexto», ello puede derivar en cierta inseguridad jurídica, en el sentido de que implica un elemento subjetivo –dependiendo de la persona, determinada información puede ser manifiesta o no serlo<sup>510</sup>-. A su vez, señala la referida autora el hecho de que ampliar los

---

<sup>510</sup> ZURILLA CARIÑANA, M. Á., “La reforma de los artículos 60 y 97 de la Ley de Modificación del TRLGDCU. ¿Hay algo de nuevo que merezca la pena?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Núm. 9/2014, p. 64.

elementos contractuales que han de considerarse «información relevante» no tiene en cuenta que, dependiendo del tipo de contrato, la información que se debe considerar relevante puede variar, cuestión en la que también influye la propia finalidad pretendida por las partes o el ámbito del mercado al que se refiera cada contrato. De este modo, compartimos con la autora que, efectivamente, una mayor cantidad de información no lleva implícito el aseguramiento de que el consumidor conozca y comprenda plenamente el alcance del contrato que, en su caso, vaya a celebrar<sup>511</sup>.

Pues bien, si se pone en relación el artículo 60 TRLGDCU y el dolo como vicio del consentimiento, en primer lugar, hemos de partir de la finalidad de dicho artículo. De manera genérica puede afirmarse que el mismo pretende asegurar que el consumidor preste su consentimiento válidamente, siendo requisito imprescindible que éste cuente con toda la información necesaria para la debida formación de su voluntad. Así, de conformidad con lo previsto por el artículo 60 TRLGDCU, dicha información se refiere a las consecuencias jurídicas y económicas del contrato.

Respecto de que «serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios», en concreto, tiene tal consideración la siguiente información: «las características principales de los bienes o servicios» sobre los que recaiga el contrato –artículo 60.2.a) TRLGDCU-, «la identidad del empresario» -artículo 60.2.b) TRLGDCU-, «el precio total, incluidos todos los impuestos y tasas» -artículo 60.2.c) TRLGDCU-, «los procedimientos de pago, entrega y ejecución» -artículo 60.2.d) TRLGDCU-, el «recordatorio de la existencia de una garantía legal de conformidad para los bienes, la existencia y las condiciones de los servicios posventa y las garantías comerciales» -artículo 60.2.e) TRLGDCU-, la duración del contrato y, en su caso, las condiciones de resolución –artículo 60.2.f) TRLGDCU-, «la lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato» -artículo 60.2.g) TRLGDCU-, «la existencia del derecho de desistimiento» -artículo 60.2.h) TRLGDCU-, determinada información sobre los contenidos digitales del producto –artículo 60.2.i) y j) TRLGDCU, y, finalmente, el procedimiento a seguir en caso de una hipotética reclamación por parte del consumidor –artículo 60.2.k) TRLGDCU-.

Siguiendo la línea marcada por este artículo, no puede determinarse de manera automática que su infracción lleve implícita la apreciación de dolo como vicio del consentimiento y la consiguiente anulación del contrato a petición de la parte perjudicada, ya que dentro de lo que se considera la información mínima que el empresario tiene la obligación de proporcionar, efectivamente, puede distinguirse entre aquella relativa a las «condiciones esenciales» del contrato y, de otra parte, los contenidos «accesorios»<sup>512</sup>. En consecuencia, en caso de relacionar la infracción del referido artículo con un posible dolo *in contrahendo*, habrá de estarse a las circunstancias de cada supuesto concreto y examinar si se da el resto de requisitos para su apreciación, además de la relevancia de la infracción del deber de información, dada la distinción entre dolo causante y dolo incidental *ex* artículo 1270 CC. Dicho lo cual, cautelas aparte, de lo que no cabe duda es que la infracción de los deberes de información tendrá en todo caso la consideración de transgresión jurídica constitutiva de ilícito civil –ya sea un ilícito doloso o bien a consecuencia de culpa grave-.

---

<sup>511</sup> ZURILLA CARIÑANA, M. Á., Op. Cit., p. 68.

<sup>512</sup> GARCÍA VICENTE, J. R., Op. Cit., p. 775.

## 2.2. La escasa repercusión práctica del artículo 60 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

En lo que concierne a la relevancia práctica del artículo 60 TRLGDCU, a pesar de lo expresado hasta ahora en cuanto a la importancia de su contenido, sucede que, por el momento – y no parece que vaya a cambiar-, su repercusión en nuestra jurisprudencia ha sido más bien discreta. Probablemente, ello se debe a que el deber de información no solo se recoge en la norma de protección de consumidores, sino que, además, tal deber ha sido incluido en numerosas normas especiales<sup>513</sup>, de ahí que su aplicación se realice de manera conjunta con las referidas normas<sup>514</sup>. En este sentido, es de destacar que con frecuencia sucede que, en caso de apreciarse una efectiva infracción del deber de información, la cuestión se resuelva acudiendo a lo dispuesto por las normas sectoriales que regulan el contrato controvertido. Así pues, en aplicación del principio de especialidad, se pasa de lo establecido por el TRLGDCU a lo que establezcan las normas sectoriales sobre el contrato en cuestión en relación al deber de información<sup>515</sup>; si bien para determinar la consecuencia jurídica derivada de su eventual infracción ha de acudir al Derecho común, en concreto, a los artículos referidos a los vicios del consentimiento y, con clara preferencia, el artículo 1266 CC sobre el error en el consentimiento, a la hora de determinar las consecuencias de la referida infracción, dado que lo habitual será que la norma sectorial aplicable no prevea tales consecuencias<sup>516</sup>.

---

<sup>513</sup> GARCÍA VICENTE, J. R., Op. Cit., pp. 766 y 767, tomando como referencia a CARRASCO PERERA, Á., “El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Ámbito de aplicación y alcance de la refundición”, *Aranzadi Civil*, Núm. 5, 2008.

<sup>514</sup> Al respecto, dado que el artículo 60 TRLGDCU en escasas ocasiones se emplea como criterio principal en nuestra jurisprudencia, estos supuestos se circunscriben a los procedimientos de primera instancia y a sus respectivos recursos de apelación. Así, por ejemplo, la SAP de Granada de 16 de julio de 2010 (Núm. 313/2010); SAP de Madrid de 17 de mayo de 2013 (Núm. 227/2013); SAP de Alicante de 26 de febrero de 2015 (Núm. 33/2015); SAP de Toledo de 18 de febrero de 2016 (Núm. 35/2016); SAP de Cádiz de 25 de febrero de 2016 (Núm. 46/2016).

<sup>515</sup> Algunos ejemplos de estas normas son la citada LMV derogada por el TRLMV; la *Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias*, derogada por la *Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias* o la *Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones*, derogada por la *Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones*.

<sup>516</sup> Muchas de las sentencias de los últimos años en las que la infracción del deber de información deriva en la anulación del contrato por error en el consentimiento tienen por fundamento principal lo dispuesto por la derogada *Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores –LMV-*, materia ahora regulada por el *Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Mercado de Valores –en adelante, TRLMV-*. Como mera muestra en un corto espacio de tiempo, pueden señalarse las siguientes: la STS de 23 de septiembre de 2016 (Núm. 562/2016), las SSTS de 30 de septiembre de 2016 (Núm. 576/2016), (Núm. 577/2016), (Núm. 578/2016), (Núm. 579/2016), (Núm. 584/2016), las SSTS de 5 de octubre de 2016 (Núm. 595/2016) y (Núm. 594/2016) y la STS de 24 de octubre de 2016 (Núm. 625/2016), las SSTS de 7 de octubre de 2016 (Núm. 614/2016) y (Núm. 607/2016), las SSTS de 6 de octubre de 2016 (Núm. 603/2016) y (Núm. 605/2016).

Por otro lado, del examen de la jurisprudencia más relevante concerniente a la infracción de los deberes de información, lo que se extrae es que esta cuestión se aborda en numerosas ocasiones de manera conjunta con los criterios de incorporación y de transparencia de las condiciones generales y cláusulas predispuestas, pues, de nuevo, aplicando el principio de especialidad y teniendo presente que la práctica mayoría de los contratos celebrados con consumidores son contratos por adhesión, los artículos de aplicación son los artículos 80 y ss. TRLGDCU y la LCGC.

Las similitudes entre el régimen general del deber de información en el ámbito del Derecho de consumo y la contratación por adhesión van más allá de la finalidad que persiguen tanto el artículo 60 TRLGDCU como sus artículos dedicados a los contratos por adhesión y la LCGC, puesto que, además, han de tenerse presente las exigencias de claridad y comprensibilidad de la información que el empresario habrá de facilitar al consumidor, así como la relevancia, veracidad y suficiencia de la misma en cuando a las características principales del contrato *ex* artículo 60 TRLGDCU, que coincide con lo dispuesto por los artículos 5.5 y 7.b) LCGC y el artículo 80 TRLGDCU, acerca de los requisitos de incorporación de las cláusulas predispuestas. Sin embargo, al respecto debe puntualizarse que en contratos tales como el de *swap* de tipo de interés –contratos por adhesión-, ha señalado la jurisprudencia, en concreto, la STS de 20 de julio de 2016 (Núm. 509/2016) que «no basta que, (...), la información contenida en el contrato cumpla las exigencias del control de inclusión de los arts. 5 y 7 LCGC. Para cumplir las exigencias de la normativa sectorial, es necesario que la entidad bancaria recabe información sobre el perfil y las necesidades inversoras del cliente y que al proponerle la contratación de un producto financiero complejo, como es el *swap*, le suministre una información precontractual clara, imparcial y no engañosa, con suficiente antelación»<sup>517</sup>. De esta forma, en estos supuestos, en caso de apreciarse la infracción al deber de información en relación con las normas reguladoras de los contratos por adhesión, la consecuencia será la no incorporación de las cláusulas controvertidas –si no superan el control de incorporación- o bien la nulidad de las mismas –si no cumpliesen los requisitos derivados del control de transparencia-.

### 2.3. Materialización de la contradicción entre los deberes de información y transparencia y la sobrecarga de información.

El establecimiento de unos rigurosos deberes de información en el ámbito del Derecho del consumo se fundamenta en la asimetría informativa y la protección del consumidor en la fase de la formación del consentimiento<sup>518</sup>. No obstante, se dan supuestos en los que la cantidad de

---

<sup>517</sup> En sentido parecido la STS de 29 de abril de 2015 (Núm. 222/2015).

<sup>518</sup> DE LA MAZA GAZMURI, I., *Op. Cit.*, pp. 128 y 129, al sostener que, efectivamente, el interés protegido por las normas que prevén deberes de información precontractuales es la libertad contractual del consumidor, añadiendo que «lo que se trata es que la voluntad que se presta en el contrato sea libre y espontánea, es decir, que se forme de una manera consciente, racional y libre». Por su parte, HUALDE MANSO, T., *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de consumo europeo*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 123, considera que «las exigencias positivas de información en el momento de las relaciones precontractuales, antes de que se concluya el contrato, así como las informaciones publicitarias tienen por objetivo declarado el de aumentar la transparencia del mercado, favorecer la comparación y permitir una mejor negociación entre las partes. (...) estimulando una elección más informada del consumidor al que se le reconocen sus propias



información proporcionada provoca precisamente los efectos contrarios a los deseados, esto es, la eventual desinformación del consumidor.

Aún en el supuesto de que el consumidor recibiese la información precontractual de manera comprensible, llega un momento en que la cantidad de la misma puede devenir en un factor determinante para que éste alcance a tener pleno conocimiento de las cargas económicas y jurídicas en caso de celebrar el contrato. Ante la probable saturación del consumidor debido a la cantidad de información legalmente exigida, en palabras de CARRASCO, «existe una perversión cuando se pretenden sustituir remedios de Derecho común (como la anulación por dolo) por la provisión de información en determinado formato y cantidad. (...). La imposición de deberes legales de información sectorial se revela a la larga como un pobre sustituto de los remedios generales»<sup>519</sup>.

Lo que se plantea en este punto es la política legislativa seguida en lo concerniente al volumen de información que por imperativo legal ha de prestarse al consumidor. Aunque parezca evidente que en un determinado momento la cantidad de información suministrada al consumidor puede resultar del todo contraproducente –pues los deberes de información procuran paliar la asimetría subjetiva-, tal razonamiento no ha sido tenido en cuenta en la elaboración de las normas sobre los deberes de información precontractuales. Al respecto, no obstante, se halla la excepción de la *Orden ECC/2316/2015, de 4 de noviembre, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros*, en la que se reconoce que «la gran cantidad de información precontractual que en ocasiones se ha de poner a disposición de los clientes o clientes potenciales y la ausencia de un formato común para su representación, constituyen dos factores que dificultan la adecuada comprensión de los productos ofrecidos y su comparación con otros».

Pero, aparte de que en muy contadas ocasiones se hace mención expresa al problema de la sobrecarga de la información en la normativa vigente, las iniciativas legislativas cuyo objetivo es el refuerzo de la protección del consumidor se han materializado en el aumento del contenido de tales deberes.

Un claro ejemplo de la contradicción entre la preocupación por incrementar el nivel de protección del consumidor por medio de la obligada aportación de un mayor flujo de información

---

capacidades para gestionar la información». De acuerdo con GARCÍA VICENTE, J. R., *Tratado de contratos*, Tomo II, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1467, «la finalidad última de la información no consiste sólo en asegurar una decisión contractual consciente del contratante, sino que también influye en la competencia en el mercado, puesto que es garantía de “transparencia”». El mismo autor, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 768, enumera como razones por las que se han establecido tales deberes información, las siguientes: «en primer lugar, la protección de la libertad de decisión sobre si contratar o no hacerlo, (...). En segundo lugar, el conocimiento del alcance del compromiso desde el punto de vista económico y jurídico, (...). Por último, el conocimiento de las cualidades de la prestación, (...)». Asimismo, CÁMARA LAPUENTE, S., *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), Colex, Madrid, 2011, entiende que «el deber de facilitar información precontractual que tiene el empresario estriba en su obligación de administrar conocimientos sobre aspectos jurídicos, económicos y materiales del negocio propuesto para garantizar la correcta formación del consentimiento contractual del consumidor (acreedor, como titular de un derecho subjetivo, de esa obligación de información)».

<sup>519</sup> CARRASCO PERERA, Á., Op. Cit., pp. 351 y 352.

se encuentra en la STS de 9 de mayo de 2013 (Núm. 241/2013), al determinar que las entidades demandadas no cumplieron con los deberes de transparencia, entre otros motivos, porque la ubicación de las mismas se hallaba «entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA»<sup>520</sup>. A pesar de que en un primer momento pueda parecer razonable la imposición de tales exigencias, otras de las causas por las que las cláusulas suelo examinadas no superaron el deber de transparencia fueron «la ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual» y la «inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad». Por tanto, si, por un lado, se admite la abrumadora cantidad de información que provoca la confusión del cliente, por otro, al mismo tiempo se exige la proporción de más información al cliente.

En el artículo 60 TRLGDCU lo que se prevé es que como mínimo se deberá suministrar la información relativa a las características principales del contrato, la cual, además de ser relevante y veraz, habrá de ser suficiente. Si la intención del legislador es la de incrementar la protección dispensada al consumidor, y teniendo presente la intensa actividad legislativa que se da en este ámbito de la contratación, uno de los criterios rectores respecto de los deberes de información debería ser la proporcionalidad de la información suministrada, dada la cantidad ingente de información que se suministra al consumidor. Cabe señalar que el requisito de proporcionalidad se entendía implícito en la anterior redacción del artículo 60 TRLGDC, según la cual, la información había de ser «adaptada a las circunstancias», pero tras la reforma operada por la Ley 3/2014, se sustituye tal previsión por la excepción a los deberes de información cuando ésta «resulte manifiesta por el contexto», lo que genera cierta inseguridad jurídica<sup>521</sup>. No obstante, al mantenerse el requisito de suficiencia de la información, sigue pudiéndose entender vigente la obligación de otorgar información de forma proporcional, sin confundir «suficiencia» con imposición de unos deberes de mínimos, sino en el sentido de que la información habrá de ser bastante, apta o idónea para lo que se necesita, esto es, un consumidor debidamente informado<sup>522</sup>.

Por supuesto, el requisito general de proporcionalidad habrá de graduarse según el objeto del contrato, conjugándolo con las exigencias de relevancia y veracidad previstos por el artículo 60 TRLGDCU. No obstante, con el requisito de proporcionalidad se da el mismo problema de determinar qué información debe proporcionarse de manera obligatoria y cuál no, planteándose una dificultad añadida: replantear si es necesaria la concreción de un nivel mínimo de responsabilidad del consumidor a la hora de autoinformarse cuando, como es sabido, en la actualidad se considera que cuando éste no proceda a la lectura del contrato, dicha circunstancia

---

<sup>520</sup> Sobre la «abrumadora cantidad de datos (...) que diluyen la atención del consumidor» se pronuncian en el mismo sentido las SSTS de 24 de marzo de 2015 (Núm. 138/2015), de 29 de abril de 2015 (Núm. 222/2015) y de 23 de diciembre de 2015 (Núm. 705/2015).

<sup>521</sup> Según CÁMARA LAPUENTE, S., Op. Cit., pp. 492 y 493, el principio de proporcionalidad se deriva de la anterior exigencia de que su puesta a disposición de la información habrá de efectuarse de manera adaptada a las circunstancias y de que la misma ha de cumplir los requisitos de relevancia y suficiencia. Por su parte, ZURILLA CARIÑANA, M. Á., Op. Cit., p. 64, pone en evidencia la inseguridad jurídica generada con la inclusión de la excepción de lo previsto por el artículo 60 TRLGDCU cuando la información resulte manifiesta por el contexto.

<sup>522</sup> De acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia Española*, «suficiente» significa, en su primera acepción, «bastante para lo que se necesita» y, en la segunda, «apta o idóneo».

no implicará que su conducta se califique como negligente ni llevará implícita consecuencia jurídica alguna<sup>523</sup>.

Ahora bien, cuestión aparte es la pretensión de que el consumidor adopte en todo caso las decisiones que le son más beneficiosas, lo cual está relacionado con el principio de la equivalencia de las prestaciones que, como es sabido, se deja al arbitrio del contratante –equivalencia subjetiva de las prestaciones-. Es decir, le corresponde al consumidor juzgar si las condiciones contractuales le resultan beneficiosas o no y, con base en su propio criterio, decidir si celebrar el contrato o no.

Al Derecho no le corresponde velar por que el consumidor tome decisiones racionales. El Derecho se debe preocupar por que el consumidor tome decisiones libremente. No obstante, es frecuente relacionar los deberes de información con la obtención de un resultado concreto: que el consumidor se decante por la opción que le reporte mayores beneficios, lo cual nada tiene que ver con la correcta formación de su consentimiento. Es más, la decisión económicamente más óptima no tiene porqué ser la decisión querida por el consumidor –incluso estando perfectamente informado, pues la motivación a la hora de adquirir un determinado bien o servicio tiene un alto componente subjetivo-.

De lo que no cabe duda es que si uno de los criterios a seguir en relación a la información que debe suministrarse al consumidor es el de proporcionalidad, el objetivo principal de la imposición de deberes de información ha de ser el que el consumidor tenga la oportunidad de conocer las consecuencias económicas y jurídicas de la celebración del contrato de que se trate, y para ello es indispensable, además de que la información sea comprensible, que el volumen de la información suministrada sea razonablemente asumible por el consumidor.

Al respecto, compartimos la opinión de CARRASCO en relación a que se da una «confianza injustificada de que el flujo incondicional de información pueda en verdad neutralizar la asimetría informativa. Existe un punto crítico más allá del cual la información que se impone suministrar ya es inútil, porque no hay tiempo ni ganas de asimilarla por parte del destinatario»<sup>524</sup>. Por su parte, ZIMMERMANN equipara la desinformación del consumidor que no recibe ninguna clase de información con la del que se encuentra sobrecargado de ella<sup>525</sup>. De acuerdo con PAZOS CASTRO, la sobrecarga informativa trae consigo el incumplimiento de los deberes de claridad y comprensibilidad, entre otros. Además, el autor citado cuestiona la efectividad de las obligaciones de información a la hora de proteger al consumidor, dada la sobrecarga de información a la que se puede ver sometido<sup>526</sup>. Por último, BAR-GRILL considera, sobre la limitación del consumidor a la hora de recibir información, que se llega a un punto en el que éste ignorará la información que se le ha proporcionado. Pero es que, de todos modos, el consumidor no solo toma sus decisiones de acuerdo con la información que se le proporcione, sino que, en algunas ocasiones, la decisión

---

<sup>523</sup> En este sentido, GARCÍA VICENTE, J. R., Op. Cit., p. 1470, señala que tal dificultad conlleva la necesidad de legislar al detalle el contenido de los deberes de información y, por otro lado, la abstracción y la generalidad son necesarias para la flexibilidad de lo que se constituye como un principio general, si bien ello implica que no sirva como control preventivo ni tampoco para ordenar el mercado.

<sup>524</sup> CARRASCO PERERA, Á., Op. Cit., pp. 351 y 352.

<sup>525</sup> ZIMMERMANN, R., *El nuevo Derecho alemán de obligaciones: Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, Bosch, 2008, pp. 246 y 247.

<sup>526</sup> PAZOS CASTRO, R., “El problema de la sobrecarga informativa y la imposición de obligaciones legales de información”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Núm. 15/2015, pp. 114 y 119.

del consumidor vendrá motivada por sus propias emociones, en cuyo caso, la información precontractual verá mermada su efectividad<sup>527</sup>. Aunque según nuestro modo de ver, nos hallamos ante una presunción que necesita de un matiz: todo depende de la cantidad de información de que se esté hablando en cada supuesto concreto, teniendo presente la complejidad del objeto del contrato y sus implicaciones –no es lo mismo celebrar un contrato de suministro de servicio de telefonía móvil que un contrato de préstamo hipotecario-, y, por supuesto, depende también de la capacidad de asimilación de cada sujeto.

En este sentido, acerca de un contrato de «intercambio de tipos/cuotas» bajo de la denominación de «cobertura cuota fija», la STS de 9 de junio de 2017 (Núm. 371/2017) declara de manera acertada la necesidad de idoneidad de la información que ha de proporcionarse al cliente bancario. En consecuencia, debe entenderse que, en lo concerniente a las «*obligaciones estrictas y rigurosas que la normativa impone a las entidades financieras respecto de la información que deben suministrar a sus clientes*», «*no se trata de abrumar al cliente con fórmulas, datos y cifras, que más que dar información, la ocultan, sino de asegurarse de que el cliente ha comprendido la naturaleza y riesgos del producto o servicio mediante una explicación clara, imparcial y no engañosa de estos extremos*». En definitiva, queda patente que la materialización del deber de información ha de producirse respetando unos criterios cuantitativos y cualitativos que en todo caso han de concurrir; de manera que el exceso de información –criterio cuantitativo- repercute de modo directo en la calidad de la información proporcionada.

### **3. El incumplimiento de los deberes de información y dolo in contrahendo.**

#### *3.1. Introducción.*

Recapitulando lo que hasta ahora se ha expuesto sobre el deber general de información en relación con el dolo *in contrahendo*, es indiscutible que cuando se produce el incumplimiento de los deberes precontractuales de información nos hallamos ante una transgresión jurídica que, además, consiste en un ilícito civil. El dolo vicio es toda conducta ilícita llevada a cabo para la obtención del consentimiento contractual de la contraparte, de manera que sin la concurrencia de dicho ilícito ésta no habría celebrado el contrato. El dolo vicio se compone de dos elementos, uno objetivo, acerca de la conducta dolosa, y, por otro lado, un elemento subjetivo, esto es, la voluntad viciada<sup>528</sup>. Ahora bien, en lo que respecta a la conducta ilícita, asimismo se distingue un elemento objetivo, es decir, el comportamiento de una de las partes contratantes que provocará la captación de la voluntad de la contraparte, y, por otro lado, un elemento subjetivo que consiste en la intención de provocar dicho efecto.

Hemos puesto de manifiesto que todo ilícito civil supone la transgresión de una norma jurídica. Dicha transgresión puede consistir en el incumplimiento del deber general de buena fe *ex* artículo 7.1 CC; aunque en la contratación actual, dada la abundancia de normas que prevén deberes de información, cuando se trata de un posible dolo vicio normalmente nos hallaremos ante el incumplimiento de tales deberes expresamente recogidos en nuestra normativa sectorial.

---

<sup>527</sup> BAR-GRILL, O., “Informing consumers about themselves”, *New York University Law and Economics Working Papers*, Paper 111, 2007, p. 64.

<sup>528</sup> Vid. *Supra*.

De este modo, aunque el ilícito civil no se agota en el incumplimiento de los deberes de información, a continuación, acotaremos dicha cuestión a tales deberes. Pero conviene advertir que, a pesar de ello, dado que los deberes de información engloban aspectos cuantitativos –cuánta información ha de suministrarse- y también cualitativos –de qué manera ha de hacerse, por ejemplo, que la información sea verdadera y comprensible-, el elenco de conductas que podrían ser constitutivas de ilícito civil es relativamente amplio en esta sede. Y dicha amplitud es perfectamente compatible con la tradición sobre el dolo vicio, en tanto que, según la STS de 3 de febrero de 1981 (Núm. 35/1981), estamos ante «una amplitud de la noción que viene impuesta por los antecedentes históricos, según puede verse en la definición romana (“Labeonis definitio vera est”) del “dolum malum” como “toda astucia, falacia o maquinación empleada para sorprender, engañar o defraudar a otro” (“esse omnem callidatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam” D. IV, III, 1, 2), (...)» -en sentido parecido, la citada STS de 28 de septiembre de 2011 (Núm. 658/2011) y la STS de 5 de septiembre de 2012 (Núm. 528/2012)-.

### 3.2. El suministro de información falsa: el dolo activo.

En nuestro ordenamiento jurídico se exige, no solo que se suministre información para así permitir la adecuada formación de la voluntad de las partes contratantes, sino que además requiere que dicha información sea veraz. El requisito de la veracidad, por citar algunos ejemplos, se encuentra previsto en el artículo 60 TRLGDCU al prever que, antes de la efectiva celebración del contrato, el empresario deberá suministrar al consumidor información que cumpla, entre otras cosas, con el requisito de veracidad. Asimismo, artículo 209.2 del *Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores* –TRLMV- establece que la información que se dirija a los clientes deberá ser no engañosa<sup>529</sup>. En estos mismos términos, haciendo referencia a la información no engañosa, se expresa el artículo 6 de la *Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios* al exigir que la información proporcionada al cliente «deberá ser clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa (...)». Y, en el supuesto de que no fuese de aplicación norma sectorial alguna respecto de esta cuestión, de acuerdo con el mandato general de buena fe *ex* artículo 7.1 CC, el suministro de información engañosa tendría igualmente la consideración de ilícito civil.

Dentro de nuestra jurisprudencia más reciente, el suministro de información falsa o engañosa se suele dar en el contexto de los contratos de seguro, en los que el tomador del seguro da una respuesta falsa ante las preguntas formuladas por la aseguradora. Así, conforme al artículo 10 LCS, «el tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. (...)». De este modo, tal y como recuerda la STS de 5 de abril de 2017 (Núm. 222/2017), dado que lo que se colige del citado artículo es que del mismo no se deriva un deber de declaración, «sino de respuesta del tomador acerca de

---

<sup>529</sup> Antes recogido en el artículo 79 bis LMV hasta la entrada en vigor del TRLMV el 13 de noviembre de 2015.

*lo que le interesa de él al asegurador y que le importa a efectos de valorar debidamente el riesgo, como la concurrencia de aquellos otros extremos que sean de interés (SS., entre otras, de 11 de noviembre y 2 de diciembre de 1.997 y 22 de febrero de 2.001)»<sup>530</sup>, la ocultación de información por parte del tomador del seguro ha de ser concebido como un supuesto de dolo activo –en caso de que dicha información falsa fuese suministrada mediando dolo -*animus decipiendi*-, y no con motivo de culpa grave-.*

En definitiva, en lo que respecta al *deber de responder* o *contestar* del tomador del seguro, en el momento en el que de manera concreta se le pregunta por una cuestión y éste contesta dando una respuesta falsa, como por ejemplo negando padecer enfermedad alguna, entendemos que la situación descrita responde más a la figura de dolo activo que a la del dolo omisivo.

Es preciso tener presente que según el artículo 10 LCS el tomador del seguro queda exonerado del deber de responder o contestar cuando «el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él». Al respecto, la STS de 12 de diciembre de 2016 (Núm. 726/2016) indica, en relación al alcance del cuestionario, que *«la circunstancia de que se tratara de una cláusula “estereotipada acerca de la salud general que presenta el asegurado” en el momento de suscribir el seguro, en la que no se concretaban preguntas relevantes acerca de la determinación del riesgo objeto de cobertura, esta sala descartó en ese caso que el asegurado hubiera infringido el deber de contestación o respuesta que el impone el art. 10 LCS por no mencionar la enfermedad (cáncer) que padecía»*.

En cambio, si aparte de someter al tomador del seguro a preguntas de tipo genérico, además *«se le preguntó específicamente acerca de patologías concretas (...) que además hubieran precisado tratamiento médico, constanding igualmente acreditado que el asegurado sabía, al menos desde el año 1997, que sufría una patología cardiaca y respiratoria grave, para la que se le rescribió como tratamiento oxígeno domiciliario y que terminó siendo la causa de su invalidez»*, la situación es diferente. En el supuesto descrito, cuando el tomador del seguro dice no padecer ninguna de las patologías que se le enumeran, no nos encontraríamos en la esfera del dolo omisivo –el tomador no se estaría limitando a guardar silencio sobre un extremo-. A nuestro juicio, la respuesta negativa, ocultando la verdad sobre su estado de salud, ha de tener la consideración de dolo activo en tanto que al tomador del seguro se la ha preguntado específicamente por dicha cuestión; es decir, la contraparte –la aseguradora- con su cuestionario solicita expresamente conocer dicha circunstancia<sup>531</sup>.

### 3.3. Omisión de la información debida: el dolo omisivo.

---

<sup>530</sup> Entre otras, las SSTs de 14 de junio de 2006 (Núm. 589/2006); de 11 de mayo de 2007 (Núm. 481/2007); de 15 de noviembre de 2007 (Núm. 1200/2007); de 2 de diciembre de 2014 (Núm. 669/2014); de 4 de diciembre de 2014 (Núm. 676/2014); de 3 de junio de 2008 (Núm. 479/2008).

<sup>531</sup> Por ejemplo, como indica la STS de 2 de diciembre de 2014 (Núm. 669/2014), la importancia del deber de informar del tomador del seguro radica en que la aseguradora solo puede delimitar el riesgo gracias a la información proporcionada por el tomador. De manera que el contrato de seguro tiene la consideración de contrato de máxima buena fe.

En cuanto al incumplimiento de los deberes de información, en relación con el dolo *in contrahendo*, dicho incumplimiento se puede materializar al proporcionar información falsa o engañosa a la contraparte o bien omitiendo información que por imperativo legal había de proporcionarse. En este último caso, ante la omisión de información a la que se estaba obligado a proporcionar, es cuando nos situamos frente a la figura del dolo omisivo o reticencia dolosa, al incumplirse el deber de suministrar información suficiente a la contraparte para así formar adecuadamente su voluntad negocial.

Sobre el concepto de dolo *in contrahendo*, a pesar de que el mismo se relaciona con una conducta positiva, para la observancia de una conducta ilícita la jurisprudencia, en este caso la STS de 5 de septiembre de 2012 (Núm. 528/2012), y con base en la doctrina jurisprudencial consolidada, admite asimismo la concurrencia de una conducta negativa u omisión, «*en forma de reticencia ocultación maliciosa de alguna información que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y las exigencias de la buena, el contratante que guarda silencio debía haber comunicado al otro –sentencias de 21 de junio de 1978, 26 de octubre de 1981, 18 de julio de 1988, 27 de marzo de 1989, 9 de julio de 1985, 18 de julio de 1988, 28 de noviembre de 1989, 27 de septiembre de 1990, 11 de mayo de 1993, 29 de marzo de 1994, 31 de diciembre de 1998, 5/69/2003, de 11 de junio, 1279/2006, de 11 de diciembre, 747/2007, de 3 de julio, 233/2009, de 26 de marzo, 289/2009, de 4 de mayo, 30/2010, de 16 de febrero, 129/2010, de 5 de marzo, entre otras muchas–*».

Cuando se trata de dolo omisivo, dado que la conducta ilícita implica la infracción de un deber jurídico, se entiende que también será constitutiva de dolo vicio «*la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico (sentencias 233/2009, de 26 de marzo, 289/2009, de 5 de mayo, 855/2009, de 30 de diciembre, 129/2010, de 5 de marzo, 658/2011, de 28 de septiembre)*», especificando que «*para que exista dolo omisivo ha de haber un deber jurídico de informar violado por el silencio*» -SSTS de 1 de marzo de 2017 (Núm. 140/2017) y de 5 de julio de 2016 (Núm. 460/2016)-. En consecuencia, efectivamente, en el dolo omisivo el ilícito es el silencio de aquel que, por imperativo legal, estaba obligado a facilitar determinada información y no lo hizo<sup>532</sup>.

La omisión de información que una norma jurídica imperativa prevé es una clara transgresión jurídica y, asimismo, una conducta ilícita. En ocasiones, cuando en el caso concreto el deber de información contractual deriva del artículo 7.1 CC, y no de una norma específica que así lo prevea, se suscita la duda acerca de los límites de dicho deber. Esto es, se hace necesario delimitar qué información había de ser suministrada y cuándo la omisión de determinada información no tendría la consideración de ilícito<sup>533</sup>.

De manera extensa trata esta cuestión ROJO AJURIA, tomando en consideración el tratamiento que recibe el deber precontractual de información desde la perspectiva tanto de nuestra doctrina como del Derecho comparado y, asimismo, las teorías relativas del análisis económico del Derecho. De este modo, de acuerdo con el referido autor, con base en las

---

<sup>532</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J., Op. Cit., pp. 568 y 569.

<sup>533</sup> Acerca de esta cuestión, MARÍN LÓPEZ, M. J., Op. Cit., pp. 568 y ss.; GARCÍA VICENTE, J. R., Op. Cit., pp. 9126 y 9127; CARRASCO PERERA, Á., Op. Cit., pp. 349 y ss.

cuestiones antes citadas, «se establecen las condiciones para la protección de la confianza por el ordenamiento jurídico, que juegan de forma acumulativa: 1.º) Costes de información asimétricos. 2.º) Productividad de las informaciones. 3.º) La necesidad de primar la confianza (resarcimiento de los costes de obtención de la información). 4.º) Que la prima de oportunismo sea superior a la prima de la confianza (en caso contrario el mercado y las instituciones sociales mencionadas sería medios correctores más eficaces que el Derecho)»<sup>534</sup>.

No obstante, a día de hoy, partiendo de la abundancia de normas jurídicas que prevén el deber de información –estableciéndose qué información se debe suministrar y de qué manera ha de hacerse-, la mayor dificultad que se presenta para la apreciación de dolo vicio consiste en el hecho de que para su concurrencia se requiere la prueba del *animus decipiendi* por parte de quien llevó a cabo la conducta ilícita. Pero en lo que respecta a la constatación de la conducta ilícita dada la omisión de información, basta con recurrir a cualquiera de las normas sectoriales que recogen dicho deber y, en su defecto, siempre se puede proceder a la aplicación del artículo 7.1 CC relativo al principio general de buena fe.

Supuestos evidentes de omisión de información constitutivo de ilícito civil serían aquellos en los que, por ejemplo, se omitiese la información que tiene la consideración de relevante de acuerdo con la enumeración contenida en el artículo 60.2 TRLGDCU que, aparte de la que específicamente se enumera, dice el citado artículo que será relevante toda información relativa a los bienes o servicios ofrecidos. En el sector financiero, se encuentra el ejemplo del artículo 8 LCS, en el que se establece el contenido mínimo de la póliza del contrato. Por su parte, en el artículo 210 TRLMV se prevé que se deberá proporcionar, aparte de la información general sobre la entidad y los servicios de inversión que presta, los instrumentos financieros y las estrategias de inversión, los centros de ejecución de órdenes y los gastos y costes asociados –artículo 209.3.b) TRLMV-, «orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados» a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión. Y, por último, otro ejemplo dentro del sistema financiera sería la relación de informaciones que por imperativo legal han de proporcionar las entidades de crédito, conforme a lo establecido en la *Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*, que en sus artículos 6 y 7 establece la información precontractual y contractual que en todo caso habrán de suministrar las entidades de crédito, siguiendo lo previsto por los artículos 21, 22 y 23 acerca de la Ficha de Información Precontractual, la Ficha de Información Personalizada y la Oferta Vinculante.

#### 3.4. Referencia al incumplimiento de los deberes de transparencia.

El artículo 60 TRLGDCU dice que «antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, (...)». Por tanto, el deber de comprensibilidad se refiere no solo a qué información ha de ser proporcionada –vertiente cuantitativa-, sino también al modo en que dicha información ha de suministrarse –vertiente cualitativa-.

---

<sup>534</sup> ROJO AJURIA, L., Op. Cit., pp. 254 y ss., y pp. 275 y 276.



De la letra del artículo 60 TRLGDCU se desprende que en caso de proporcionar información de manera incomprensible o difícilmente comprensible nos encontraríamos asimismo ante un incumplimiento de dicho deber. Recogimos la tesis de GARCÍA VICENTE referida a los fundamentos y finalidades de la materialización del deber de información en el citado artículo, que se resumen en el aseguramiento de la libertad para contratar y que el consumidor conozca y comprenda tanto las principales características del objeto del contrato como las cargas económicas y jurídicas que derivan del mismo<sup>535</sup>. De ahí que el deber de información haya de conjugar tanto su vertiente cuantitativa, relativa a la información que debe ser ofrecida, como su vertiente cualitativa. Puesto que si la información no es comprensible, obviamente, de nada sirve al consumidor para tomar su decisión libremente y con suficiente conocimiento. De esta manera, la exigencia de comprensibilidad, que forma parte del deber de información, es otra de las medidas tendentes a procurar la protección del consentimiento contractual.

El requisito de transparencia o de comprensibilidad además se prevé en distintas normas sectoriales. Por citar algunos ejemplos, el artículo 6 de la *Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios* establece que la información precontractual «deberá ser clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa (...)». El artículo 27 de la *Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico* prevé, antes de la celebración del contrato, que el prestador de servicios de la sociedad de información ponga a disposición del usuario determinada información «de forma permanente, fácil y gratuita, información clara, comprensible e inequívoca». Asimismo, el artículo 3 de la *Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro* dispone que «las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa». Por último, el artículo 209.2 TRLMV dice que «toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa. (...)»<sup>536</sup>.

Cuando se aborda el incumplimiento de los deberes de información, se plantea si tal incumplimiento se ha producido debido a la proporción de información engañosa o bien por la omisión de información –dolo activo y dolo omisivo-. Pero que la información proporcionada no sea comprensible supone asimismo un incumplimiento de dicho deber. En consecuencia, se plantea si dicho ilícito puede ser igualmente constitutivo de dolo «in contrahendo». Es sabido que, en los últimos años, cuando nos encontramos frente a una cláusula que no cumple el requisito de comprensibilidad más que recurrir a la teoría de los vicios del consentimiento se solicita la aplicación del control de transparencia.

De acuerdo con la doctrina mayoritaria, cuando una de las partes es un consumidor, la solución ideal no es la anulación del contrato sino la nulidad parcial, referida a la cláusula controvertida –en este caso, una cláusula que por un defecto de transparencia es declarada nula-. En parte, esta decantación por la nulidad parcial se fundamenta en el principio de persistencia o

---

<sup>535</sup> GARCÍA VICENTE, J. R., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 768.

<sup>536</sup> Antes recogido en el artículo 79 bis LMV.

conservación de los contratos y, por otro lado, en la consideración de que el principal interés del consumidor es que el contrato produzca sus efectos para así ver satisfechos sus intereses<sup>537</sup>.

En este punto, en primer lugar, entendemos que la conveniencia o no de que el contrato despliegue sus efectos ha de ser decisión del propio afectado en todo caso. Como consecuencia de lo anterior, si el incumplimiento de los deberes de información en cuanto a la comprensibilidad de la misma se refiriese al objeto principal del contrato, de manera que la contraparte no ha tenido la oportunidad de alcanzar a comprender las cargas jurídicas y económicas que se derivan del mismo, cabe preguntarse si el consentimiento prestado se encuentra viciado o no. Así pues, dado el imperativo legal según el cual la información precontractual ha de ser suministrada de manera comprensible, no cabe duda de que nos hallamos frente a una conducta ilícita –o bien ante la excusabilidad del error-. Cuestión aparte es que el perjudicado tenga a bien optar por el ejercicio de una acción de anulación y, por supuesto, que en cada caso concreto se dé el resto de requisitos necesarios para la apreciabilidad de dolo –o, en su defecto, error-.

### 3.5. Consecuencias derivadas del incumplimiento de los deberes de información.

Comparando las normas de protección al consumidor relativas a los deberes de información con las normas de Derecho común, se puede concluir que la teoría de los vicios del consentimiento tiene por finalidad la proporción de un sistema de normas mínimas que proteja la libertad de las partes contratantes y el proceso de formación del consentimiento, mientras que las normas de protección al consumidor se caracterizan por tener una finalidad, valga la redundancia, marcadamente tuitiva –o, al menos, eso pretende-<sup>538</sup>.

Sin embargo, sucede que las consecuencias derivadas de la infracción de los deberes de información –deberes minuciosamente detallados- *ex* artículo 60 TRLGDCU no se hallan definidas claramente<sup>539</sup>. Siguiendo a GARCÍA VICENTE, este déficit legislativo se debe a que probablemente el legislador español se limitó a trasladar a nuestro ordenamiento jurídico las normas comunitarias al respecto, obviando que éstas dejaron a los Estados miembros la previsión de las consecuencias de la infracción de tales deberes. Ahora bien, al respecto hemos de añadir que esto no ha sido siempre así, ya que en nuestro ordenamiento hemos contado con normas en las que efectivamente se recogían las consecuencias de la infracción del deber de información.

---

<sup>537</sup> Entre otros, ROYO MARTÍNEZ, M., “Contratos de adhesión”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 2, Núm. 1, 1949, p. 62; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 140; el referido autor, asimismo, en *Tratado de contratos*, Tomo II, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1659; GARCÍA VICENTE, J. R., *Tratado de contratos*, Tomo II, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1539; PASQUAU LIAÑO, M., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Elcano, 1999, p. 296; BUSTO LAGO, J. M. / ÁLVAREZ LATA, N. / PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, BUSTO LAGO, J. M. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 235; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. / DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Dir.), ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002, p. 762.

<sup>538</sup> GARCÍA VICENTE, J. R., *Op. Cit.*, p. 1539.

<sup>539</sup> Así, CÁMARA LAPUENTE, S., *Op. Cit.*, p. 508; CARRASCO PERERA, Á., *Op. Cit.*, p. 352; DE LA MAZA GAZMURI, I., *Op. Cit.*, p. 155.

En determinados supuestos, la consecuencia derivada de dicho incumplimiento consistía en la resolución contractual. El artículo 44 de la *Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista* concedía al consumidor la posibilidad de resolver el contrato en caso de que el empresario no hubiese cumplido sus deberes de información. No obstante, dicho artículo fue derogado por la Disposición Derogatoria Única de la *Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. De otra parte, el artículo 10.2 de la *Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias*, también preveía la posible resolución del contrato o en caso de que el empresario no hubiere cumplido con sus deberes de información<sup>540</sup>. En cambio, en el caso del artículo 7.2 de la *Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo* se prevé que el incumplimiento de los deberes precontractuales de información contemplados en los artículos 10 y 12 implicará la anulación del contrato.

Pero, sin lugar a dudas, entre las distintas consecuencias posibles que podrían traer por causa la inobservancia de los deberes de información, se encontraría la anulabilidad del contrato con base en un dolo vicio *ex* artículos 1269 y 1270 CC<sup>541</sup>. Al fin y al cabo, lo que se pretende con la exigencia de la observancia de una serie de deberes de información es facilitar y garantizar que el consentimiento se forme de manera correcta, pudiendo las partes valorar adecuadamente las consecuencias jurídicas y económicas del contrato.

En este sentido, nuestra legislación nacional en materia de consumo, que evidentemente se guía por el principio *pro consumatore*, ha tendido a la continua declaración de la defensa del consumidor como principio rector de dicha legislación, lo que de manera inevitable nos puede terminar alejando de fines de mayor calado. Porque, aunque una de las finalidades del deber de información consiste en proteger la libertad contractual del consumidor, no es menos cierto que la normativa dirigida a su protección –en su sentido literal– se basa en la reiterada asimetría subjetiva. A lo cual ha de sumarse que en numerosas ocasiones las posibles controversias se solventan por la vía de los controles de incorporación y de transparencia en la contratación por adhesión, de forma que, constatándose la no superación de tales controles, la solución será la nulidad de la cláusula controvertida, manteniéndose la vigencia del contrato sin la referida cláusula.

Sin embargo, la teoría de los vicios del consentimiento nos ofrece la oportunidad de proporcionar una respuesta más contundente a aquellos abusos de mayor entidad que el predisponente podría haber llevado a cabo, cuyo fundamento se encuentra en el engaño perpetrado por una de las partes contratantes –y no ya en su posición respecto de la otra–, además de otorgar al adherente la posibilidad de elegir entre continuar con el contrato o bien ejercitar una

---

<sup>540</sup> GARCÍA VICENTE, J. R., *Op. Cit.*, p. 1465.

<sup>541</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., *Op. Cit.*, pp. 508 a 510, enumera las posibles consecuencias dada una infracción de los deberes de información, realizando una clasificación según la norma de que se trate. En primer lugar, en relación al TRLGDCU, las sanciones civiles generales sobre integración del contrato; segundo, lo previsto en el Código civil, en cuento al error, el dolo, la responsabilidad precontractual por culpa in contrahendo y la responsabilidad contractual; tercer lugar, las consecuencias civiles previstas en las leyes sectoriales de consumo; en cuarto lugar, las sanciones administrativas establecidas por el TRLGDCU y, en último lugar, las consecuencias privadas conforme a las normas de competencia desleal y publicidad.

acción de anulabilidad poniendo fin al mismo. Así, no se trata entonces de proteger al consumidor por el mero hecho de hallarse en una presupuesta situación desventajada. Al respecto, resulta interesante la sentencia de la *Supreme Court* [2009] UKSC 6, “The Office of Fair Trading (Respondents) v Abbey National plc & Others (Appellants)”, en la que se recuerda que uno de los principios generales del Derecho de consumo anglosajón es que tales normas se dirigen a que el consumidor cuente con distintas opciones debidamente informado y no, en cambio, a proteger al consumidor de tomar decisiones poco meditadas o imprudentes. Dice, entonces, la referida sentencia, «*as a very general proposition, consumer law in this country aims to give the consumer an informed choice rather than to protect the consumer from making an unwise choice*».

Teniendo presente el protagonismo que han adquirido los deberes de información, de acuerdo con CARRASCO, el hecho de que las normas relativas al deber de información, que determinan la cantidad y el modo en que han de proporcionarla las empresas, parecen pretender «sustituir remedios de Derecho común (como la anulación por dolo)», advirtiendo el autor que esta «imposición de deberes legales de información sectorial se revela a la larga como un pobre sustituto de los remedios generales»<sup>542</sup> en aquellos supuestos en los que se produce una sobrecarga de información al consumidor. No obstante, el hecho de contar hoy día con un amplio repertorio de normas referidas al deber de información, indiscutiblemente se facilita la tarea consistente en delimitar los supuestos en los que podría apreciarse dolo *in contrahendo*, ya que de la abstracción propia del principio general de buena fe se ha pasado a la objetivación de tal cuestión.

#### 4. El *animus decipiendi*.

##### 4.1. Concepto y alcance del *animus decipiendi*.

Una de las condiciones indispensables para la apreciación de dolo vicio es el propósito o la intención de captar la voluntad de la contraparte de manera que ésta celebre un contrato de otro modo no habría celebrado –*animus decipiendi*–<sup>543</sup>. Aunque en principio este requisito pueda ser aparentemente pacífico, en torno al mismo surgen dos cuestiones especialmente relevantes: en primer lugar, el alcance de dicha intencionalidad; esto es, qué aspectos ha de abarcar la intención de quien emplea las *maquinaciones insidiosas*. Y, en segundo lugar, una vez de determinado el

---

<sup>542</sup> CARRASCO PERERA, Á., Op. Cit., p. 352.

<sup>543</sup> Acerca del requisito de intencionalidad, MORALES MORENO, A. M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, Vol. 1º.-B, ALBALADEJO, M. / DÍAZ ALABART, S. (Dir.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, p. 381; MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de contratos*, Tomo I, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 566; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 199; DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Vol. III, Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 151; GARCÍA VICENTE, J. R., *Comentarios al Código Civil*, Tomo VII, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9124; MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil*, Tomo VIII, Vol. 2º, Reus, Madrid, 1967, p. 588; DE COSSÍO CORRAL, A., *El dolo en el Derecho Civil*, Comares, Granada, 2005, p. 194; CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 338 y 339; PAREJO GUZMÁN, M. J., *El vicio de la voluntad denominado dolo en el Derecho Civil español y en el Derecho Canónico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 112; ALMAGRO NOSETE, J., *Comentario del Código Civil*, Tomo VI, SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (Coord.), Bosch, Barcelona, 2006, p. 657; VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Acciones Civiles*, Tomo II, LLAMAS POMBO, E. (Dir.), La Ley, Madrid, 2013, pp. 1307 y 1308.

alcance de la intención del *deceptor*, habrá que averiguar de qué modo puede probarse tal aspecto puramente subjetivo.

De acuerdo con nuestra doctrina y jurisprudencia, se observan distintas posturas acerca del alcance de la intención del *deceptor*. La intención puede referirse al engaño –incluyendo, no solo las declaraciones que faltan a la verdad, sino también la omisión de información y, en determinadas ocasiones, el suministro de información incomprensible-. En este sentido, COSSÍO entiende que, dado que lo que provoca el vicio del consentimiento es el engaño, «la única intención que aquí puede exigirse para que la acción de anulación proceda, es la intención de engañar, que por sí sola constituye un hecho ilícito»<sup>544</sup>.

Asimismo, hallamos una postura según la cual lo que se exige para la apreciación de dolo «in contrahendo» es la intención de provocar deliberadamente un error en la contraparte. En palabras de Díez-Picazo, «el engaño que supone una maniobra intencionadamente buscada y dirigida a producir en el contratante un conocimiento equivocado o una representación mental inexacta acerca de la situación –bienes, personas, circunstancias, etc.- sobre la que el contrato ha de recaer»<sup>545</sup>.

En tercer lugar, se puede entender que debe tratarse de una intención dirigida a captar la voluntad de la contraparte para la celebración del contrato. De esta manera, en este supuesto la intención del *deceptor* abarca tanto la realización de la conducta insidiosa como el resultado que probablemente puede darse de dicha conducta, esto es, la captación de la voluntad de la otra parte contractual<sup>546</sup>. Al respecto, según Morales Moreno, la conducta insidiosa puede ir directamente dirigida a provocar la declaración negocial de la víctima, si bien entiende que «seguramente basta con que se utilicen esos medios insidiosos con consciencia de que han de producir la captación, aunque directamente no sea éste el propósito»<sup>547</sup>.

Y, por último, aunque tales posibilidades han sido descartadas por doctrina y jurisprudencia, se halla la intención de provocar un daño. Pero, como decimos, hoy día no se requiere en ningún caso que la intención del *deceptor* deba alcanzar la provocación de un daño; señalando parte de la doctrina que dicha cuestión puede deberse a la confusión entre el dolo vicio y el dolo relativo a la «culpa in contrahendo» como origen de la responsabilidad por daños<sup>548</sup>. Al respecto, por ejemplo, dice la STS de 5 de mayo de 2009 (Núm. 289/2009) que «no se requiere especial ánimo de perjudicar con el negocio, sino que basta que la conducta activa, o negativa, obedezca al propósito de inducir a la contraparte a realizar la declaración viciada» –en sentido parecido, entre otras, las SSTS de 30 de enero de 2003 (Núm. 781/2013), la de 10 de mayo de 2011 (Núm. 327/2011) y también la de 17 de febrero de 2016 (Núm. 72/2016)-<sup>549</sup>.

---

<sup>544</sup> DE COSSÍO CORRAL, A., Op. Cit., p. 195. A su vez, en cuanto al requisito relativo al propósito de engañar, VÁZQUEZ DE CASTRO, E., Op. Cit., p. 1307.

<sup>545</sup> Díez-Picazo y Ponce de León, L., Op. Cit., pp. 199 y 200. Igualmente, Almagro Nosete, J., Op. Cit., p. 657.

<sup>546</sup> Morales Moreno, A. M., Op. Cit., pp. 382 y 383; Marín López, M. J., Op. Cit., p. 570; Parejo Guzmán, M. J., Op. Cit., p. 112; Carrasco Perera, Á., Op. Cit., p. 339.

<sup>547</sup> Morales Moreno, A. M., Op. Cit., p. 383.

<sup>548</sup> Vázquez de Castro, E., Op. Cit., pp. 1307 y 1308.

<sup>549</sup> Así lo ponen de manifiesto, entre otros, de Castro y Bravo, F., Op. Cit., p. 151; Vázquez de Castro, E., Op. Cit., pp. 1307 y 1308; de Cosío Corral, A., Op. Cit., pp. 194 y 195; Marín López, M. J., Op. Cit., p.

En este punto, aparte de los distintos alcances de la intencionalidad del *deceptor* que sucintamente se acaban de exponer, cabe una última postura según la cual lo principal es el resultado obtenido con la *maquinación insidiosa*. Conforme a DE CASTRO, el dolo vicio se diferencia del dolo en caso de la responsabilidad extracontractual o en relación al incumplimiento de las obligaciones. En el caso del dolo vicio, dice el autor que «no se requiere que exista una intención dañina o mal intencionada, y basta para tenerlo en cuenta con que la maquinación insidiosa ejerza tal influencia sobre quien declara, que su declaración no pueda considerarse como decisión propia de una persona libre y no engañada. Por ello, es indiferente la finalidad que se proponga conseguir el autor de las palabras o de la maquinación insidiosa, sea por broma, “para el bien” del otro contratante o para obtener un beneficio injusto»<sup>550</sup>.

Dada la referencia a la insidia del dolo vicio *ex* artículo 1269 CC, la cuestión relativa a la intención del *deceptor* se constituye, en consecuencia, como un requisito necesario para la posibilidad de apreciación de dolo vicio. Por tanto, en este punto, consideramos que la intencionalidad en el empleo de las palabras o maquinaciones insidiosas se circunscribe, siguiendo a GARCÍA VICENTE, a la asunción de «la posibilidad del engaño y la voluntad de aprovecharse de él (...) no siendo necesaria la intención deliberada de engañar»<sup>551</sup>. Por su parte, CARRASCO, considera que el *deceptor* ha de tener «consciencia del engaño y el propósito de servirse de él»<sup>552</sup>. En definitiva, entendemos que, efectivamente, el grado de *malicia* del *deceptor* no tiene porqué alcanzar esa intención deliberada de engañar, sino que debe ser suficiente con la consciencia y aceptación del engaño empleado – un engaño que abarca la falta de veracidad, la omisión de información y la incomprendibilidad de la información-.

Pues bien, una vez determinado el alcance del *animus decipiendi*, nos situamos frente al problema relativo a la actividad probatoria. Habida cuenta de que hoy día se ha objetivado el deber de información, la concreción de la conducta ilícita llevada a cabo no debe plantear mucha dificultad. Sin embargo, en lo que atañe al elemento subjetivo de la conducta ilícita, esto es, el *animus decipiendi*, se plantea la dificultad de su prueba.

En la SAP de Granada de 12 de abril de 2013 (Núm. 130/2013), cuyo objeto de litigio era un contrato de permuta financiera de tipos de interés (swap), se acredita que el cliente había recibido la información sobre dicho producto, que «no incluía ningún beneficio potencial del instrumento financiero», y «los riesgos que podían suponer para el cliente las bajadas de tipos de interés y los riesgos de no haber contratado una permuta de tipos estándar por el caso de subida», todo ello de manera destacada, clara, imparcial y comprensible. Sin embargo, también se demuestra que la entidad había «ocultado la información con la que contaba al tiempo de celebrar el contrato, no compartida con la demandada, sobre la evolución futura de los tipos de interés». Así, en cuanto a la apreciación de dolo *in contrahendo*, se sostiene en la referida sentencia la prueba de la *reticencia dolosa de la entidad bancaria* al no haber compartido con el cliente la información sobre la previsible bajada de tipos de interés, cuando el artículo 79 LMV

---

570, añadiendo que, asimismo, tampoco cabe exigir que el *deceptor* tenga la intención de cometer una conducta ilícita.

<sup>550</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., Op. Cit., p. 151

<sup>551</sup> GARCÍA VICENTE, J. R., Op. Cit., p. 9124

<sup>552</sup> CARRASCO PERERA, Á., Op. Cit., p. 339.

no solo recogía el deber de información sino también el de proteger los intereses de su cliente como si fuesen propios. En este caso concreto, que la entidad tuviese dicha información, que tenía consciencia de su importancia y no la pusiese a disposición de su cliente, parecen justificar el *animus decipiendi* de la entidad.

En relación a la importancia de la información y en el contexto del contrato litigioso, según recoge la sentencia, la entidad «sabía del pronóstico prácticamente unánime de bajada de tipos de interés y que lo ocultó a la demandante en reconvención, (...), provocando así un importante beneficio por su parte y un correlativo perjuicio para el cliente». De lo transcrito se deduce que el *animus decipiendi* se refería a la consciencia de que la información omitida era de interés para el cliente. No obstante, sobre la anulación de este contrato con base en dolo vicio, la STS de 5 de julio de 2016 (Núm. 460/2016) concluye que no se dan los requisitos necesarios para la apreciación de dolo, entre otras causas, al entender que el silencio de la entidad no fue empleado como medio de engaño para lograr el consentimiento del cliente y tampoco se puede considerar que la entidad estuviese obligada a informar acerca de «su previsión sobre la evolución de los tipos de interés, pero sí sobre el reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratación del swap». Todo ello sin que se entre a valorar nada en cuanto al *animus decipiendi* de la entidad.

#### 4.2. La prueba del *animus decipiendi*. La intención manifiesta durante los tratos preliminares.

La conducta ilícita respecto del dolo *in contrahendo* requiere del elemento subjetivo consistente en el *animus decipiendi*. Sin embargo, tal y como hemos puesto de manifiesto, la actividad probatoria respecto de dicha cuestión presenta grandes dificultades debido a que se trata de demostrar cuál era el querer –interno- del que empleó *palabras o maquinaciones insidiosas*.

A día de hoy, dada la relevancia de la contratación por adhesión, que el predisponente hubiere suministrado información no veraz o no comprensible, o bien hubiese omitido información relevante, es posible relacionar la consideración de la especial responsabilidad del predisponente en la redacción del contrato con la profesionalización de la redacción de tal clase de contratos. Por estos motivos, el incumplimiento de los deberes imperativos de información se perciben como un incumplimiento especialmente gravoso –dada la *lex artis* de la predisponente-

553

Pero esta circunstancia, que no es baladí, no deja de tener la consideración de culpa grave, sin que en principio pueda admitirse su equiparación a la conducta insidiosa. De la letra del artículo 1269 CC no se puede extraer dicha conclusión, a diferencia de la interpretación jurisprudencial del artículo 62 de la *Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías –LCTTM-*, relativo a la responsabilidad del porteador. El artículo 62 –

---

<sup>553</sup> Al respecto, en el contexto de la contratación bancaria, TOVAR SABIO, V., “Nulidad del negocio de las participaciones preferentes”, *Reclamaciones frente a la comercialización de las participaciones preferentes*, SANJUÁN Y MUÑOZ, E. / LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M. (Dir.), SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (Coord.), Bosch, Barcelona, 2013, p. 140, el incumplimiento del deber de información en esta clase de supuestos se suele producir cuando «el responsable de la entidad bancaria es plenamente conocedor de que, suministrando una determinada información, el cliente no va a suscribir el contrato pero a pesar de ello la calla de una información equivocada o parcial (ofreciendo lo positivo y no lo negativo del producto, por ejemplo) con la única finalidad de que el contrato se lleve a cabo finalmente».

LCTTM- prevé la inaplicación de las normas relativas a la exclusión o limitación de la responsabilidad del porteador cuando hubiere provocado perjuicios «con actuación dolosa o con una infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido». De este modo, según la STS de 10 de julio de 2015 (Núm. 399/2015), el contenido del artículo citado «*responde a una clara finalidad de objetivar la significación usual del dolo como comportamiento consciente e intencionado de perjudicar a otro. De forma que el concepto de dolo se abre o resulta comprensivo del daño ocasionado como consecuencia lógica necesaria de la infracción de un deber jurídico conscientemente cometido por el deudor, sin necesidad de “animus” o intención de perjudicar*».

A nuestro juicio, durante la fase de los tratos preliminares, cuya extensión varía según los casos, distintos comportamientos del *deceptor* podrían permitir asegurar que efectivamente éste actuó con la intencionalidad requerida por el artículo 1269 CC. Los tratos preliminares se definen, según DÍEZ-PICAZO, como aquellos «actos que los interesados y sus auxiliares llevan a cabo con el fin de elaborar, discutir y concertar el contrato. (...). Pueden consistir en conversaciones o negociaciones, pero también en manifestaciones escritas, redacción de proyectos, minutas o borradores»<sup>554</sup>. Ciertamente, el hecho de realizar una serie de actuaciones que adquieren la consideración de tratos preliminares no significa que las partes eventualmente vayan a celebrar el contrato.

No obstante, a diferencia de lo que ocurre respecto de la culpa *in contrahendo* y a pesar de que tales actuaciones no tienen la consideración de actos jurídicos en sentido estricto, el contrato se ha celebrado cuando se está ante la discusión sobre la anulación de un contrato determinado por concurrencia de dolo vicio. Así, en este contexto, los tratos preliminares entre las partes indican el interés por celebrar un contrato. Aunque para la prueba de la insidia se requiere la concurrencia de más elementos que así la corroboren.

Para ofrecer una perspectiva adecuada acerca de la prueba de la insidia del *deceptor* es necesario delimitar la cuestión. Nos centraremos aquí en la contratación en el ámbito financiero, cuya importancia viene marcada tanto por el volumen de contratos que se celebran, la relevancia económica de los mismos y la complejidad de su comprensión dado el objeto del contrato. Pues bien, entendemos que el principal factor a tener en cuenta en relación a la intención del *deceptor* ante las circunstancias descritas es que en la fase de tratos preliminares se aplican técnicas de marketing<sup>555</sup> y el consiguiente ánimo de lucro con que se llevan a la práctica. Por supuesto, no se pone aquí en duda la licitud del empleo de tales técnicas, sino que se trata de poner de manifiesto el hecho de que su uso lo que viene a indicar es el deseo de las entidades de captar clientela. Y la

---

<sup>554</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., Op. Cit., p. 311.

<sup>555</sup> Bien es cierto que el concepto de marketing puede tener muy diversos significados. En este sentido, basta comprobar la evolución de dicho concepto según la *American Marketing Association*. Su última definición, aprobada en 2013, dice así: «marketing is the activity, set of institutions, and processes for creating, communicating, delivering, and exchanging offering that have value for customers, clients, partners, and society at large». La definición anterior, de 2007, es la siguiente: «Marketing is the activity, set of institutions, and processes for creating, communicating, delivering, and exchanging offerings that have value for customers, clients, partners, and society at large». Y la definición de 2004 era: «Marketing is an organizational function and a set of processes for creating, communicating, and delivering value to customers and for managing customer relationships in ways that benefit the organization and its stakeholders».

Enlace página web: <https://www.ama.org/AboutAMA/Pages/Definition-of-Marketing.aspx>



captación de clientela se lleva a cabo mediante la celebración de distintos contratos relativos al sistema financiero, donde la comunicación interpersonal tiene una especial relevancia dada la complejidad del producto. Así, en las comunicaciones entre entidad y cliente, al mismo tiempo que se le está ofreciendo información sobre el producto o servicio financiero, también se le está intentando persuadir para la efectiva celebración del contrato<sup>556</sup>.

La comunicación no solo tiene por finalidad el suministro de la información precontractual sino también la captación de la voluntad. Esta circunstancia, cuando la comunicación se realiza verbalmente, plantea un problema a nivel práctico: la dificultad de la prueba. Dada la influencia de tales comunicaciones sobre el cliente, lo único que verdaderamente se puede considerar probado es la intención de la entidad de captar su voluntad y lo que se refleja expresamente en la documentación precontractual, en su caso, y en la documentación contractual. De este modo, si el contenido del contrato fuese conforme a Derecho, pero el cliente basa su decisión en función de lo que se le comunica verbalmente, no hay modo de demostrar el contenido de las comunicaciones.

Pero si el punto de partida es el ilícito civil consistente en el incumplimiento de los deberes de información en la propia documentación escrita –elemento objetivo-, que el *deceptor* suministre dicha información en el desarrollo de su actividad profesional en la que emplea legítimamente técnicas de marketing para la captación de los clientes, estas circunstancias podrían constituirse como prueba de la consciencia del *deceptor* acerca del ilícito en el que está incurriendo y su influencia sobre la voluntad del cliente o potencial cliente.

Dada la profesionalización de la redacción de los contratos por adhesión y que la parte predisponente es la que mejor conoce el producto o servicio financiero que ofrece, la proporción de información falsa, la omisión de información relevante o bien la falta de comprensibilidad de dicha información, habría de ser interpretada como un incumplimiento deliberado de las normas relativas a la conducta ilícita en el ámbito del dolo vicio.

En caso de que se considerase inadmisibles dicho razonamiento, probablemente las pocas sentencias que aprecian la concurrencia de dolo *in contrahendo* carecerían de fundamento suficiente para así entenderlo. En segundo lugar, nos encontraríamos ante un problema prácticamente insalvable a efectos probatorios, ya que el afectado por el vicio difícilmente –por no decir que sería imposible– podría encontrar manera de probar el *animus decipiendi* del *deceptor*.

Podría decirse que, en caso de aplicar tal nivel de exigencia respecto de la prueba de la intención del *deceptor*, el perjudicado quedaría sujeto, o limitado, a la espera de un golpe de suerte como, por ejemplo, la publicación en la prensa nacional de las comunicaciones internas de Caja Madrid –hoy Bankia– acerca de la comercialización de participaciones preferentes. Entre otras cosas, se constató en tales circulares que la información suministrada a los comerciales de la entidad, en relación a la seguridad del producto, aseguraba que dicho producto «tiene la garantía

---

<sup>556</sup> Por ejemplo, SÁNCHEZ GUZMÁN, J. R., *Marketing financiero. Principios y estrategias*, Civitas, Madrid, 1995, p. 250, «la práctica más frecuente dentro de la comunicación financiera combina la comunicación masiva como la publicidad con la comunicación interpersonal como la venta para lograr persuadir al consumidor de las bondades de sus servicios».

100% de Caja Madrid»<sup>557</sup>. Información que transmitían los comerciales a sus clientes o potenciales clientes para la venta del producto financiero. En cambio, de acuerdo con la Comisión Nacional del Mercado de Valores, las participaciones preferentes «tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada»<sup>558</sup>.

En definitiva, si se exigiese tal nivel de prueba, entendemos que la posibilidad de recurrir a lo previsto por los artículos 1269 y 1270 CC –dolo *in contrahendo*– requeriría la previsión de medidas tales como la prevista en el artículo 283.bis.a) LEC, sobre la «exhibición de las pruebas en procesos para el ejercicio de acciones por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia», modificación operada por el *Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores*.

#### IV. ELEMENTO SUBJETIVO DEL DOLO *IN CONTRAHENDO*. LA VOLUNTAD VICIADA.

##### 1. Distinción entre dolo causante y dolo incidental.

Según dispone el artículo 1269 CC «hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho». De este artículo se deriva que el dolo vicio está compuesto por dos elementos: por un lado, un elemento objetivo, referido al ilícito precontractual y consistente en las «palabras o maquinaciones insidiosas» de una de las partes y, por otro lado, un elemento subjetivo, consistente en la consecuencia que de dicho ilícito se deriva, esto es, la voluntad viciada<sup>559</sup>.

Si acudimos al artículo 1270.1 CC, en él se especifica que «para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes», de tal manera que el dolo causante, aquel del que se deriva la anulabilidad del contrato, requiere que las palabras o maquinaciones insidiosas revistan gravedad.

En este punto, siguiendo a MORALES MORENO<sup>560</sup>, conviene tener presente lo señalado por COSSÍO acerca de la delgada línea divisoria que existiría entre el dolo vicio y, de otra parte, la ausencia de algunos de los elementos esenciales del contrato, lo cual lleva aparejada, en vez de la anulabilidad del contrato, la nulidad absoluta o radical –*ex* artículo 1261 CC-<sup>561</sup>. Y es que la intensidad del engaño como criterio para la valoración de la gravedad del mismo, además del interrogante relativo a qué clase de dolo se ha producido, si causante o incidental, nos lleva a la diferenciación entre la posible concurrencia de un dolo «*in contrahendo*» o bien la inexistencia de alguno de los elementos esenciales del contrato.

---

<sup>557</sup> [https://www.eldiario.es/economia/Caja-Madrid-empleados-circulares-preferentes\\_0\\_137886955.html](https://www.eldiario.es/economia/Caja-Madrid-empleados-circulares-preferentes_0_137886955.html)

<sup>558</sup> [https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Fichas/Fichas\\_Preferentes.pdf](https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Fichas/Fichas_Preferentes.pdf)

<sup>559</sup> Entre otros, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Op. Cit.*, p. 199; MORALES MORENO, A. M., *Op. Cit.*, p. 381; ROJO AJURIA, L., *Op. Cit.*, pp. 101 y 102. En relación al engaño, según declara, por ejemplo, la STS de 3 de octubre de 2003 (Núm. 913/2003), el mismo ha de cumplir dos requisitos «*como dice la sentencia de 23 de mayo de 1996, requiriendo un presupuesto subjetivo, la conducta de mala fe, y el objetivo, la gravedad*».

<sup>560</sup> MORALES MORENO, A. M., *Op. Cit.*, p. 431.

<sup>561</sup> DE COSSÍO CORRAL, A., *Op. Cit.*, p. 203.

Pero, volviendo a la distinción entre dolo causante y dolo incidental, tal como señala la STS de 16 de febrero de 2010 (Núm. 30/2010), «se ha considerado que en un sentido muy amplio, “dolo es todo complejo de malas artes, contrario a las leyes de la honestidad e idóneo para sorprender la buena fe ajena, generalmente en propio beneficio”, aunque esto último no es exigible para que pueda considerarse que ha concurrido dolo. Por ello el concepto central que aparece en el art. 1269 CC es aquella estratagema que se utiliza para que se produzca una percepción errónea en el otro contratante y por ello se considera que, en definitiva, el dolo induce a un error, si bien lo que se pone de relieve en este vicio de la voluntad no es tanto el resultado, sino la maquinación utilizada para llegar a él». De esta sentencia se deduce que el punto de partida es la conducta ilícita llevada a cabo por el *deceptor*, si bien las consecuencias jurídicas derivadas de tan grave transgresión jurídica dependerán del alcance o de la gravedad de dicha transgresión.

Destaca la doctrina que el elemento de mayor relevancia en el dolo como vicio del consentimiento *-dohus causam dans-* es la insidia. Al respecto, esta consideración de la insidia se fundamenta desde una perspectiva teleológica, en cuanto a que la misma ha servido para la captación del consentimiento de la víctima, de manera que vicia su consentimiento de tal modo que la ha llevado a celebrar un contrato que de otro modo no habría hecho<sup>562</sup>.

En cambio, por dolo incidental se entiende aquél que ha sido cometido sin cumplir el requisito de la *gravedad* que, de acuerdo con el artículo 1270.1 CC, «sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios». De este modo, por ejemplo, en la STS de 11 de julio de 2007 (Núm. 798/2007) se afirma que el dolo es incidental cuando el engaño no va referido a la esencia del contrato<sup>563</sup>. Además, a diferencia de lo que ocurre con el dolo causante, el incidental es aquel que se ha limitado a favorecer la celebración del contrato, pero no puede considerarse determinante para su celebración, por lo que la voluntad de llevar a cabo la celebración del mismo no ha sido creada por el dolo empleado por una de las partes<sup>564</sup>.

---

<sup>562</sup> Acerca de la cuestión, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., Op. Cit., 199. Y, CARRASCO PERERA, Á., Op. Cit., p. 331, señala que «el dolo es sinónimo de insidia, de engaño, en la fase de formación del contrato. Pero su patología como vicio de la voluntad no procede del desvalor que merece esta conducta del agente, sino de que la misma ha servido para captar la voluntad del engañado».

<sup>563</sup> Dice la referida sentencia, «*tampoco es incorrecta la calificación del dolo como incidental, pues el pacto de compras mínimas, pese a su indudable relevancia en el conjunto del contrato de distribución, no constituye su esencia, (...)*»

<sup>564</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., Op. Cit., 201; MORALES MORENO, A. M., Op. Cit., p. 407; CASTÁN TOBEÑAS, J., Op. Cit., p. 649. Sobre este extremo, DE CASTRO Y BRAVO, F., Op. Cit., pp. 153 y 154, sostiene que el *dohus causam dans* «consiste en la maquinación que es causa o determinante del contrato, negocio o declaración, que sin ella no se hubiera hecho», y el dolo incidental es «el que afecta a una modalidad, cláusula o carga del contrato». Indica ROJO AJURIA, L., Op. Cit., p. 153, siguiendo a Mucius Scaevola, que la principal diferencia entre dolo causante y dolo incidental radica en «el *animus contrahendi* del perjudicado». Dentro de la doctrina italiana, TRABUCCHI, A., *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, CEDAM, Padova, 1937, pp. 173 y 174, «riguardo agli effetti sulla volontà del *deceptus*, perché si possa a vere annullabilità nel contratto, il raggio dev'essere stato la causa determinante della dichiarazione di volontà: *dohus causam dans*; e qui non ripeto quanto si è già visto intorno al rapporto tra l'essenza dei vizi del volere e i motivi della determinazione. (...) A questo proposito la scuola contrappone al *dohus causam dans* il *dohus incidens*, che sarebbe quella forma di dolo che non produce annullamento, in quanto vi sia ragione per credere che, anche senza di esso, il negozio si sarebbe del pari compiuto, sebbene a condizioni differenti».

Ha sido constante en la doctrina la advertencia acerca de la dificultad que implica la distinción entre dolo causante y dolo incidental que, en apariencia, es sencilla. Sobre todo, a efectos probatorios. El artículo 1270.1 CC exige, para la posibilidad de anular el contrato, que la *insidia* empleada haya sido grave.

Tradicionalmente, la gravedad de la insidia se ha identificado con el hecho de que tendrá que haber sido determinante para la celebración del contrato o bien que haya sido la causa del mismo. No obstante, como es sabido, en la práctica sucede que nos podemos encontrar con supuestos en los que esta distinción se posa sobre las arenas movedizas de las conjeturas, pues en numerosas ocasiones determinar si el engaño opera como *conditio sine qua non* de la celebración del contrato no es susceptible de ser probado fehacientemente, aunque se atendiese «al ambiente y tipo de negocio»<sup>565</sup>. Obviamente, no siempre será así, pero determinar qué es lo que ha motivado a una persona a celebrar un contrato es harto difícil -a lo que ha de añadirse el hecho de que en la jurisprudencia tampoco es posible hallar una respuesta definitiva, o por lo menos clara, a lo que aquí planteamos-.

La distinción entre dolo causante y dolo incidental con base en la regla general según la cual dolo causante es aquel en el que la conducta insidiosa provoca la motivación para la celebración del contrato, mientras que en el supuesto del dolo incidental simplemente se favorece su celebración, dada la generalidad de la afirmación, deriva en que tal distinción pueda realizarse en función de distintos criterios: a) en primer lugar, la relación entre la conducta insidiosa como la motivación o causa para la celebración del contrato y la doctrina de la causa del contrato y la denominada «causa concreta»; b) por otro lado, para la valoración de la gravedad del dolo, también se ha propuesto que si el engaño versó sobre los elementos esenciales del contrato, el dolo había de ser considerado causante; en cambio, si el engaño se refirió a los elementos no esenciales, el dolo sería entonces incidental.

## **2. La causa del contrato como elemento para la valoración de la insidia. La «causa concreta».**

Una propuesta para la diferenciación entre dolo causante y dolo incidental que se posa sobre un significado finalista de la gravedad del dolo plantea, entre otros, el problema relativo a la causa del contrato y su delimitación con respecto al dolo vicio, cuestión del todo compleja dada la dificultad intrínseca a la doctrina de la causa de los contratos<sup>566</sup>.

La distinción entre dolo causante y dolo incidental suele basarse en la relación existente entre la gravedad del engaño empleado para la captación del consentimiento de la otra parte

---

<sup>565</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., Op. Cit., p. 154.

<sup>566</sup> Conservando validez la afirmación realizada por DE CASTRO Y BRAVO, F., Op. Cit., p. 164, puesto que la misma ha venido siendo «objeto de continuada y al parecer interminable discusión». Por su parte, AMORÓS GUARDIOLA, M., *La causa del crédito hipotecario*, Colegio de registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990, p. 20, «el problema de la causa adquiere un significado mucho más directo y ceñido a la vida real, al margen de confusiones doctrinales. Se trata de saber cuándo un pacto es obligatorio y hasta dónde es válido el contrato que lo origina, de acuerdo con su razón de ser, finalidad y licitud. Esa finalidad o propósito práctico querido por las partes condiciones la protección jurídica del contrato celebrado y su eficacia».

contratante y los efectos que sobre su voluntad contractual se derivan. Distinguiéndose, entonces entre el dolo causante, donde la conducta dolosa es originadora de la voluntad de celebrar un contrato determinado y, de acuerdo con la STS de 23 de julio de 1998 (Núm. 734/1998), aparece «en el caso de dolo (causante), la inducción del error por maquinaciones graves que formen un mecanismo engañoso captatorio de la voluntad del contratante»; y, en cambio, en el dolo incidental, el dolo supone la facilitación de la celebración de un contrato sobre el que ya se tenía la voluntad de celebrar.

La concepción subjetiva de la causa la entiende como «el motivo determinante de la obligación»<sup>567</sup>. Ahora bien, sucede que esta definición de la causa alude a lo que podría catalogarse como unos «móviles concretos, individuales y variables que, en un caso determinado, hayan sido determinantes»<sup>568</sup>, de manera que podríamos encontrarnos ante motivaciones que no tienen porqué ser relevantes para el ordenamiento jurídico. Ciertamente, a pesar de hallarnos ante una corriente que apuesta por el subjetivismo, no es menos cierto que la misma fue reaccionando frente a las teorías objetivas de la causa y, como consecuencia, la concepción subjetiva fue asimilando componentes propios del objetivismo<sup>569</sup>. Aunque este punto de vista sobre la causa fue ampliamente criticado en cuanto a su escasa concreción, teniendo en cuenta el sistema dualista que se sigue en nuestra jurisprudencia, la causa subjetiva mantiene su importancia en relación a lo que se conoce como «causa concreta».

Por otro lado, acerca de la noción de causa desde un punto de vista objetivo, ésta se refiere a la función económico-social del contrato<sup>570</sup> y que, para el caso de los contratos onerosos, acudiendo a nuestro Derecho positivo, dice el artículo 1274 CC que en esta clase de contratos «se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte» Así, desde esta perspectiva objetiva de la causa, a diferencia de lo que ocurre con respecto a las teorías subjetivas de la misma, se abandona la equivalencia entre causa y motivación; y, además, para conocer la finalidad económica del contrato habremos de estar a lo establecido por la propia norma jurídica<sup>571</sup>. Por tanto, lo que se produce es la eliminación del elemento psicológico de la causa, de tal manera que la causa ha de separarse de lo que se considera la motivación o intención de las partes contratantes.

De acuerdo con MESSINEO, la causa es «constante e inmutable, sea cual fuere la intención personal (...) de cada una de las partes», por lo que, de este modo, se diferencia entre lo que supone la causa y el significado del consentimiento, el cual sí que se halla relacionado con la motivación de las partes que celebran un contrato; aunque ello no obsta para que consentimiento y causa sean coincidentes, en cuanto a que la finalidad socio-económica del contrato -causa- puede coincidir con la finalidad que las partes quieran dar al mismo -consentimiento-<sup>572</sup>.

---

<sup>567</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., Op. Cit., p. 268, según lo mantenido por Capitant y, de otra parte, por Planiol y Ripert.

<sup>568</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., Op. Cit., p. 180.

<sup>569</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., Op. Cit., pp. 179 y 180.

<sup>570</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., Op. Cit., p. 267; MARÍN LÓPEZ, M. J., Op. Cit., p. 597, siguiendo a DE CASTRO Y BRAVO, F., Op. Cit., p. 181.

<sup>571</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., Op. Cit., pp. 181 y 182; MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato*, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, p. 110.

<sup>572</sup> MESSINEO, F., Op. Cit., pp. 110 a 112.

Sin embargo, parte de la doctrina ha considerado la causa en este sentido objetivo como un concepto insuficiente ya que, si se desliga por completo la motivación de la finalidad económica del contrato, se deja sin fundamento la figura de la causa ilícita<sup>573</sup>. Pero es que, además, habida cuenta de que nos hallamos ante una concepción de la causa -desde su perspectiva objetiva- que se remite a lo dispuesto por la norma, la valoración que merece el artículo 1274 CC no ha estado exento de críticas.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, acerca del citado artículo sostiene que, en un primer acercamiento, lo que se percibe es una «falta de coherencia interna, de unidad y de rigor conceptual»<sup>574</sup>. De acuerdo con el punto de vista del referido autor, tal vez, lo más criticable de dicho artículo es la mezcla que en él se realiza entre elementos de carácter objetivo, en el caso de los contratos onerosos, y otros de tipo subjetivo, para el supuesto de los contratos gratuitos; no obstante, apunta que la crítica realizada en torno a la utilidad del mismo no es del todo aceptable. El artículo 1274 CC, considerado de manera aislada ciertamente puede ser que aporte bastante poco, pero si, en cambio, este artículo se toma en consideración teniendo en cuenta otros artículos -precisando el autor, los artículos 1261, 1262, 1275, 1276 y 1277 CC-, su supuesta inutilidad queda refutada<sup>575</sup>.

Pudiera ser que, de acuerdo con MARÍN LÓPEZ, con respecto a los intentos en proporcionar una definición de causa, lo más útil sea centrar los esfuerzos en determinar la función de la misma. De este modo, y a fin de procurar una clara delimitación entre lo que pertenece a la esfera de la causa y lo que entra dentro de la noción de consentimiento contractual, la causa tiene por finalidad discernir entre los intereses o pretensiones perseguidos con la celebración de un contrato que merecen la tutela del ordenamiento jurídico de aquellos intereses que no lo son. Por tanto, la causa «es el instrumento que nuestro Derecho instituye para controlar esos fines»<sup>576</sup>.

Tal y como destaca parte de la doctrina, nuestro Tribunal Supremo ha venido aplicando un concepto dualista o sincrético de causa, de tal manera que por causa se entiende la finalidad económico-social que las partes contratantes han consentido, por lo que dentro de la causa se encuentra «el motivo determinante incorporado»<sup>577</sup>. De esta forma, se identifica una causa que puede ser considerada como genérica y que se caracteriza por responder, sobre todo, a la noción de causa objetiva. Pero, además, tal y como hemos apuntado, hemos de tener en consideración lo que se denomina la «causa concreta», que responde a los «motivos o propósitos particulares que

---

<sup>573</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J., Op. Cit., p. 597.

<sup>574</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo XVII, Vol. 1º. B, ALBALADEJO, M. / DÍAZ ALABART, S. (Dir.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, p. 530.

<sup>575</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., Op. Cit., pp. 531 y ss.

<sup>576</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J., Op. Cit., p. 599. También, CARRASCO PERERA, Á., Op. Cit., p. 157, sostiene que, ante tanta contradicción respecto del concepto de causa, lo necesario es, más que intentar dar con un concepto definitivo, plantearse el papel o, mejor dicho, las funciones que desempeña la causa en nuestro ordenamiento jurídico.

<sup>577</sup> MARTÍN LÓPEZ, M. J., Op. Cit., p. 598. Concepto de causa que se asemeja a la recogida por DE CASTRO Y BRAVO, F., Op. Cit., p. 181, y extraída de la obra de Scialoja. Así, como recoge DE CASTRO, «esta “causa objetiva”, añade, no excluye la “causa subjetiva”, ya que en el ánimo de las partes ha de estar la “consideración de aquella causa objetiva” (...); de modo que la causa objetiva habría de ser en cada negocio concreto motivo de la voluntad de las partes». En este mismo sentido, acerca del concepto de causa en nuestro Derecho, CARRASCO PERERA, Á., Op. Cit., pp. 156 y 157, pone de manifiesto dicho concepto dualista, si bien, precisa el autor que dicho sincretismo «se postula siempre en teoría, pero que luego en la práctica depende de diversas matizaciones».

inciden en la celebración del contrato»<sup>578</sup> y que, a la hora de entrar a valorar o apreciar un posible dolo *in contrahendo*, puede plantear bastantes dificultades en lo que se refiere a si el vicio afecta al consentimiento o bien a la causa del contrato en cuestión.

Esta dificultad a la que hacemos mención proviene, en primer lugar, del propio significado que a la «causa concreta» hemos de darle. Lo primero de todo es no confundir «causa concreta» con el simple motivo. Así, de acuerdo con DE CASTRO, el simple motivo es aquél que «no afecte a la consideración jurídica o caracterización del negocio mismo, es decir, a la del resultado práctico o social para el que aparece utilizado»<sup>579</sup>.

Esta cuestión sobre la causa concreta ha sido relacionada por la jurisprudencia con las «*legítimas expectativas*» de las partes contratantes. Según el Fundamento de Derecho Segundo de la STS de 12 de julio de 2011 (Núm. 497/2011), relativo a una infracción contractual en un supuesto en el que una de las partes adquieren una vivienda, la cual no cuenta con las vistas que en el folleto se reflejaban -el cual «*no responde, al menos únicamente, a una mera función de promoción, sino que constituye una auténtica oferta publicitaria*»-, lo cual, según entiende la Sala, «*no reduce el uso de la vivienda, sino que frustra las legítimas expectativas de los compradores*». De este modo, continúa la sentencia señalando que «*características como las ofrecidas en el folleto (perfectamente conocedor autor intelectual del interés del sector del mercado al que va dirigido) tienen una especial relevancia, hasta el punto de que de haber conocido las circunstancias reales los compradores no habrían adquirido la vivienda*». Además, se realiza una relación directa entre la causa concreta -o motivo causalizado- y la «*representación contractual y la confianza creada*», resaltando «*el valor de las estipulaciones -previsiones normativas contractuales- implícitas, las que, conocidas por ambas partes, excusan de ser recogidas expresamente como condiciones del negocio, operando como causa concreta del contrato*».

Ahora bien, si para la apreciación del dolo causante es necesario que la conducta insidiosa o ilícita determine la celebración del contrato, esta circunstancia incide en la motivación de la parte afectada. Cuando se hace referencia a la motivación, nos planteamos si la motivación abarca también el simple motivo o bien habríamos de atenernos a la causa concreta. Como dijimos, lo que se conoce como simple motivo, al referirse a una cuestión puramente subjetiva y que, en el ámbito de la doctrina de la causa, se trata de un aspecto que no tiene relevancia jurídica<sup>580</sup>, parece lógico que lo apropiado sería que la gravedad del engaño recayese sobre la causa concreta para poder considerarse como determinante de la celebración del contrato. No obstante, esto plantearía que para la concurrencia de un dolo causante -*dolus causam dans*-, sería requisito necesario que el engaño hubiese afectado a la causa concreta, pero, entonces, llegamos al punto en el que hemos de cuestionarnos si la captación del consentimiento por medio del engaño es equivalente a la afección de la causa concreta a consecuencia de dicho engaño.

---

<sup>578</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J., p. 598.

<sup>579</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., Op. Cit., pp. 228 y 229.

<sup>580</sup> TRABUCCHI, A., *Instituciones de Derecho civil*, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, p. 178, nos habla de los «*motivos impulsivos o finales*». Así, por ejemplo, «*una persona puede adquirir para invertir dinero para favorecer al vendedor, (motivos impulsivos)*» pero, normalmente, estos motivos no cuentan con relevancia jurídica alguno. En cualquier caso, lo que interesa al Derecho, véase en un contrato de compraventa, sería el cambio de cosa y dinero.

En este sentido, es de interés la STS de 5 de mayo de 2009 (Núm. 289/2009), acerca de la anulación de un contrato de compraventa cuyo objeto era una parcela para la construcción de una estación de servicio sin que reuniese las condiciones, tanto de superficie como administrativas, para la consecución de dicho fin. Pues bien, el contrato sobre el que recae el litigio es anulado dada la existencia de dolo *in contrahendo* y, a la hora de exponer los motivos por los cuales el Tribunal Supremo mantiene dicha apreciación señala la «falsa representación de la realidad» como consecuencia de la conducta insidiosa llevada a cabo por la vendedora, al tener la finca menor cabida de la que se había manifestado lo que, además, prosigue el tribunal, «falseaba la causa concreta negocial habida cuenta que la falta de la condición urbanística exigible (mínimo de 5.000 mts<sup>2</sup>. de superficie) la hacía no edificable y, por otro lado, resultaba imposible construir la estación de servicio».

Entonces, para distinguir entre dolo causante y dolo incidental, con base en la interpretación de la gravedad del dolo, en relación a si fue determinante dicho engaño para la captación de la voluntad de la otra parte, podríamos sostener que la clave radica en si el engaño influyó en la causa concreta de la parte que ha sido víctima del engaño<sup>581</sup>. Sin embargo, a la luz de lo establecido por el artículo 1269 CC, en relación a que el dolo tiene como efecto el haber «inducido (al) otro a celebrar un contrato que, sin ellas (sin las palabras o maquinaciones insidiosas), no hubiera hecho» y que cuando en el artículo 1270.1 CC se dispone que el dolo será causante cuando hubiere sido grave, parece carente de sentido que dicha gravedad gire en torno a la causa concreta. Es decir, en todo caso y siguiendo el texto de la norma, para hablar de dolo, el engaño tiene que haber sido determinante para la celebración del contrato en cuestión, lo cual, en mayor o menor medida, afectará a la causa concreta de quien sufre el engaño.

### **3. Solución desde una perspectiva objetiva de acuerdo con la afectación del objeto principal del contrato. Influencia de la doctrina relativa a los controles de condiciones generales y cláusulas predisuestas<sup>582</sup>.**

Una de las propuestas dirigidas a la distinción entre dolo causante y dolo incidental consistía en realizar dicha diferenciación en función de que el engaño recayese sobre aspectos relativos a algún elemento esencial del contrato o no. Esta propuesta fue desechada

---

<sup>581</sup> En el ámbito de la contratación por adhesión, parte de la doctrina ha puesto de relieve la relación entre las cláusulas sorprendentes o no transparentes con el dolo incidental. En este sentido, MIRANDA SERRANO, L. M., “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas en la contratación bancaria”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, abril 2018, pp. 37 y 38, tales cláusulas «no son sino resultado de la utilización de maquinaciones insidiosas (ex artículo 1269 CC), pues la finalidad que con ellas se persigue no es otra que hacer que los adherentes contraten en condiciones diferentes de las que creían esta contratando. (...) Ahora bien, esta maquinación se considera sólo incidental, ya que no es la causa de la decisión de contratar del adherente. Éste quiere contratar, lo que ocurre es que no desea hacerlo en los términos introducidos en el contrato por el predisponente a través de la cláusula sorprendente o no transparente». También, PANTALEÓN PRIETO, F., “Diez tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato”, *Almacén de Derecho*, 2017.

Enlace Web: <https://almacenederecho.org/10-tesis-la-falta-transparencia-las-clausulas-referidas-los-elementos-esenciales-del-contrato/>.

<sup>582</sup> En relación con el criterio a aplicar a la hora de distinguir entre cláusulas relativas a los elementos esenciales y cláusulas acerca de los elementos no esenciales, nos remitimos al Cap. II, III, 2.3.



fundamentándose en el concepto unitario del contrato<sup>583</sup> aunque, atendiendo a las normas sustantivas relativas a la protección del adherente frente a posibles abusos de la parte predisponente, esta diferenciación entre dolo causante y dolo incidental según los elementos sobre los que recaiga el engaño merece su replanteamiento desde el enfoque de la adhesión a los contratos<sup>584</sup>.

Si la doctrina relativa a la causa plantea el problema de determinar qué es lo que efectivamente motivó a las partes para celebrar el contrato -sobre todo, habida cuenta del concepto de causa concreta o motivo causalizado-, el hecho de que los elementos no esenciales tengan o puedan tener un valor esencial para el adherente a la hora de contratar es una circunstancia que vuelve a plantear la misma dificultad a la hora de entrar a valorar aspectos que son puramente subjetivos -el elemento no esenciales que para una parte pueda tener un valor puramente esencial, para la otra no tiene porqué-, ya que la doctrina del dolo vicio se presta fácilmente a dicha valoración -dada la relación entre gravedad del dolo y que éste haya sido determinante o causa de la celebración del contrato-.

Así, en este ámbito contractual que nos ocupa, e inspirados en la propuesta según la cual el dolo será causante cuando recaiga sobre un elemento esencial y, por el contrario, será incidental cuando hubiese versado sobre un elemento no esencial, podría ser una solución adecuada a este clásico debate recurrir precisamente a la sistemática empleada en la normativa sobre condiciones generales y cláusulas predispuestas a la hora de distinguir entre los elementos esenciales y los elementos no esenciales. Es decir, aprovechando la limitación por la que optó el legislador a la hora de configurar el control de contenido en cumplimiento de lo previsto por el artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE, y que es indiscutible la relevancia de una cláusula contractual que defina el objeto del contrato respecto del consentimiento que presta el adherente, el engaño sobre dicha cláusula no debería merecer otra consideración que la de dolo causante.

La equivalencia de las prestaciones se trata de un extremo que se deja al arbitrio de las partes y en la que el Derecho no puede incidir -dado que no es posible determinar el justo precio, sino que eso es algo que, en términos generales, queda en manos de la ley de la oferta y de la demanda-, de tal forma que pertenece a la esfera del consentimiento contractual. Ahora bien, para la validez del consentimiento contractual, lo que afecta a la equivalencia subjetiva de las prestaciones, es necesaria la concurrencia de dos elementos: libertad y conocimiento -o consciencia-, y la conducta insidiosa o engaño del dolo vicio precisamente incide sobre ambos elementos esenciales, habida cuenta del incumplimiento de los deberes de información .

Por tanto, el punto de partida es que el control de transparencia se aplica a las cláusulas relativas a los elementos esenciales, de forma que se entra a examinar si el adherente-consumidor tuvo la posibilidad de comprender las cargas jurídicas y económicas del contrato, evidenciándose la aplicación de un criterio objetivo a la hora de determinar la importancia de unas cláusulas -elementos esenciales- en detrimento de otras -elementos no esenciales- en lo que respecta a la formación del consentimiento contractual. Así, trasladando la misma lógica empleada en el

---

<sup>583</sup> DE COSSÍO Y CORRAL, A., Op. Cit., p. 204; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., Op. Cit., p. 201; MORALES MORENO, A. M., Op. Cit., p. 431.

<sup>584</sup> Sobre la superación de la concepción unitaria del contrato, Vid. Cap. II, III, 2.2.

control de transparencia, los elementos esenciales del contrato han de tener la misma relevancia objetiva cuando, en lugar de incumplirse el deber de transparencia, se está ante la concurrencia de una conducta insidiosa constitutiva de dolo vicio. En definitiva, entendemos que es el engaño sobre los elementos esenciales del contrato el que afecta al consentimiento con tal gravedad que dicho vicio implique la eventual anulabilidad del contrato afectado.

Ciertamente, la motivación de la parte que ha sido víctima del dolo puede tener como fuente, aparte del propio objeto del contrato, otras tantas circunstancias. Pero, habida cuenta de la dificultad que se plantea a la hora de probar la concurrencia de un dolo *in contrahendo*, así como la prueba de la motivación de las partes contratantes o intención del *deceptor* cuando se produce el engaño -esto es, si ya tenía intención de celebrar un contrato y en qué grado, o si, por el contrario, dicha voluntad fue motivada completamente por el *deceptor*-, sin lugar a dudas, es más que evidente la necesidad de configurar unos criterios objetivos para su posible apreciación -a mayor abundamiento, si partimos de la escasez de supuestos en los que la reciente jurisprudencia haya procedido a la anulación contractual de acuerdo con los artículos 1269 y 1270 CC-.

## I. LA NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.

### 1. Fundamento de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas.

#### 1.1. Introducción.

La abusividad en la contratación por adhesión se determina tras proceder a la comprobación de si se cumplen los requisitos de contenido -equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes *ex* artículo 82 TRLGDCU- y los requisitos de transparencia exigidos en el marco del control de transparencia. Por tanto, con la creación jurisprudencial del control de transparencia a partir de la STS de 9 de mayo de 2013 (Núm. 241/2013), la abusividad de las condiciones generales y cláusulas predispuestas no será consecuencia en exclusiva de la aplicación del control de contenido sino que, además, la abusividad puede derivarse del control de transparencia.

Si bien hay consenso acerca de que el control de contenido es un control de validez o de legalidad, en tanto que la validez de las condiciones generales y cláusulas predispuestas -que no tengan por objeto algún elemento esencial- se hace depender del cumplimiento de lo previsto por el artículo 82 TRLGDCU, no puede decirse lo mismo respecto del control de transparencia.

El control de transparencia se ha definido como *parámetro abstracto de validez*, restando o anulando el valor del consentimiento contractual prestado por el adherente en relación a las cláusulas que versan sobre los elementos esenciales del contrato. Tal como se ha indicado, no obstante, esta consideración de carácter jurisprudencial no puede decirse que sea mayoritaria y, en cualquier caso, parece más bien haber sido acogida de manera parcial y al mismo tiempo haciendo especial hincapié en la importancia del cumplimiento de los deberes precontractuales de información<sup>585</sup>. De hecho, a diferencia del sector jurisprudencial que niega valor negocial al consentimiento contractual del adherente, buena parte de la doctrina entiende que el control de transparencia es, efectivamente, un control de consentimiento contractual<sup>586</sup>.

---

<sup>585</sup> Vid. Cap. II, V, 4.

<sup>586</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 931; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Tratado de Contratos*, Tomo II, MORALEJO IMBERNÓN, N./QUICIOS MOLINA, S. (Coord.), BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1638, señalando que cuando se aplica el control de transparencia a las cláusulas sobre los elementos esenciales del contrato se está examinando si tales cláusulas fueron consentidas o no; PANTALEÓN PRIETO, F., “10 tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos

Pues bien, como es sabido, el artículo 8.2 LCGC establece que «serán nulas las condiciones generales que sean abusivas» -se entiende que se refiere a la nulidad de pleno derecho que se prevé en el primer apartado del artículo citado- y, por otro lado, conforme al artículo 83 TRLGDCU, «las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas» -recuérdese que ostentan la condición de cláusulas abusivas aquellas condiciones generales y cláusulas predispuestas que no hayan superado el control de contenido o el control de transparencia-.

La nulidad de pleno derecho se refiere a una ineficacia «estructural, radical y automática»<sup>587</sup>, de tal forma que la *irregularidad* que la motiva tuvo lugar durante la fase de formación del contrato, es una ineficacia que implica que la cláusula afectada por la nulidad no produzca ninguna clase de efecto jurídico -«*quod nullum est nullum producit effectum*»- y, además, opera *ipso iure*, lo que significa que se produce por sí misma, sin necesidad de intervención judicial, por lo que puede ser apreciada de oficio y la sentencia tendrá eficacia meramente declarativa<sup>588</sup>. A nuestro juicio, la característica principal de este tipo de ineficacia es su operatividad *ipso iure* o de pleno derecho, esto es, la producción de la invalidez con independencia de la voluntad de las partes o de los posibles afectados.

### 1.2. La protección del interés general a través de normas de Derecho privado y de Derecho público por la vía del régimen administrativo sancionador.

Esta opción del legislador consistente en haber previsto la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas encuentra distintos fundamentos. Uno de ellos es que por medio de la nulidad de pleno derecho se reacciona frente a los atentados contra el interés general. Así, dadas las características propias de la contratación por adhesión en el ámbito del consumo, se entendió que el tipo de ineficacia más apropiado ante la inclusión de cláusulas que se reputasen abusivas es la nulidad de pleno derecho, pues no solo se atenta contra el interés particular del adherente, sino que, asimismo, supondría una vulneración del interés general<sup>589</sup>.

---

esenciales del contrato”, *Almacén del Derecho*, 2017. Enlace Web: <http://almacenederecho.org/10-tesis-la-falta-transparencia-las-clausulas-referidas-los-elementos-esenciales-del-contrato/>. AGÜERO ORTIZ, A., “Cláusula suelo transparente porque el consumidor tuvo un conocimiento de la misma: ¿existe alguna diferencia entre el control de transparencia y la evaluación del consentimiento? Comentario a la STS de 9 de marzo de 2017 (JUR 2017/55055)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Núm. 21/2017, pp. 175 y ss.; MIRANDA SERRANO, L. M., “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, abril 2018, pp. 33 y ss.

<sup>587</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. I, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 577.

<sup>588</sup> Así entendido por todos, DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil del España*, Vol. III, Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 471 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, Tomo III, Reus, Madrid, 2008, pp. 791 y ss.; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Op. Cit.*, pp. 577 y ss.

<sup>589</sup> Según MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), Colex, Madrid, 2011, p. 754, «la nulidad de las cláusulas abusivas, si bien protege a un sujeto, la protección de él dispensa en cuanto cumple una importante función económica de consumidor, por lo que también está en juego un interés público definido constitucionalmente (art. 51 CE) y por el Derecho de la Unión Europea». Por su parte, PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, p. 617, entiende que la «disciplina jurídica especial de condiciones generales y cláusulas predispuestas no protege

La protección del interés general en el marco de la contratación por adhesión ha sido puesta de manifiesto por la doctrina del TJUE y por nuestra propia jurisprudencia. Así, según la STS de 9 de mayo de 2013 (Núm. 241/2013), acerca de la admisibilidad de la nulidad de oficio en el contexto de las acciones colectivas, se recuerda lo previsto por el artículo 9 TRLGDCU sobre la prioridad en la protección de los derechos de los consumidores cuando se trate de bienes o servicios de consumo *común, ordinario y generalizado*, lo que se pone en relación con las SSTJUE de 26 de octubre de 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, y de 4 de junio de 2009, *Pannon*, C-243/08, de acuerdo con las cuales tal control de oficio se justifica en «*la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva otorga a los consumidores*» -en sentido similar, la STJUE de 14 de junio de 2012, *Banesto*, C-618/10-.

Asimismo, sobre la no producción de efectos vinculantes para el consumidor de las cláusulas reputadas abusivas, sin que el juzgador pueda modificar o integrar su contenido, en la STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, esta consecuencia jurídica de la abusividad de las cláusulas se justifica en que «*dada la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, (...), esta Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces “para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores” (sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13/, EU:C:2014:282, apartado 78)*».

Sin embargo, la justificación de la opción por la declaración de nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas con base en la protección del interés general puede perder parte de su razón de ser con la previsión de un régimen administrativo sancionador en materia de consumo -cuestión distinta es el impacto que haya tenido el régimen sancionador, que es bastante escaso-.

En nuestro ordenamiento jurídico se ha previsto una serie de medidas de tutela preventivo general, que no es sino consecuencia de la transposición del artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE. Así, el artículo 24 LCGC dispone dos infracciones administrativas diferentes: a) la primera de ellas consiste en la ausencia de inscripción registral de una condición general cuando así sea requerido legalmente; b) y, en segundo término, una infracción administrativa relativa a la persistencia en la utilización o recomendación de una condición general cuando sobre ella hubiese recaído sentencia estimatoria con motivo de una acción de cesación o de retractación.

Por otro lado, también se ha previsto un régimen sancionador en materia de consumo, de manera que el artículo 49.1.i) TRLGDCU establece que la introducción de cláusulas abusivas en los contratos será considerada una infracción administrativa de consumo. En lo que respecta a este ámbito, debido a las competencias legislativas que han asumido las Comunidades Autónomas, las normas autonómicas relativas al régimen sancionador de consumo, aunque

---

de modo exclusivo el interés particular de cada concreto adherente, sino, más ampliamente, el interés general a que el tráfico comercial quede depurado de cláusulas contractuales predisuestas inadmisibles». También PASQUAU LIAÑO, M., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Elcano, 1999, pp. 776 y 777, en cuanto a que con la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas el interés protegido no es el interés individual de uno de los contratantes, sino que se protege a toda una categoría: los consumidores, al mismo tiempo que también se protege la competencia en el mercado.

suelen presentar un contenido bastante similar, todas ellas constan de especialidades tanto acerca de la tipificación de las infracciones como la determinación de la sanción correspondiente<sup>590</sup>. La infracción consistente en la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores es una infracción común a todas las Comunidades Autónomas, aunque gravedad de la infracción y la correlativa sanción variará según la comunidad autónoma en la que nos encontremos<sup>591</sup>.

Pues bien, la previsión de un régimen sancionador en relación con la inserción de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores podría restar justificación a la protección del interés general por parte de las normas jurídico-privadas. Ciertamente, se puede argumentar en contra de dicha afirmación que las normas sancionadoras tienen meramente la finalidad de complementar el régimen normativo privado<sup>592</sup>. Pero la razón de mayor peso por la que se puede justificar la protección del interés público por la vía de las normas jurídico-privadas es la escasa o prácticamente nula repercusión del régimen sancionador en el ámbito contractual con consumidores. Sobre este argumento, causa cierta perplejidad la previsión de la intervención pública en el marco de las relaciones jurídico-privadas para completar la protección del *contratante débil* y que, dada su escasa repercusión, se justifique la protección del interés público a través de medidas de Derecho privado.

Así, la protección del adherente por vía de la intervención pública la calificamos como una protección meramente nominal, lo que, además, tiene como consecuencia la frustración del adherente ante la previsión de un sistema de protección administrativa que se supone aparentemente preocupada por su *vulnerabilidad* ante el poder del predisponente<sup>593</sup>.

Un ordenamiento jurídico formado por normas que difícilmente puedan alcanzar su aplicación práctica es un ordenamiento jurídico incompleto, pues dichas normas necesitan de su debido respaldo procedimental<sup>594</sup>, circunstancia que se produce con claridad en relación a la

---

<sup>590</sup> Sobre las similitudes y diferencias en este sentido, DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M. I., “Algunas consideraciones acerca de la intervención pública ante las cláusulas abusivas”, *Reflexiones sobre el Derecho privado patrimonial*, Vol. III, VAQUERO PINTO, M. J. / ÁVILA DE LA TORRE, A. (Dir.), GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M. / MIRANDA MENDOZA, F. E. / SOSA OLÁN, H. (Coord.), Ratio Legis, Salamanca, 2013, pp. 160 a 162.

<sup>591</sup> A fin de comprobar del contraste existente en relación a la gravedad de la sanción prevista en los distintos territorios nacionales, en Cantabria o en la Comunidad Valenciana la sanción podrá alcanzar como máximo los 15.025,30 euros –Vid. los arts. 50.3.m), 50 bis.2.b) y 51.1.b) de la *Ley de Cantabria 1/2006, de 7 de marzo, de Defensa de los Consumidores y Usuarios*, y los arts. 69.1, 70.2.n) y 71.1.b) de la *Ley 1/2011, de 22 de marzo, de la Generalidad, por la que se aprueba el Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana*-, mientras que en Cataluña la cuantía del a multa puede ascender hasta los 100.000 euros –arts. 331-5.a), 332-3.d) y 333-1.1-b) de la *Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña*-.

<sup>592</sup> VELASCO CABALLERO, F., *Comentarios la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. / DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Dir.), ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002, p. 970, asegurando que el régimen sancionador se emplea en este caso como complemento para «asegurar el cumplimiento de las normas jurídico-privadas».

<sup>593</sup> En este sentido, PEÑA LÓPEZ, F., “La indemnización de los daños y perjuicios causados al consumidor en el marco del procedimiento administrativo sancionador”, *Aranzadi, Civil-Mercantil*, Núm. 17/2007, Aranzadi, 2007, p. 4, pone de relieve la frustración del consumidor al comprobar que, a pesar de lo dispuesto por el artículo 48 TRLGDCU, el derogado *Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora -RPS-* únicamente se encarga de regular la indemnización por daños y perjuicios sufridos por la propia Administración y no por le administrado.

<sup>594</sup> COING, F., “La historia del Derecho y dogmática jurídica”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 9, 1982, p. 247.

posibilidad de exigir al infractor de consumo la reposición de la situación alterada y la indemnización por los daños y perjuicios.

Por el momento, teniendo en cuenta la situación actual, caracterizada por la defectuosa redacción del art. 48 TRLGDCU y la escasa trascendencia del régimen sancionador en lo concerniente a la infracción consistente en la introducción de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores –*ex* art. 49.1.i) TRLGDCU, desarrollado por las legislaciones autonómicas–, parece del todo justificado alegar que la intención disuasoria de la intervención pública en la materia que nos ocupa no ha surtido los efectos deseados.

Circunscribiéndonos al régimen sancionador de consumo, para que tales medidas cumplan con su finalidad disuasoria es necesario que, en primer lugar, la Administración pública cumpla debidamente el deber de inspección que se ha atribuido para sí. Asume la Administración un amplio deber de inspección que se ha justificado en el dominio de una economía de mercado en el que la intervención pública no tiene cabida en sentido estricto. Así, la actividad inspectora serviría a los fines de compensación ante los avatares de una economía liberal, de tal modo que la actividad inspectora consistiría en una actividad fundamentada en la protección del interés público<sup>595</sup>. Dadas las circunstancias, reconociendo que esta actividad de inspección requiere de las necesarias infraestructuras, la Administración tal vez haya asumido una responsabilidad que por el momento difícilmente puede llevar a cabo debido a una falta de recursos<sup>596</sup>.

Parece que la Administración, en su papel de garante de los derechos de los consumidores por mandato constitucional, ha incurrido en aquella «prueba de placer» de Nietzsche, según la cual una afirmación, más que basarse en los propios hechos, se basa en la satisfacción y complacencia para quien la formula, «gratificando hasta el límite por haber dado expresión a tan elevados sentimientos»<sup>597</sup>.

### *1.3. De la presunción de debilidad del adherente en sentido amplio al desequilibrio en cuanto a la información como cuestión de interés público.*

En relación con la fundamentación de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas, en lugar de otra clase de ineficacia, otro de los motivos a favor de ella es la debilidad del adherente -sobre todo cuando se trata de un consumidor-<sup>598</sup>. En este sentido, pone de

---

<sup>595</sup> BERMEJO VERA, J., “La Administración inspectora”, *Revista de Administración Pública*, Núm. 147, septiembre-diciembre 1998, pp. 41 y 42 y 54; ORTEGA, L., “Competencia de la inspección de consumo”, *Estudios sobre consumo*, Núm. 29, 1994, p. 24.

<sup>596</sup> Sobre la inversión en recursos para la que la Administración pueda desarrollar sus deberes de inspección, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “La protección de los consumidores en el Derecho español”, *Estudios sobre consumo*, Núm. 1, 1984, p. 24, ya puso de relieve la necesidad de acompañar las iniciativas de protección pública al consumidor con una inversión suficiente.

<sup>597</sup> CRUZ RODRÍGUEZ, M., “Los filósofos y la responsabilidad moral”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Núm.4, 2000, pp. 15 a 26.

<sup>598</sup> Acerca de la debilidad entre adherente y predisponente, ya sea económica, de información o en un sentido amplio, entre otros, PEÑA LÓPEZ, F. *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 137; por otro lado, CÁMARA LAPUENTE, S., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), Colex, Madrid, 2011, p. 215, hace alusión a la desigualdad jurídica,

manifiesto la STS de 29 de abril de 2015 (Núm. 222/2015) «la necesidad de superar la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional (...) para garantizar la protección a que aspira la Directiva 93/13/CEE».

Con base en la desventaja, desequilibrio o debilidad congénita del adherente frente al predisponente, parece también justificarse la presunción de que el adherente no conoce el contenido del contrato -al menos en lo que respecta a los elementos no esenciales-<sup>599</sup>. Además de que ésta es una afirmación que no tiene en cuenta la diversidad de contratos por adhesión en el tráfico según su extensión y su complejidad<sup>600</sup>, presunciones semejantes implican la minusvaloración de la persona aplicando un criterio de igualdad material mal entendido que, al considerarla como miembro de la sociedad, se termina uniformando a la ciudadanía ubicándola en un estrato -el del consumidor- marcado por la benevolencia hacia la negligencia propia -negligencia del consumidor-. Así, por ejemplo, de acuerdo con MIQUEL GONZÁLEZ, «contratar cerrando los ojos ante las condiciones generales es una necesidad general de la sociedad de consumo, no sólo un problema del consumidor. Sería descabellado exigir al consumidor un estudio, comprensión o simple lectura de las condiciones generales y su comparación con los distintos competidores»<sup>601</sup>.

Aunque la desigualdad o asimetría entre predisponente y adherente se puede referir a distintos aspectos: poder económico o nivel de información entre otros; la desventaja del adherente asociada a su limitada libertad -dado que no tiene posibilidad de influir directamente sobre el contenido del contrato- puede llevar a entender que para el adherente, además de que para éste los costes derivados del esfuerzo por comprender el clausulado del contrato no se ven compensados dada la imposibilidad de modificar su contenido, contratar con otro oferente bajo unas condiciones diferentes es *típicamente ineficiente e impracticable*<sup>602</sup>. Es decir, desde esta

---

*negociadora, económica e informativa* entre consumidor y empresario. También, GARCÍA VICENTE, J. R., *Tratado de Contratos*, Tomo II, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 137. CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., *Negociación contractual, desequilibrio importante y protección del consumidor en la contratación bancaria. Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 89, en cuanto a que «el sistema que dispone la Directiva 93/13/CEE resulta fundado en la consideración de que el consumidor se encuentra en posición de inferioridad o clara desigualdad con respecto al profesional, tanto en lo concerniente a la capacidad de negociación como a lo atinente a nivel de información manejado».

<sup>599</sup> La STS de 11 de abril de 2018 (Núm. 215/2018).

<sup>599</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 138 y ss.; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Tratado de Contratos*, Tomo II, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1585 y ss.; BUSTO LAGO, J. M. / ÁLVAREZ LATA, N. / PEÑA LÓPEZ, F., *Op. Cit.*, 2010, p. 167; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. / DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Dir.), ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002, p. 899.

<sup>600</sup> Vid. Cap. II, IV, 1.

<sup>601</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), Colex, Madrid, 2011, p. 717.

<sup>602</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 90 y ss.; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *Comentarios la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. / DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Dir.), ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002, pp. 896 y ss.



perspectiva se colige que el ordenamiento ha de reaccionar frente a la coartación de libertad del adherente, que no se limita a la imposibilidad de influir directamente en el contenido contractual por medio de la negociación, sino que el adherente también ve notablemente mermada su libertad de contratar entre distintas ofertas.

No obstante, en la actualidad las controversias surgidas en el ámbito de la contratación por adhesión se ha encauzado hacia el deber de información y, en particular, el deber de transparencia. Según la STJUE de 20 de septiembre de 2017, *Andriiciuc*, C-186/16, «*toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva [la Directiva 93/13/CEE] se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, esa exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales, y por ende de transparencia, debe entenderse de manera extensiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 71 y 72, y de 9 de julio de 2015, *Bucura*, C-348/14, no publicada, EU:C:2015:447, apartado 52)*». Y, en el caso de nuestra jurisprudencia, en lo que respecta al control de transparencia, también se dejan de lado las referencias a la escasa oferta en el mercado y la insuficiencia de diferentes opciones para el adherente, para subrayar la importancia del cumplimiento de los deberes de información precontractual. Así, «*la información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar*» -SSTS de 8 de junio de 2017 (Núm. 367/2017), de 7, de 16 y de 24 de noviembre de 2017 (Núm. 593/2017, 614/2017 y 643/2017), de 1 de diciembre (Núm. 654/2017 y 655/2017), de 23 de enero de 2018 (32/2018), de 24 de enero de 2018 (Núm. 38/2018), de 10 de abril de 2018 (Núm. 197/2018), de 22 de mayo de 2018 (Núm. 291/2018)<sup>603</sup>.

En definitiva, el razonamiento seguido por nuestra jurisprudencia es, básicamente, el empleado en la STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, en relación a la interpretación del artículo 6.1 Directiva 93/13/CEE, en tanto que, a pesar de no referirse de manera expresa a la nulidad de pleno derecho, tal artículo ha de ser interpretado en el sentido de que la abusividad de las cláusulas ha de conllevar la no producción de efectos vinculantes, la no facultad de modificar el contenido de la cláusula declarada abusiva y la posibilidad de apreciación de oficio. De hecho, en la referida sentencia se arguyen igualmente razones de interés público; así, de acuerdo con el Tribunal, «*dada la naturaleza y la importancia de interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, y tal como se desprende del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con su vigesimocuarto considerando, esta Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces “para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos entre profesionales y consumidores” (sentencia de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13,*

---

<sup>603</sup> En sentido parecido, acerca de la relación entre la autonomía privada y la *capacidad de elección entre las diferentes ofertas*, las SSTS de 9 de marzo de 2017 (Núm. 171/2017), de 24 de noviembre de 2017 (Núm. 642/2017) y la de 29 de enero de 2018 (Núm. 43/2018).

*EU:C:2014:282, apartado 78)*» -inferioridad de los consumidores que, según al STJUE de 20 de septiembre, *Andriuc*, en concreto se refiere al nivel de información<sup>604</sup>.-

Consecuentemente, partiendo de la presunción de debilidad de todo adherente-consumidor en lo que respecta a la información sobre el contenido del contrato, se concluye que la reacción del ordenamiento jurídico frente a los posibles abusos cometidos por el predisponente en el establecimiento unilateral del contenido contractual es un aspecto que traspasa el ámbito de las relaciones particulares, convirtiéndose en una cuestión de interés público. Es decir, aunque las condiciones generales, dado que han de cumplir el requisito de ser incorporadas a una pluralidad de contratos y, por tanto, tienen una evidente repercusión en el sistema económico y no solo en la relación contractual, la nulidad de pleno derecho se prevé de igual modo para el caso de las cláusulas predispuestas -aquellas que no cumplen el requisito de la generalidad-, conforme a lo previsto por el artículo 83 TRLGDCU, de manera que parece asumirse que el incumplimiento de los deberes de información en el contexto de la contratación por adhesión supone *per se* una transgresión del interés público.

## **2. Caracteres principales de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas.**

### *2.1. La nulidad ipso iure en relación con la relatividad de la nulidad.*

La nulidad de pleno derecho como consecuencia jurídica derivada de la abusividad de las condiciones generales y cláusulas predispuestas se justifica cuando la validez del clausulado depende del cumplimiento de una serie de deberes relacionados, en este caso, con el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes y la transparencia en la redacción de las cláusulas.

La autonomía privada en materia contractual está compuesta por la libertad contractual -autonormación- y la libertad de contratar -autodeterminación-. Pues bien, si la propia naturaleza de la contratación por adhesión implica la anulación de la libertad contractual -autonormación- del adherente, sucede que ante la inserción de cláusulas abusivas en el contrato por parte del predisponente tiene aparejada como consecuencia jurídica la reacción del ordenamiento jurídico previendo una solución que, en última instancia, limita igualmente la autonomía privada del adherente. Dada la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas, nulidad que opera *ipso iure*, se niega al adherente la facultad de decidir acerca del destino de la cláusula afectada por la nulidad.

Así, la reflexión que se plantea no se debe a que la eliminación de una cláusula abusiva pueda ser considerada una vulneración de la autonomía privada del predisponente. No nos preocupa esta cuestión, ya que se ajusta perfectamente a Derecho que el ordenamiento jurídico reaccione frente al *abuso* acometido por el predisponente en la predisposición del contrato - facultad, la de autonormación, de la que carece por completo el adherente-. De este modo, la cuestión acerca de la idoneidad de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas tiene por causa la defensa de la autonomía privada del adherente. Al respecto, compartimos la opinión de

---

<sup>604</sup> Otras sentencias en las que se pone de relieve la inferioridad del consumidor son las SSTJUE de 26 de octubre de 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05; la de 4 de junio de 2009, *Pannon*, C-243/08 o la de 14 de junio de 2012, *Banesto*, C-618/10.

PAZOS CASTRO en cuanto a que «la libertad del adherente se ve constreñida, puesto que no se le permite contratar en los términos que el legislador considera abusivos, pero que para él podrían no serlo»<sup>605</sup>.

Es sabido que la nulidad de pleno derecho es un tipo de ineficacia o invalidez de carácter automático, no es necesaria intervención judicial, la nulidad se produce *ipso iure*. Al respecto, según DE CASTRO, se entiende por negocio nulo «aquel cuya ineficacia es intrínseca, es decir, cuya carencia de efectos negociales ocurre sin necesidad de una previa impugnación del negocio»<sup>606</sup>. O en palabras de Díez-Picazo, el contrato nulo -añadimos, una cláusula nula- «es aquel que por causa de un defecto no es apto para producir ningún tipo de consecuencias jurídicas. Tal producción de consecuencias le es negada definitivamente y se considera el contrato, a este respecto, como no realizado (*nullum est negotium; nihil est actum*)»<sup>607</sup>. Así pues, a diferencia de otras clases de ineficacias reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico, la nulidad de pleno derecho, ya que se produce *ipso iure*.

Precisamente, debido a que la nulidad de pleno derecho es un tipo de ineficacia, o de invalidez, que se da de manera automática, sin necesidad de petición de parte, no podemos compartir la idea acerca de que la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas es relativa con la finalidad de proteger el interés del adherente-consumidor, de manera que solamente él ostenta legitimación activa para el ejercicio de la acción de nulidad y atribuyendo, por tanto, cierta *disponibilidad* a la nulidad de las cláusulas abusivas -la relatividad de esta nulidad de pleno derecho conlleva, pues, que el ejercicio de la acción de nulidad se reserve al adherente, sin que el predisponente esté legitimado para ejercitar la referida acción-<sup>608</sup>.

Puesto que la intención de la norma es que el adherente-consumidor tenga la facultad de decidir sobre el ejercicio de la acción de nulidad en función de sus intereses -si bien se admite el control de oficio de las cláusulas abusivas- se plantea la duda acerca de la idoneidad de la previsión de una nulidad de pleno derecho en los supuestos de abusividad. Ya que, independientemente de la opción por la que se decante el adherente, esto es, incluso aunque el adherente decida no ejercer acción de nulidad alguna, la cláusula abusiva es nula porque así viene determinado por imperativo legal y, por este motivo, la sentencia en que de este modo se recoja tendrá una eficacia meramente declarativa y no constitutiva<sup>609</sup>. Por tanto, la antes aludida

---

<sup>605</sup> PAZOS CASTRO, R., *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 117.

<sup>606</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *Op. Cit.*, p. 471.

<sup>607</sup> Díez-Picazo y Ponce de León, L., *Op. Cit.*, p. 577.

<sup>608</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *Op. Cit.*, pp. 754 y ss.; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 983. Sobre la nulidad relativa y otros supuestos distintos a los de las cláusulas abusivas, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad de los contratos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 44 y ss.

<sup>609</sup> Sobre la nulidad de pleno derecho relativa de las cláusulas abusivas, PASQUAU LIAÑO, M., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Elcano, 1999, pp. 278 y 279, sostiene que «esta aparente contradicción (...) se acompaña de una decepcionante remisión a las “reglas generales reguladora de la nulidad contractual”», perdiendo una gran oportunidad para prever un régimen jurídico de ineficacia de las cláusulas abusivas propio y adaptado a sus particularidades.

*disponibilidad* del adherente sobre la nulidad de las cláusulas abusivas no es más que una disponibilidad meramente aparente, puesto que «*quod nullum est, nullum effectum producit*».

Por supuesto, no es nuestra intención sugerir la desprotección del adherente ante la abusividad de las cláusulas, ya sea por la no superación del control de contenido o bien del control de transparencia. A nuestro juicio, a partir de la *imposición* del contenido contractual por parte del predisponente como elemento del concepto de condición general -artículo 1 LCGC- y la consecuente negación de la libertad del adherente -encontrándose, por tanto, *sometido*-, el propio ordenamiento jurídico reacciona *imponiendo* al adherente la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas, de manera que niega la libertad o autodeterminación del adherente en cuanto a la decisión sobre la ineficacia de las cláusulas abusivas.

En la línea de la postura defendida hasta ahora, consideramos que el adherente consiente en adherirse a un contrato que ha sido redactado o predispuesto por la otra parte, consentimiento que se da incluso cuando el adherente desconoce parte de su contenido -de ahí el rechazo a la imposición como elemento de la noción de condición general-. Pero, a pesar de haber consentido el contrato, llegado el momento, el adherente reaccionará en consecuencia si detecta que, por un defecto de transparencia, había consentido una cláusula que describe el objeto principal del contrato y que, de haberla comprendido debidamente, no la habría aceptado -control de transparencia-. Igualmente, el adherente reaccionará si los efectos que se derivan de una de las cláusulas relativas a los elementos no esenciales del contrato supone un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes -control de contenido- en su perjuicio. Así, sería decisión del adherente, dadas las circunstancias y en defensa de sus intereses particulares<sup>610</sup>, dirigirse contra el predisponente con motivo de la abusividad de alguna de las cláusulas y, consecuentemente, sería el adherente quien decidiría acerca de la eficacia o ineficacia de las cláusulas contractuales.

## 2.2. El control de oficio de la abusividad de las cláusulas.

A la nulidad de pleno derecho o *ipso iure* típicamente se le asocia una cualidad de carácter procesal, esto es, la posibilidad de ser apreciada de oficio. Sin embargo, la admisibilidad de la facultad de jueces y tribunales a la hora de declarar la nulidad de oficio, sin que haya sido invocada por las partes, encuentra una serie de obstáculos, revelándose con especial *contundencia* la reticencia a la apreciación de oficio de la nulidad, puesto que «desde los parámetros constitucionales, y en atención al principio de tutela judicial efectiva (art. 24 CE [RCL 1978, 2836]), la iniciativa que asume el Juez cuando aprecia la nulidad no invocada ni alegada por las partes, supone un trastoque de los principios básicos del proceso civil (aportación de parte, congruencia, audiencia, contradicción...), que resultan soslayados al no disponerse en las vigentes normas procesales, en tal caso, la previa audiencia de los litigantes»<sup>611</sup>.

---

<sup>610</sup> Para la defensa de los intereses generales está el régimen administrativo sancionador, cuya repercusión, sin embargo, es bastante discutible.

<sup>611</sup> EGUSQUIZA BALMASEDA, M. Á., *Cuestiones conflictivas en el régimen de la nulidad y anulabilidad del contrato*, Aranzadi, Elcano, 1999, pp. 27 y ss., poniendo de manifiesto distintas posturas doctrinales al respecto y realizando asimismo un análisis jurisprudencial sobre esta cuestión y su carácter restrictivo; CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 688 y ss.; QUICIOS MOLINA, S., *Tratado de*

Como no podría haber sido de otro modo, la apreciabilidad de oficio de la nulidad y el respeto de los principios constitucionales se ha puesto igualmente de manifiesto cuando de lo que se trata es de entrar a valorar la posibilidad de apreciar la abusividad y consiguiente nulidad de condiciones generales y cláusulas predispuestas. De forma que, cuando la doctrina ha abordado la cuestión que nos ocupa se ha planteado de nuevo que, efectivamente, si el punto de partida es que la nulidad es de pleno derecho, en principio sería admisible la apreciación de oficio de la referida abusividad y correlativa nulidad.

En este sentido, PASQUAU LIAÑO considera que este problema de tipo procesal, habida cuenta del necesario respeto del principio de tutela judicial efectiva y los principios procesales que de él se derivan, en la práctica plantea que la apreciabilidad de oficio se haga depender de que la distinción entre «si el vicio de nulidad es patente y manifiesto (sin necesidad de valoración judicial) o si por el contrario *no es posible llega a la conclusión de la existencia de dicha irregularidad negocial si no es mediante una valoración que sólo judicialmente puede hacerse*». Pues bien, solo cuando la nulidad fuese patente, es decir, que no necesitase de valoración judicial, se admitirá la apreciación de oficio; en cambio, cuando sea precisa la intervención judicial a fin de determinar si efectivamente se dan las causas de nulidad, dicha intervención deberá producirse en cumplimiento de todas las garantías procesales de nuestro ordenamiento<sup>612</sup>.

Aunque son evidentes las cautelas que se han planteado en el ámbito de la ineficacia contractual en general y, en concreto, en cuanto a la contratación por adhesión a raíz de lo previsto por el artículo 24 CE, la doctrina jurisprudencial sobre la apreciabilidad de oficio de la abusividad y nulidad de las condiciones generales y cláusulas predispuestas parece haber tomado un camino diferente al propuesto por un importante sector doctrinal.

La apreciación de oficio del carácter abusivo en la contratación por adhesión con consumidores se fundamenta, según nuestra jurisprudencia, siguiendo la argumentación dada por doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así, la STJUE de 27 de junio de 2000, *Océano Grupo Editorial*, C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98, indicaba que al respecto «*es preciso recordar que el sistema de protección establecido por la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional*» -una inferioridad referida tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información-. De manera que, sentada la inferioridad del adherente-consumidor, y sin realizar precisiones de fondo, continúa la sentencia indicando que el artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que la obligación de los Estados miembros de que las cláusulas abusivas no vinculen «*no podría alcanzarse si éstos tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de dichas cláusulas*», puesto que, entre otras cosas,

---

*Contratos*, Tomo I, MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coord.), BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1249 y ss.; entre otros.

<sup>612</sup> PASQUAU LIAÑO, M., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Elcano, 1999, pp. 284 y ss., en el mismo sentido que en *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 256 a 257. En la misma línea, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Tratado de Contratos*, Tomo II, MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coord.), BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1668 y 1669; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., «Una nueva necesidad: la protección frente a los desatinos del legislador. (Comentario atemorizado sobre la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la contratación, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 51, Núm. III, p. 1305.

existe el riesgo de que el consumidor, por su ignorancia, «no invoque el carácter abusivo de la cláusulas que se esgrime en su contrato», o bien por los gastos derivados del ejercicio de la acción para obtener la correspondiente declaración judicial de nulidad. En consecuencia, «sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el Juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula»<sup>613</sup>.

Pues bien, conforme a nuestra jurisprudencia, a la luz de la sucesivas sentencias del TJUE -entre otras, las SSTJUE de 27 de junio de 2000, *Océano Grupo Editorial*, C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98; de 26 de octubre de 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05; de 4 de junio de 2009, *Pannon*, C-243/08-, el control de abusividad es un control de carácter imperativo en el sentido de que el juez, de oficio, está obligado a entrar a valorar la posible abusividad de una condición generales o cláusula predispuesta, puesto que, debido a la «incapacidad del mercado para expulsar con carácter definitivo cláusulas abusivas en la contratación con consumidores», no solo el juez tiene reconocida la facultad de apreciar de oficio esta cuestión, sino que «el juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva» -STS de 1 de julio de 2010 (Núm. 401/2010)-.

Con la STS de 9 de mayo de 2013 (Núm. 241/2013) se añade que para la erradicación definitiva de las cláusulas abusivas «es preciso articular mecanismos para que las empresas desistan del uso de cláusulas abusivas, lo que nada más puede conseguirse si, como sostiene la Abogado General, en sus conclusiones de 28 de febrero de 2013, *Duarte Hueros*, C-32/12, punto 46, a las empresas no les “trae cuenta” intentar utilizarlas», es decir, la aplicación de la Directiva 93/13/CEE supone el empleo de medidas de carácter disuasorio como la apreciabilidad de oficio de la abusividad de las cláusulas -entre otras, la STJUE *Mostaza Claro*-. Puesto que esta posibilidad plantea problemas de tipo procesal y de vulneración de la propia CE, se cita la STJUE de 21 de febrero de 2013, *Banif Plus*, C-472/11, en la que se recuerda que dicho tribunal «ha declarado que, con carácter general, el principio de contradicción no confiere sólo a cada parte en un proceso el derecho a conocer y a discutir los documentos y observaciones presentados al juez por la parte contraria, sino que también implica el derecho de las partes a conocer y a discutir los elementos examinados de oficio por el juez, (...)», de manera que continúa más adelante concluyendo que «el principio de contradicción obliga, con carácter general, al juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual a informar de ello a las partes procesales y ofrecerles la posibilidad de debatir de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales».

Sin embargo, como bien puso de manifiesto parte de nuestra doctrina, en el supuesto de la STS 9 de mayo de 2013 no se aprovechó la oportunidad de dar cumplimiento al principio de contradicción por la vía de la apertura de un *incidente contradictorio* -aunque tal posibilidad no se encontrase expresamente recogida en la legislación procesal nacional-, de ahí que se

---

<sup>613</sup> Sobre esta cuestión, CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., Op. Cit., p. 96, considera que, dadas las razones de interés público en materia de cláusulas abusivas, «conviene (...) no dejar de manera exclusiva a la instancia de la parte la concreción del objeto y demás derivaciones procedimentales que, en definitiva, condicionan o determinan el contenido y la eficacia de la resolución finalmente dictada». Sin embargo, en este razonamiento se obvia la intervención preceptiva de abogado, salvo las excepciones previstas en el artículo 31.2 LEC y la posibilidad del adherente-consumidor de recibir información y asesoramiento gratuitos en las Oficinas de Información al Consumidor.

cuestionase la constitucionalidad de la referida sentencia, entre otros motivos<sup>614</sup>. Al respecto, ante el incidente de nulidad promovido por las entidades condenadas por la STS de 9 de mayo de 2013 y la alegación de éstas acerca de la incongruencia «*extra petita*» vulnerándose los principios de contradicción e interdicción de la indefensión, el Auto de 6 de noviembre de 2013 (Núm. Recurso 485/2012) niega la declaración de nulidad de las actuaciones de la sentencia que nos ocupa, en relación a los principios de contradicción y de interdicción de la indefensión, con base en que «*el Tribunal Constitucional ha declarado ( SSTC núm. 187/1989, de 13 de noviembre y 64/1993, de 1 de marzo ) que no toda irregularidad o infracción procesal tiene dimensión constitucional*». Así, más adelante se prosigue afirmando que «*lo trascendente desde el punto de vista del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva es que se haya producido una modificación sustancial del objeto del proceso que provoque indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, pues la decisión judicial se pronuncia sobre cuestiones no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron la oportunidad de formular las alegaciones que consideraran oportunas, y que lleve al pronunciamiento de un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes*». Sucintamente, niega el Tribunal que esta circunstancia se haya producido en este supuesto ya que a lo largo del procedimiento, desde la primera instancia, la falta de transparencia fue discutida a propósito de la pretensión de declaración de abusividad y nulidad de las cláusulas controvertidas.

A pesar de que puedan subsistir dudas acerca del respeto al principio de contradicción, se puede afirmar que la cuestión de los límites de la apreciabilidad del oficio de la abusividad de condiciones generales y cláusulas predispuestas en los contratos celebrados con consumidores ha quedado resuelta, al menos jurisprudencialmente -v. gr., entre otras, las SSTS de 22 de abril de 2015 (Núm. 265/2015), de 8 de junio de 2017 (Núm. 367/2017), de 16 de octubre de 2017 (Núm. 558/2017) y de 11 de abril de 2018 (Núm. 205/2018)-.

### 2.3. La imprescriptibilidad de la acción declarativa de nulidad.

En el ámbito del sistema de ineficacia contractual y, en concreto, en lo que concierne a la nulidad, el ejercicio de la acción de nulidad en el tiempo viene marcado por el hecho de que la nulidad opera *ipso iure*, de tal forma que es una nulidad indisponible -excluyéndose de la esfera del ejercicio de la autonomía privada o autonomía de la voluntad-. De este modo, la acción de nulidad no se extingue por prescripción ni por caducidad<sup>615</sup>. En este sentido, dentro de nuestra jurisprudencia, la STS de 22 de febrero de 2007 (Núm. 208/2007) recuerda las SSTS de 18 de

---

<sup>614</sup> CARRASCO PERERA, Á. / GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., “La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Núm. 7/2013, pp. 149 y ss.; asimismo, antes de la STS de 9 de mayo de 2013, sobre la conveniencia de la apertura de incidente contradictorio, MARCOS GONZÁLEZ, M., *La apreciación de oficio de la nulidad contractual y de las cláusulas abusivas*, Civitas, Cizur Menor, 2011, 235.

<sup>615</sup> Sobre esta cuestión, entre otros, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Op. Cit.*, pp. 578 y 579; EGUSQUIZA BALMASEDA, M. Á., *Op. Cit.*, pp. 85 y ss., poniendo de manifiesto la distinción realizada por la doctrina y acogida por la jurisprudencia en relación con la acción declarativa de nulidad y la acción por la se solicita la restitución de lo percibido conforme al artículo 1303 CC; PASQUAU LIAÑO, M., *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 281 y ss., proponiendo la revisión de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad; CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 670 y ss.; QUICIOS MOLINA, S., *Op. Cit.*, pp. 1245 y 1246.

octubre de 2005 (Núm. 739/2005) y de 4 de octubre de 2006 (Núm. 983/2006), según las cuales el artículo 1301 CC es de aplicación a los supuestos de anulabilidad y no de nulidad, caracterizándose esta última por ser «*definitiva y no puede sanarse por el paso del tiempo*»; así, afirman en tales sentencias que, como declara la STS de 4 de noviembre de 1996 (Núm. 895/1996), cuando «*la nulidad es perpetua e insubsanable, el contrato viciado de nulidad absoluta en ningún caso podrá ser objeto de confirmación ni de prescripción*». Aunque sobre la «nulidad absoluta» nos preguntamos si se refiere en realidad a la nulidad de pleno derecho -por lo que tal afirmación sería válida para los supuestos de nulidad de pleno derecho relativa- o si se está excluyendo conscientemente tal clase de nulidad propia de la contratación por adhesión, cuya invocación no podrá ser llevada a cabo por el predisponente.

Pues bien, en lo concerniente a la imprescriptibilidad de la acción de nulidad en materia de condiciones generales y cláusulas predispuestas, siguiendo la línea seguida por la doctrina mayoritaria en relación con el sistema general de nulidad, se considera que la acción de nulidad es imprescriptible. De hecho, sujetar la acción declarativa a un plazo determinado supondría una vulneración de los fines tuitivos de la norma ya que, según la STJUE de 21 de noviembre de 2002, *Cofidis*, C-473/00, «*debe considerarse que una norma procesal, que prohíba al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar, de oficio o a raíz de una excepción propuestas por un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula cuyo cumplimiento solicita el profesional, puede hacer excesivamente difícil la aplicación del a protección que la Directiva pretende conferir a los consumidores en los litigios en los que éstos sean demandados*»; así, aunque se reconoce que habrá de estarse a cada caso concreto si se da la existencia de una norma procesal nacional que prevé plazo de preclusión, el TJUE mantiene su oposición a la acotación temporal del ejercicio de la acción declarativa de cláusulas abusivas en la contratación con consumidores.

No obstante, en el ámbito de la contratación por adhesión se pone de manifiesto, al igual que ocurre en la teoría general de los contratos, la distinción entre la acción declarativa de nulidad y la acción de restitución *ex* artículo 1303 CC en relación con la cuestión relativa a la prescripción de las acciones, entendiendo que la doctrina mayoritaria opta por distinguir entre una y otra acción, siendo la primera imprescriptible y la restitución de las cantidades quedando sometida al plazo general de prescripción contemplado en el artículo 1964.2CC <sup>616</sup>.

En contra de la postura dominante sobre la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, PASQUAU LIAÑO considera que ha de partirse de la diferenciación entre causas de nulidad patentes y las causas de nulidad que necesitan de verificación judicial -esto es, cuando es necesario el ejercicio de la acción de nulidad-. Así, en este último supuesto, por razones de seguridad jurídica la acción de nulidad debe estar sometida a plazo, pues, según el autor «*haya o no causa de nulidad, el perjudicado por esta eventual declaración tiene derecho a impedirla, por extemporánea*». Por consiguiente, ante la abusividad de las cláusulas, la acción de nulidad debería someterse al plazo

---

<sup>616</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido /RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), Colex, Madrid, 2011, p. 762; BUSTO LAGO, J. M. / ÁLVAREZ LATA, N. / PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de Consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, BUSTO LAGO, J. M. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 242 y 243; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *Op. Cit.*, pp. 988 y 989; ÁLVAREZ LATA, N., *Invalidez e ineficacia en el Derecho contractual español. Análisis de los supuestos típicos de ineficacia en los contratos con consumidores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 54 y 55.



general del artículo 1964.2 CC -cuyo plazo, como es sabido, pasó de quince a cinco años tras la reforma operada por la *Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, y que comenzará a contar desde que la cláusula hubiese desplegado algún efecto *ex* artículo 1969 CC-, «siempre que se exija una discusión en juicio con todas las garantías, y por tanto el ejercicio de una acción»<sup>617</sup>.

Por último, en lo que respecta a la práctica judicial, si bien parece haber consenso con respecto a la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, se encuentran sentencias contradictorias en relación con la acción de restitución. Siguiendo la posición mayoritaria, por ejemplo, la SAP de Valladolid, de 9 de mayo de 2018 (Núm. 202/2018) considera que la acción de restitución sí se encuentra limitada por el plazo de prescripción del artículo 1964.2 CC con base en la STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, pues, «*la fijación de plazo razonables del carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el derecho de la Unión, teniendo en cuenta un plazo razonable de prescripción*». Asimismo, la SAP de Valencia, de 14 de mayo de 2018 (Núm. 426/2018), indica que, mientras que la acción de nulidad no prescribe, la acción de restitución sí, «*con justificación en la necesidad de otorgar certidumbre a las relaciones jurídicas*».

Pero, como muestra de la falta de unidad de criterio acerca de la cuestión, de acuerdo con la SAP de Bilbao, de 20 de abril de 2018 (Núm. 265/2018), la acción de restitución, debido a su carácter accesorio, queda sometida a la imprescriptibilidad de la acción de nulidad. De este modo, aun partiendo de que la acción de restitución derivada del artículo 1303 CC se somete al plazo de prescripción general del artículo 1964.2 CC, en la sentencia se concluye que, dado que «*la concepción jurídica de la posibilidad de declaración de nulidad de determinadas cláusulas suscritas en préstamos en los que ha intervenido un consumidor, resulta ser una cuestión reciente con un escaso recorrido temporal, siendo no obstante, indiferente que los consumidores puedan ejercitar las acciones que consideren oportunas en virtud del principio de imprescriptibilidad de las mismas. Ahora bien, dado que la acción de restitución resulta ser inmediatamente accesorio a la acción de nulidad (...), resultado adecuado considerar que el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción restitutoria quede sometida a la declaración judicial de nulidad*». Por tanto, la imprescriptibilidad de la acción de nulidad *se extiende* a la acción de restitución, con base en la accesoria de esta última.

#### *2.4. La nulidad parcial de los contratados afectados por cláusulas abusivas como manifestación del principio general de conservación de los contratos.*

Conforme a las SSTS de 28 de junio de 2012 (Núm. 440/2012), de 10 de septiembre de 2012 (Núm. 532/2012) y de 15 de enero de 2013 (Núm. 827/2012), «*la conservación de los contratos se erige como un auténtico principio informador de nuestro sistema jurídico que comporta, entre otros extremos, el dar una respuesta adecuada a las vicisitudes que presenta la dinámica contractual desde la preferencia y articulación de los mecanismos que anidan en la*

---

<sup>617</sup> PASQUAU LIAÑO, M., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Elcano, 1999, pp. 288 y 289. En este mismo sentido, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Op. Cit.*, pp. 1666 y ss.

*validez estructural del contrato y su consiguiente eficacia funcional, facilitando el tráfico patrimonial y su seguridad jurídica*». Al respecto, advierte MARÍN PADILLA que el principio de conservación de los contratos tiene diferentes manifestaciones, así, por ejemplo: la conversión, la confirmación, la anulabilidad, la nulidad parcial o la novación modificativa; de tal manera que debe distinguirse entre el principio general de conservación de los contratos y el principio «*utile per inutile non vitiatur*». En consecuencia, la máxima «*utile per inutile non vitiatur*» -nulidad parcial- es una manifestación más del principio de conservación de los contratos<sup>618</sup>.

El principio de conservación de los contratos se manifiesta de diverso modo en nuestro ordenamiento, de forma que se distingue, por ejemplo, entre la conservación de los contratos como criterio hermenéutico –artículo 1284 CC- y, por otro lado, como elemento decisorio en cuanto a la resolución e ineficacia de los contratos sinalagmáticos.

Respecto de la resolución de los contratos *ex* artículo 1124 CC, el incumplimiento habrá de tener entidad suficiente como para proceder a la resolución, de manera que consiste en un remedio excepcional –SSTS de 28 de junio de 2012 (Núm. 440/2012) y de 10 de septiembre de 2012 (Núm. 532/2012)-, que procederá, entonces, cuando la parte contractual que sufre el incumplimiento de la otra se vea frustradas sus legítimas expectativas de manera sustancial<sup>619</sup>. Aunque la excepcionalidad del remedio resolutorio en parte se sustenta en que la finalidad de todo contrato es su cumplimiento –principio de conservación de los contratos-, de manera que el cumplimiento forzoso se aplicará con preferencia a la resolución<sup>620</sup>, un sector de la doctrina entiende que, en realidad, ni el principio *pacta sunt servanda* ni el de conservación de los contratos sirven de justificación para tal excepcionalidad<sup>621</sup>.

Pero en lo que concierne a la nulidad parcial, si bien no se encuentra expresamente recogida en nuestro Código civil, no faltan los artículos que la prevén para supuestos concretos, como el artículo 641.2 CC sobre la nulidad de la reversión hecha a favor de tercero, pero que no produce la nulidad de la donación, el artículo 814.2 CC acerca de la preterición del heredero forzoso y sus consecuencias, y, por último, el artículo 1116.1 CC interpretado en el sentido de que las condiciones imposibles, contrarias a las buenas costumbres y prohibidas por ley conllevarán la anulación de la obligación que de ellas dependa, pero no la nulidad de la totalidad del contrato<sup>622</sup>. Estos son algunos de los supuestos de nulidad parcial previstos por el Derecho común; no obstante, también se hallan leyes especiales que, en cumplimiento del principio de

---

<sup>618</sup> MARÍN PADILLA, M. L., *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos «utile per inutile non vitiatur»*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 89.

<sup>619</sup> STS de 5 de abril de 2006 (Núm. 364/2006), en la que se recoge la doctrina jurisprudencial sobre la materia, relacionando el requisito de la gravedad del incumplimiento con lo dispuesto por el art. 25 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980* y el artículo 8:103.c) de los *Principios de Derecho Europeo de Contratos – PECL-*.

<sup>620</sup> V. gr., DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. II, Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 813 y 814; QUICIOS MOLINA, S., *Op. Cit.*, p. 1346; MONTÉS PENADÉS, V. L., *Comentarios al código civil y compilaciones forales*, Tomo XV, Vol. 1º, ALBALADEJO, M. (Dir.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989, pp. 1230 y 1239.

<sup>621</sup> En este sentido, CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 1121; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *Comentarios al Código civil*, Tomo VI, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 8226.

<sup>622</sup> MARÍN PADILLA, M. L., *Op. Cit.*, pp. 93 y ss.

conservación de los contratos, disponen la nulidad parcial en lugar de la nulidad total de los contratos.

Trasladándonos al ámbito de la contratación por adhesión, cuando una cláusula es declarada nula por abusiva o bien no se tenga por incorporada al no superar el control de incorporación o de inclusión, habremos de estar a lo dispuesto por los artículos 9 y 10 LCGC y el artículo 83 TRLGDCU. De acuerdo con los citados preceptos, en este marco de la contratación se da la nulidad parcial por imperativo legal o la «nulidad parcial coactiva»<sup>623</sup>, previéndose expresamente el principio de conservación de los contratos, a diferencia de lo que sucede con respecto a la acción resolutoria del artículo 1124 CC que ha necesitado de la interpretación jurisprudencial para llegar a dicha conclusión.

La nulidad parcial en los contratos por adhesión, como manifestación del principio de conservación de los contratos, por vía de los artículos referidos se confirma como el criterio general a seguir ante la abusividad de las condiciones generales y cláusulas predispuestas<sup>624</sup>. Así, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, «con el aforismo *utile per inutile non vitiatur* (la parte útil no resulta viciada por la inútil), la jurisprudencia declara que en aquellos casos en los cuales el contrato o el acto jurídico contiene algún acto contrario a la ley, pero consta que se habría concertado sin la parte nula (cosa que no ocurre cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes: artículo 10 de la Ley de Consumidores y Usuarios), procede únicamente declarar su nulidad parcial (SSTS de 17 de octubre de 1987, 22 de abril de 1988, de 15 de febrero de 1991, 23 de junio de 1992 y 18 de marzo de 1998)».

El punto de partida es, pues, la presunción de que la nulidad total del contrato significaría un perjuicio para el consumidor en el sentido de que no vería satisfecho su interés en obtener el bien o servicio –con el añadido de que las consecuencias derivadas de la aplicación del artículo 1303 CC, en no pocos casos, podrían ser del todo indeseables para el consumidor-. De este modo, la nulidad parcial del contrato por adhesión en los supuestos antes descritos se revela como una medida más de protección de los intereses del consumidor<sup>625</sup>; por lo que los artículos 9.2 y 10

---

<sup>623</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., “Una nueva necesidad: la protección frente a los desatinos del legislador. (Comentario atemorizado sobre la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 51, Núm. 3, 1998, p. 1305, en cuanto a que «esta nulidad parcial coactiva pugna con el concepto de contrato como consentimiento, en cuanto que supone la imposición al predisponente de un contenido que probablemente él no habrá querido, pero tal consecuencia hoy es inevitable, como lo fue siempre, por ejemplo, la irrelevancia del error no excusable, en virtud del principio de la autorresponsabilidad»; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Tratado de contratos*, Tomo II, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1659; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 987.

<sup>624</sup> Según PASQUAU LIAÑO, M., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Elcano, 1999, p. 291, «la significación de los artículos 9.2 y 10.1 LCGC no es *posibilitar* la nulidad parcial en el ámbito de los contratos de adhesión, sino más bien *asegurarla*».

<sup>625</sup> En este sentido, ya se pronunció ROYO MARTÍNEZ, M., “Contratos de adhesión”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 2, Núm. 1, 1949, p. 62. Asimismo, más recientemente, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 140, sostiene que «al cliente le interesa la nulidad parcial de la cláusula y la subsistencia del resto del contrato y no la nulidad total, pues así puede satisfacer su interés contractual positivo»; el mismo autor, a su vez, en *Tratado de contratos*, Tomo II, ..., p. 1659; GARCÍA

LCGC y el artículo 83 TRLGDCU representan la convicción de que el interés del consumidor será la vigencia del contrato. No obstante, conviene precisar que en la redacción del artículo 83 TRLGDCU anterior a la reforma operada por 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 y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre*, la nulidad parcial del contrato solo podía darse si la misma no suponía la determinación de «una situación no equitativa en la posición de las partes». Pero al haberse eliminado tal previsión, desde un punto de vista normativo, parece que nada obsta para que se prevea la nulidad parcial del contrato incluso cuando ello signifique un claro perjuicio derivado de la falta de equilibrio para el predisponente.

Un ejemplo de esta situación en la que la nulidad parcial provocaría una situación desequilibrada entre las partes contratantes, en perjuicio del predisponente, sería la de la nulidad de las cláusulas limitativas de interés variable con motivo de la no superación del control de transparencia y, no obstante, la pervivencia del contrato préstamo hipotecario. No obstante, en relación a las cláusulas suelo se da la circunstancia de que los contratos de préstamo hipotecario han subsistido sin la referida cláusula que, de acuerdo con nuestra propia jurisprudencia, es una cláusula relativa al objeto principal del contrato y de ahí que no se le pudiese practicar el control de contenido en cumplimiento del artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE<sup>626</sup>.

Según lo previsto por nuestra legislación sobre contratación por adhesión, si el contrato no pudiese subsistir tras la declaración de nulidad o de no incorporación, dicho contrato habría de ser anulado en su totalidad. Pero, entendiendo que dicha medida supondría la exposición del consumidor a «consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse», se permite «al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional» -STJUE, de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13-.

El principio de conservación de los contratos y la integración o no de los mismos, producida la nulidad o la no incorporación de condiciones generales o cláusulas predispuestas, aparte de la finalidad tuitiva de las normas a favor del consumidor, tal y como se ha puesto de manifiesto, tienen un claro propósito disuasorio. En este sentido, cabe plantearse si de la disuasión se ha pasado a la punición<sup>627</sup>; incluso cuando la nulidad o no incorporación afecten a un elemento

---

VICENTE, J. R., Op. Cit., p. 1539, señala que «la desvinculación total del contrato supone, en la mayor parte de los casos, la frustración del interés principal del consumidor, (...)»; PASQUAU LIAÑO, M., Op. Cit., p. 296; BUSTO LAGO, J. M. / ÁLVAREZ LATA, N. / PEÑA LÓPEZ, F., Op. Cit., p. 235; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. / DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Dir.), ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002, p. 762.

<sup>626</sup> Por todas, desde la STS de 9 de mayo de 2013 (Núm. 241/2013) pasando por otras sentencias como las de 18 de enero de 2017 (Núm. 30/2017), de 20 de enero de 2017 (Núm. 41/2017), de 30 de enero de 2017 (Núm. 57/2017) o de 9 de marzo de 2017 (Núm. 171/2017).

<sup>627</sup> En relación a la eficacia punitiva de las normas relativas a la contratación por adhesión, de acuerdo con CÁMARA LAPUENTE, S., “Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo LV, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, p. 631, en tanto que, según el TJUE, tales normas tienen el rango de orden público económico, «para proteger a la parte débil en la contratación y fomentar su confianza en la depuración jurídica de las ofertas del mercado, las normas sobre la ineficacia de las cláusulas deben tener un claro carácter sancionador y disuasorio de conductas abusivas».

esencial del contrato se determinará la vigencia del mismo. Así, la nulidad parcial del contrato en el que se habían incluido una o varias cláusulas que eventualmente han resultado ser abusivas y que las mismas tenían por objeto un elemento esencial, es una medida que, sin lugar a dudas, se encuentra entre los límites de la disuasión y de la punición. Pues en el marco de la teoría general de los contratos, la principal consecuencia de la observancia de un vicio del consentimiento es la anulación del contrato y la consiguiente restitución de lo recibido en aplicación del artículo 1303 CC.

### *2.5. La rigidez de la no integración del contrato en interés del adherente.*

A tenor de lo dispuesto por el artículo 83 TRLGDCU, declarada la nulidad de las cláusulas abusivas, el contrato seguirá siendo obligatorio si el mismo pudiere subsistir sin tales cláusulas. Al respecto, de acuerdo con el artículo 9.2 LCGC, que prevé los supuestos tanto de declaración de abusividad de condiciones generales como de no incorporación de las mismas, la ineficacia parcial del contrato operará siempre que las cláusulas afectadas por la nulidad o la no incorporación no se refiriesen a los elementos esenciales del contrato –artículo 1261 CC-, lo cual se repite en el artículo 10.1 LCGC, añadiendo que la ineficacia del contrato, ya sea total o parcial, se determinará en la sentencia estimatoria.

En el contexto de la contratación por adhesión y el juicio de abusividad, la nulidad prevista en los artículos citados conlleva en numerosas ocasiones la modificación del sentido del contrato, de manera que su contenido se alejaría de lo que el predisponente había previsto al predisponer el contrato. No obstante, coincide parte de la doctrina en que esta nulidad parcial no debe considerarse un atentado contra la autonomía privada -en relación con lo que el predisponente ha redactado previamente y el adherente aceptado-, sino que la nulidad parcial debe tener la consideración de ser una medida contra la actuación llevada a cabo por el predisponente al haber incluido en el contrato cláusulas que no superan el control de incorporación o bien cláusulas declaradas abusivas tras proceder al control de contenido o al control de transparencia. Consecuentemente, no se puede entender que nos encontramos ante una contravención del principio de autonomía privada, sino que la no integración del contrato es una reacción contra la predisposición abusiva realizada por el predisponente<sup>628</sup>.

De acuerdo con lo previsto por el artículo 10.2 LCGC «la parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo». Asimismo, disponía el artículo 83.2 TRLGDCU que «la parte afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario». De tales artículos se deduce de manera evidente que una vez declarada la

---

<sup>628</sup> PASQUAULIAÑO, M., Op. Cit., p. 296, «la corrección del contenido no puede contemplarse entonces como un ataque a la autonomía de la voluntad, sino sólo un ataque a la reglamentación impuesta por el predisponente».

nulidad de la cláusula controvertida, y con base en el principio de conservación de los contratos, el juez había de proceder a la integración del contrato para lograr así su subsistencia.

Sin embargo, de acuerdo con la STJUE, de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, el artículo 6.1 Directiva 93/13/CEE insta a jueces y tribunales 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». De este modo, para que la nulidad de las cláusulas produzca los efectos disuasorios deseados, la parte del contrato afectada por tal nulidad no podrá ser integrada de modo alguno. Así, bajo estas circunstancias, con la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, el artículo 83 TRLGDCU ha visto eliminada la referencia a la integración de los contratos, aunque el artículo 10 LCGC conserva su apartado segundo relativo a dicha cuestión<sup>629</sup>.

La no integración se justifica, conforme a la STJUE de 14 de junio de 2012, en que dada «la naturaleza y la importancia del interés público en el que descansa la protección que pretende garantizarse a los consumidores –los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales–», de tal manera que si por vía judicial se modificase el contenido del contrato por medio de la integración del mismo, siguiendo los criterios establecidos en el artículo 1258 CC, se eliminaría el efecto disuasorio de las normativa sobre la contratación por adhesión con consumidores, ya que la integración del contrato supone una garantía para el interés del predisponente. Sobre esta doctrina jurisprudencial europea, CARRASCO destaca su ineffectividad ante determinadas cláusulas que, dado su objeto, al ser eliminadas del contrato y no ser éste integrado, tal medida terminaría o bien perjudicando al propio consumidor o bien el contrato no podría subsistir<sup>630</sup>.

En la STJUE, de 21 de diciembre, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, a propósito de la limitación de los efectos retroactivos derivados del artículo 1303 CC aplicada por nuestro Alto Tribunal y que, según el TJUE, supone «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 de pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo», contraviniendo la Directiva 93/13, en concreto los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva. Aunque, a nuestro juicio, la moderación del contenido de las cláusulas declaradas nulas y la moderación temporal de la restitución de lo

---

<sup>629</sup> Cuestión distinta es la posibilidad de abusividad de aplicar un control de abusividad cuando el adherente es un empresario con base en el artículo 1258 CC. Sobre esta posibilidad, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Buena fe ex art. 1258 cc y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios. Reflexiones en torno a la STS, 1ª, 3 junio 2016”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 4/2016, en especial, pp. 11 y ss.

<sup>630</sup> CARRASCO PERERA, Á., “Las cláusulas abusivas se eliminan, sin más: no cabe reducirlas, moderarlas ni modificarlas”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Núm. 3/2012, pp. 145 a 147. El autor llega a dicha conclusión en relación con las cláusulas que hubiesen concedido «al predisponente o al consumidor un plazo “muy largo” o “muy corto” para tomar una decisión sobre el contrato o su continuidad, o para desistir, cuando no existe (la mayoría de las veces) un Derecho dispositivo residual»; aquellas sobre la «duración del contrato o de la relación obligaciones, siempre que una duración sea exigible y no exista un Derecho dispositivo, o éste resulte inconveniente»; las que se encuentran «encadenadas bilateralmente»; «cuando la abusividad se localiza en parte de una cláusula de inclusión de cobertura del contrato de seguro» o cuando «la estrategia correcta será la de extender recíprocamente al consumidor el efecto de una cláusula que el predisponente dispuso en su exclusivo beneficio».

percibido *ex* artículo 1303 CC son cuestiones diferentes<sup>631</sup>, en la referida sentencia se recuerda que «*al juez nacional no debe atribuírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir 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, la sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 31 y jurisprudencia citada)*».

## II. INEFICACIAS ALTERNATIVAS A LA NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.

### 1. La flexibilización de las reglas sobre ineficacia contractual en relación con las consecuencias jurídicas derivadas de la abusividad de las cláusulas.

#### 1.1. Terminología y clasificaciones en el sistema de ineficacia contractual.

En nuestro ordenamiento jurídico la teoría general sobre la ineficacia contractual ha venido planteado la dificultad de concretar las diversas modalidades que se encuadran dentro de ella y que empiezan tanto por la imprecisión con la que se emplea el término «ineficacia» como por la imprecisión o, por lo menos, falta de consenso con la que se realiza la distinción entre la ineficacia y la invalidez<sup>632</sup>.

Según DÍEZ-PICAZO, se entiende por ineficacia «la falta de producción de consecuencias o, cuando menos, de aquellas consecuencias que normalmente deberían haberse producido y que pueden ser razonablemente esperadas en virtud de la celebración del contrato»<sup>633</sup>.

Ahora bien, a partir de este concepto de ineficacia contractual se puede optar por el rechazo de la distinción entre ineficacia e invalidez, por ejemplo, con base en que lo ideal sería en todo caso la elaboración de una clasificación de distintas modalidades de ineficacia según aspectos tales como el modo en que esa ineficacia se origine y su actuación -ineficacia originaria o *ipso iure* y sobrevenida-, los sujetos que se vean afectados por la ineficacia -ineficacia absoluta y relativa-, al momento en que se produzca -ineficacia originaria y sobrevenida-, la extensión de la afectación del contenido contractual -ineficacia total y parcial-, cuando la irregularidad afecta a la propia estructura del contrato o bien cuando la irregularidad se refiere a las consecuencias derivadas de un contrato que se había celebrado válidamente -ineficacia estructural y funcional-

---

<sup>631</sup> DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M. I., “La aparente corrección parcial del control de transparencia a propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2012”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, Núm. 1, 2017, p. 428.

<sup>632</sup> Entre otros, DE CASTRO Y BRAVO, F., *Op. Cit.*, p. 462; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, Tomo I, Vol. II, Reus, Madrid, 2008, p. 845; PÉREZ HEREZA, J. / SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, J. / MARQUÉS MOSQUERA, C., *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo III-1, Consejo General del Notariado, 2012, p. 492; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Op. Cit.*, p. 555.

<sup>633</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. I, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 557. Noción de ineficacia contractual en la misma línea de autores como DE CASTRO Y BRAVO, F., *Op. Cit.*, p. 462; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Op. Cit.*, p. 845; DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, Vol. II, ALBALADEJO, M. (Dir.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, pp. 231 y 232.

y, finalmente, según que la ineficacia sea sanable o no, ya sea por la vía de la confirmación o de la convalidación entre otros medios de sanación -ineficacia sanable e insanable-<sup>634</sup>.

Otra opción sería distinguir, dentro de la categoría general de ineficacia, entre invalidez e ineficacia sobrevenida. Así, la categoría de la invalidez hace referencia a la «disconformidad del acto o negocio con la ley» y en ella se encuadran la inexistencia, la nulidad propiamente dicha, la anulabilidad y la rescisión. En cambio, la ineficacia sobrevenida es aquella que relativa a hechos sobrevenidos una vez celebrado el contrato, provocando la cesación de sus efectos. Dentro de la ineficacia sobrevenida se incluyen la condición resolutoria, la resolución por incumplimiento y la revocabilidad<sup>635</sup>. O bien, de acuerdo con CLAVERÍA GOSÁLBEZ, la ineficacia, en sentido amplio, se puede deber a motivos estructurales o intrínsecos al proceso formativo del negocio jurídico contractual o a motivos extrínsecos a ese proceso». Mientras que la invalidez «es una ineficacia debida a que el contrato, durante su formación y antes de su perfeccionamiento o durante éste, padece irregularidades», categoría dentro de la cual se incluyen la nulidad y la anulabilidad<sup>636</sup>.

Aparte de la dicotomía ineficacia-invalidez, ya que conforme a la norma vigente la consecuencia de la abusividad de las condiciones generales y cláusulas predispuestas es la nulidad de pleno derecho, también se revelan dificultades a la hora de delimitar las figuras de la nulidad y anulabilidad. En este sentido, EGUSQUIZA BALMASEDA pone de manifiesto que «los parámetros antagónicos en los que se han configurado la nulidad y la anulabilidad no sólo no son tan nítidos, sino que sugieren la existencia de fenómenos intermedios respecto al régimen de uno y otro tipo de invalidez», cuestionándose entonces la rigidez del sistema dualista que distingue entre nulidad y anulabilidad<sup>637</sup>.

Por los motivos sucintamente señalados, en el contexto de la contratación por adhesión parece más adecuado emplear el término general de ineficacia cuando, además de las circunstancias señaladas en materia de la teoría general de los contratos, a las consecuencias derivadas de la abusividad de las cláusulas se le suman las particularidades propias de la contratación con consumidores y el empleo de condiciones generales y cláusulas predispuestas. De este modo, independientemente de las distintas posturas doctrinales que se puedan adoptar, en este punto no reviste especial importancia distinguir entre ineficacia e invalidez.

De acuerdo con ÁLVAREZ LATA, circunscribiendo la cuestión a la contratación de consumo, el sistema de ineficacia contractual en este ámbito contractual se caracteriza, principalmente, por: a) la europeización del denominado Derecho de consumo, lo que ha supuesto -aunque no era inevitable- que se pasasen por alto aspectos dogmáticos arraigados en nuestra

---

<sup>634</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., Op. Cit., pp. 466 y ss.; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., Op. Cit., pp. 564 y ss.

<sup>635</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., Op. Cit., p. 846.

<sup>636</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ, H., “Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato”, *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, DELGADO ECHEVERRÍA, J. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 60 y 61

<sup>637</sup> EGUSQUIZA BALMASEDA, M. Á., Op. Cit., p. 93. Sobre la flexibilidad de la dualidad entre nulidad y anulabilidad asimismo, entre otros, PASQUAU LIAÑO, M., *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 117 y ss.; el mismo autor en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Elcano, 1999, pp. 278 y ss.; DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La anulabilidad”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 29, Núm. 4, 1976, p. 1021.



tradición jurídica<sup>638</sup>; y, por otro lado, b) la conjugación de sanciones contractuales de carácter imperativo aunque con cierto margen de disponibilidad a favor del consumidor<sup>639</sup>. Así pues, dada la flexibilidad que caracteriza al régimen de ineficacia contractual en nuestro ordenamiento, a pesar de la pretendida rigidez derivada del interés por elaborar diferentes categorías o clasificaciones al respecto, de acuerdo con el artículo 8.1 LCGC y el artículo 83 TRLGDCU, las cláusulas abusivas son nulas de plenos derecho, si bien con la particularidad de que dicha nulidad, en lugar de ser absoluta, es una nulidad relativa -esto es, al predisponente se le niega legitimación para ejercitar la correspondiente acción declarativa de nulidad-

### 1.2. Revisión de las modalidades de ineficacia contractual según su causa.

Para GARCÍA VICENTE, la nulidad y la anulabilidad son dos tipos de invalidez contractual que «se construyen “desde sus consecuencias” y no tanto desde la congruencia entre sus causas y así lo hace el legislador cuando tiene que ofrecer una respuestas a un problema nuevo»<sup>640</sup>. Esta observación bien puede trasladarse al ámbito de la contratación por adhesión, dada la preocupación por proteger el interés general a través de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas -teniendo la asimetría informativa entre predisponente y adherente la consideración de cuestión de interés general-<sup>641</sup>.

En opinión de PASQUAU LIAÑO, la opción por la nulidad de pleno de derecho como consecuencia derivada de la abusividad de condiciones generales y cláusulas predisuestas fue un acierto, fundamentalmente, por dos motivos. En primer lugar, debido a que la abusividad es un *defecto* o *irregularidad* inherente al propio acto contractual, es decir, es una ineficacia estructural de acuerdo con la clasificación de las distintas modalidades de ineficacia, según Díez-PICAZO, con base en las peculiaridades o caracteres que pueden reunir distintos supuestos de ineficacia contractual<sup>642</sup>. Así pues, dado que es una ineficacia estructural la que deriva de la abusividad de las cláusulas, la misma ha de encuadrarse dentro de la categoría de la invalidez contractual -dentro de la cual se hallan la nulidad y la anulabilidad-<sup>643</sup>. Y, en segundo término, en

---

<sup>638</sup> Al respecto, RUBIO TORRANO, E., “Contratos electrónicos y responsabilidad civil”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Núm. 14/2002, p. 2, «la dogmática -elaborada a partir de categorías e instituciones jurídicas contenidas en nuestro “viejo” Derecho Civil, y muy singularmente en el Código Civil (piénsese en casos como el de la ineficacia e invalidez contractuales, vicios del consentimiento, forma, etc.)- sigue siendo una herramienta indispensable para el estudio y aplicación de las normas. Prescindir de ella supone, a mi juicio, en el mejor de los casos, una frivolidad de consecuencias perversas. No se puede olvidar que una buena parte de las leyes que constituyen transposición de Directivas comunitarias soslayan de propósito aspectos dogmáticos para eludir problemas de aplicación en los diferentes ordenamiento nacionales. Resultan, en buena medida, normas sin alma. Ésta debe encontrarse en el ordenamiento propio con todo su bagaje dogmático». En sentido parecido, DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M. I., “La aparente corrección parcial del control de transparencia a propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, Núm. 1, marzo 2017, pp. 428 y 429, acerca de la revisión del control de transparencia, en concreto sobre el régimen de restitución previsto en el artículo 1303 CC de acuerdo con nuestra tradición jurídica, además de la jurisprudencia del TJUE.

<sup>639</sup> ÁLVAREZ LATA, N., *Invalidez e ineficacia en el Derecho contractual de consumo español. Análisis de los supuestos típicos de ineficacia en los contratos con consumidores*, Aranzadi, Elcano, 2004, pp. 39 y ss.

<sup>640</sup> GARCÍA VICENTE, J. R., *Op. Cit.*, p. 9239.

<sup>641</sup> Vid. *Supra*.

<sup>642</sup> Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Op. Cit.*, pp. 564 y ss.

<sup>643</sup> Si bien conforme a la distinción realizada por CASTÁN, J., *Op. Cit.*, p. 846, dentro de la invalidez se incluyen la nulidad, la anulabilidad y la rescisión.

estos supuestos la nulidad ha de ser de pleno derecho, puesto que, a juicio del autor citado, no debe dejarse al arbitrio del adherente la invalidez de la cláusula cuando el interés protegido no es su interés individual: el interés protegido es de tipo colectivo -tanto la categoría de «consumidor» en su conjunto, y no abordada de manera individual tomando en consideración a cada consumidor como parte contractual, como la competencia en el mercado-, por lo que corresponde al ordenamiento jurídico reaccionar frente a la abusividad por voluntad del legislador<sup>644</sup>.

Dado que, aparte de la nulidad, tanto la anulabilidad como la rescisión también se consideran supuestos de invalidez -esta última según la postura doctrinal que se adopte-, siguiendo la tesis expuesta, el principal motivo que fundamenta la opción por la nulidad de pleno derecho sería la protección de un interés público y, en consecuencia, la idoneidad de que la ineficacia sea automática, de pleno derecho o *ipso iure*. Sin embargo, la relación entre la protección de un interés público y la sanción de la nulidad de pleno derecho no opera de manera automática y en todo caso<sup>645</sup>. Así, el propio PASQUAU LIAÑO, al considerar que «los datos legales acaban de convencer de que la distinción entre nulidad y anulabilidad no está directamente condicionada por el interés protegido (sin perjuicio de que éste pueda resultar un valioso indicio y un criterio interpretativo)»<sup>646</sup>, en la línea de la opinión de CARRASCO acerca de que la anulabilidad «es una categoría creada por el legislador e instrumentalizada por éste a los fines que considere más oportunos», de manera que, en realidad, la diferencia entre nulidad y anulabilidad radica, no ya en el interés protegido, sino en que el ejercicio de la acción de anulación está sometido a plazo y que en el caso de anulabilidad, a diferencia de la nulidad, la legitimación para solicitar la anulación se limita a determinados sujetos<sup>647</sup>. De hecho, a propósito de la distinción entre la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad, que ha de ser alegada por la parte interesada, dentro de nuestra jurisprudencia, sobre la nulidad de pleno derecho, la STS de 31 de marzo de 1981 (Núm. 146/1981) advertía que la «aplicación “*ex officio*” del deber judicial de vigilancia y sanción de los actos contrarios a la Ley mediante la declaración de su nulidad, [es una] doctrina que hay que tomarla “*cum grano salis*” para evitar el peligro de proliferación de nulidades

---

<sup>644</sup> PASQUAU LIAÑO, M., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Elcano, 1999, pp. 775 y ss.

<sup>645</sup> Acerca del empleo del término «sanción» en relación con el régimen de ineficacia contractual, DELGADO ECHEVERRÍA, J., “¿«Sanción de invalidez»? Los conceptos de invalidez y de sanción”, *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, DELGADO ECHEVERRÍA, J. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 93 y ss. Así, en cuanto a los sentidos que puede tener la expresión «la nulidad es una sanción», el autor las concentra en tres diferentes, en pp. 102 y 103: a) en primer lugar, «la nulidad es una consecuencia (una valoración negativa de los actos) de las normas jurídicas que establecen requisitos de los actos jurídicos; b) segundo, la expresión se puede entender en el sentido de que «la nulidad sería una sanción represiva, medio de reacción del derecho frente al acto o la situación antijurídica»; c) por último, se puede entender que «toda ineficacia (y, por tanto, toda invalidez, según su uso de los términos) es una sanción, consiguiente a la infracción de preceptos».

<sup>646</sup> PASQUAU LIAÑO, M., *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Civitas, Madrid, 1997, p. 197. Asimismo, en cuanto a la crítica entre interés público e interés privado en relación a la diferenciación entre nulidad y anulabilidad, GRIMALT SERVERA, P., *Ensayo sobre la nulidad del contrato en el Código civil. Revisión crítica de la categoría de la anulabilidad*, Comares, Granada, 2008, pp. 69 y ss., añadiendo la duda de que sustanciar la distinción que nos ocupa con base en la clase de interés protegido, público o privado, fuese la intención del legislador del Código civil.

<sup>647</sup> CARRASCO PERERA, Á., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo I, Vol. I, ALBALADEJO, M. / DÍAZ ALABART, S. (Dir.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1992, p. 830.

*excesivas en materias que entran en el ámbito de la autonomía de la voluntad que deben dejarse a la iniciativa e interés de la parte».*

La delimitación de los distintos tipos de ineficacia contractual es menos rígida de lo que en un primer momento se podría suponer, y muestra de ello es la consideración de que la nulidad derivada de la abusividad de las condiciones generales y cláusulas predispuestas es una nulidad de pleno derecho relativa. A nuestro juicio, esta nulidad de pleno derecho se sustenta en la idoneidad que supone para la protección de los intereses de los adherentes-consumidores que la acción declarativa de nulidad no prescriba y que sea apreciable de oficio, pues opera *ipso iure*. Ahora bien, habida cuenta de que en la actualidad una cláusula puede ser abusiva bien por no superar el control de contenido -desequilibrio entre derechos y obligaciones- o bien por no superar el control de transparencia -incumplimiento del deber de transparencia que provoca en el adherente una idea equivocada acerca de la prestación principal del contrato-, podría ser interesante un replanteamiento del régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas de acuerdo con la causa de la referida ineficacia.

Aprovechando la flexibilidad del sistema de ineficacia, indudablemente justificado además en el campo de la contratación por adhesión con consumidores, dicho replanteamiento podría llevar a distinguir los efectos derivados de la abusividad por un defecto de transparencia o por un defecto sobre el contenido de la cláusula; pues en el control de transparencia se realiza un control del consentimiento, lo que se refiere a la fase de la formación del contrato y a una irregularidad estructural y, por otro lado, en el caso del control de contenido se está ante un defecto relativo a las consecuencias de aquello que en principio había sido válidamente aceptado -ineficacia funcional<sup>648</sup>.

Por consiguiente, la revisión que se plantea se refiere a la causa de la ineficacia de las cláusulas abusivas y a partir de ahí valorar *otras posibles ineficacias* para las cláusulas abusivas. No obstante, dada la flexibilidad respecto de las consecuencias derivadas de la ineficacia de las cláusulas abusivas -pues en la actualidad es una de nulidad de pleno derecho y, a su vez, relativa-, tal revisión no tiene porqué suponer una desventaja para el adherente-consumidor. Es decir, por un lado, aspectos propios de la nulidad, como el control de oficio, pueden permanecer invariables a pesar de que las cláusulas abusivas dejasen de conllevar la nulidad de las mismas, y, por otro, otras características propias de la nulidad de las cláusulas abusivas, como la ineficacia parcial o la no integración del contrato, también pueden ser adaptadas a un tipo alternativo de ineficacia diferente de la nulidad de pleno derecho.

## **2. La rescisión de las cláusulas abusivas por no superar el control de contenido.**

### *2.1. Aspectos generales sobre la rescisión.*

Define DE CASTRO la rescisión como un remedio que «opera sobre los contratos válidamente celebrados (artículo 1.290), para reparar el perjuicio que sin ella sufrirían determinadas personas (arts. 1.294, 1.295, pár. 3, 1.298, 1.077)»<sup>649</sup>. Por otro lado, en palabras de

---

<sup>648</sup> Vid. Supra.

<sup>649</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., Op. Cit., p. 519.

DÍEZ-PICAZO, la figura de la rescisión no responde a una trasgresión provocada durante la fase de la formación del contrato, sino «al hecho de que el contrato regularmente celebrado contribuye a obtener un resultado injusto, inicuo o contrario a Derecho: produce un fraude de acreedores o una lesión»<sup>650</sup>. Al respecto, se parte entonces de la validez del consentimiento prestado, que en el caso que nos ocupa recaería en una cláusula no esencial inserta en un contrato por adhesión.

La acción de rescisión se puede ejercitar cuando el contrato, en nuestro caso se referiría a una cláusula y no al contrato por completo, produce una lesión -descartando en este punto, como es natural, la rescisión por fraude de acreedores-.

La figura de la rescisión por lesión del Derecho romano y el Derecho histórico inspirado en él suponía la posibilidad de rescindir los contratos -al principio restringida la acción de rescisión a los contratos de compraventa para luego admitirse a toda clase de contrato oneroso- cuando una de las partes hubiese sufrido un perjuicio relativo al precio superior a una cuarta parte del valor de la cosa. Dado que en nuestro ordenamiento se optó por el principio de la equivalencia de las prestaciones en su sentido subjetivo, se consideró que dicha figura no tenía cabida en el Código civil, puesto que se entiende que el ordenamiento no tiene porqué intervenir ante un aspecto -la valoración del precio y la contraprestación- que corresponde en exclusiva a las partes contratantes<sup>651</sup>.

Así pues, la rescisión por lesión se encuentra limitada a los supuestos contemplados en el artículo 1291.1º y 2º CC, dado lo previsto por el artículo 1293 CC, confirmándose el carácter extraordinario de la medida en el artículo 1294 CC<sup>652</sup>; por lo que, de acuerdo con tales artículos, únicamente se rescindirán por lesión los contratos celebrados por los tutores sin autorización judicial y los celebrados en representación de los ausentes cuando, en ambos casos, la lesión sufrida por el representado suponga «más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquéllos». De este modo, a favor de esta limitación de la acción de rescisión por lesión en nuestro ordenamiento se ha argumentado que la ampliación de supuestos rescindibles supondría defender una «idea errónea de la equidad» y, además, la dificultad de objetivar la lesión<sup>653</sup>, lo que se relaciona con la defensa de un principio de la equivalencia de las prestaciones de tipo subjetivo.

---

<sup>650</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., Op. Cit., p. 613. En sentido parecido, al señalar que la rescisión supone: «a) un contrato inicialmente válido; y b) una lesión o perjuicio pecuniario para alguien». En sentido parecido, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, Reus, Madrid, 2007, p. 859; MORENO QUESADA, B., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, Vol. II, ALBALADEJO, M. (Dir.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, pp. 65 y 66; QUICIOS MOLINA, S., Op. Cit., p. 1286, entiende que con la rescisión «se trata de remediar un perjuicio, causado por el contrato celebrado, que el ordenamiento no considera aceptable, aun habiéndose respetado en su perfección las reglas sobre la validez contractual»; ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. M., *La rescisión por lesión en el Derecho civil español*, La Ley, Madrid, 2010, p. 168; GARCÍA VICENTE, J. R., *Comentarios al Código Civil*, Tomo VII, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9199.

<sup>651</sup> ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. M., Op. Cit., p. 212.

<sup>652</sup> MORENO QUESADA, B., Op. Cit., pp. 145 y ss.; ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. M., Op. Cit., p. 215; GARCÍA VICENTE, J. R., Op. Cit., pp. 9201 y 9202.

<sup>653</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., Op. Cit., pp. 616 y 617. Sobre la justificación de la limitación de la acción de rescisión a los supuestos contemplados por el artículo 1291.1º y 2º CC, MORENO QUESADA, B., Op. Cit., pp. 139 y 140, así pues: la fe en los contratos, planteamientos económicos y algunos precedentes en nuestra legislación que limitaban parcialmente la institución de la rescisión de inspiración romana. Por su parte, de

En el momento de delimitar el concepto de rescisión por lesión nos encontramos con la noción objetiva de la rescisión, que se centra en la lesión o desequilibrio entre las prestaciones, y la vertiente subjetiva de la rescisión, que toma en consideración la circunstancia de que una de las partes haya aprovechado en su propio beneficio la desventaja o debilidad de la contraparte. Según ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, la figura de la rescisión no se encuentra regulada de manera uniforme en los países de nuestro entorno; no obstante, lo que sí se observa es la decantación por la noción subjetiva de rescisión, aunque en algunos casos de manera matizada. Así, de acuerdo con la autora el Código civil francés parece optar por la tesis subjetiva de la rescisión por lesión, aunque la jurisprudencia suele aplicar un concepto objetivo de la misma, de manera que se determinará la acción de rescisión prosperará cuando se demuestre la lesión, sin necesidad de probar los elementos subjetivos. Por otro lado, en el BGB alemán parece que se prevé asimismo la rescisión desde su vertiente subjetiva, si bien parte de la doctrina alemana considera que la rescisión exige tanto un presupuesto objetivo: es decir, la desproporción de las prestaciones, y, por otro lado, un presupuesto subjetivo: el aprovechamiento de la necesidad, ligereza o inexperiencia de la contraparte<sup>654</sup>.

Acerca de los elementos objetivo y subjetivo de la rescisión, para MORENO QUESADA el elemento objetivo, consiste en el desequilibrio o desproporción de las prestaciones se refiere al objeto y a la causa del contrato, mientras que el elemento subjetivo -el aprovechamiento por parte de quien ha provocado la lesión- hace referencia a los vicios del consentimiento desde la perspectiva del lesionado y la concurrencia de un ilícito civil en cuanto a quien provocó la lesión. De acuerdo con el autor citado, respecto de la evolución de la rescisión por lesión, ésta debe «constituirse en remedio para combatir los perjuicios patrimoniales -el aspecto económico del agravio a que se refiera nuestro Tribunal Supremo-, cuando sean ocasionados por la celebración de negocios en que una de las partes se aproveche de la situación de inferioridad en que se encuentra otra -el aspecto jurídico del referido agravio- y para los cuales no haya un tratamiento específico en el ámbito de los vicios de la voluntad o del acto ilícito; (...)». Así, la rescisión por lesión se mantendría como reacción del ordenamiento jurídico ante un perjuicio injusto y contrario a la equidad o moralidad jurídica<sup>655</sup>.

## *2.2. Argumentos a favor de la rescisión de las cláusulas abusivas por no superar el control de contenido.*

En contra de la ampliación de supuestos en los que se admite la rescisión por lesión se ha argumentado la posible vulneración del principio de la equivalencia de las prestaciones asumida en nuestro ordenamiento -una equivalencia de las prestaciones subjetiva en respeto del principio de autonomía privada- y la dificultad que supondría objetivar las posibles lesiones jurídicamente relevantes. Sin embargo, en el contexto del control de contenido, entendemos que tales obstáculos son perfectamente salvables.

---

acuerdo con GARCÍA VICENTE, J. R., Op. Cit., p. 9218, lo dispuesto por el artículo 1293 CC se fundamenta en el principio de responsabilidad negocial y, por otro lado, en la libertad de precios.

<sup>654</sup> ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. M., Op. Cit., pp. 171 y ss.

<sup>655</sup> MORENO QUESADA, B., Op. Cit., pp. 70 y ss.

En primer lugar, acerca de la posible vulneración del principio de equivalencia de las prestaciones subjetiva, esto es, sobre el hecho de que en nuestro ordenamiento se deja al arbitrio de las partes contratantes la valoración de la idoneidad del precio y de la contraprestación, en el control de contenido lo que en realidad se entra a valorar es el posible desequilibrio entre los derechos y obligaciones, del cual además se debe derivar un perjuicio al adherente, de tal manera que si lo previsto por el artículo 82 TRLGDCU respeta el principio de equivalencia de las prestaciones en relación a la nulidad de pleno derecho de la cláusula, nada obsta para que sea igualmente admisible en el ejercicio de una acción de rescisión -ya que lo que requiere es la producción de un perjuicio-.

Y, en segundo lugar, tanto igual puede decirse respecto de la dificultad que supondría objetivar la lesión susceptible de justificar la facultad de ejercitar una acción de rescisión por lesión. En el caso que nos ocupa, dicha objetivación ya se ha efectuado -más o menos satisfactoriamente, según el criterio que se aplique<sup>656</sup>- a través de los artículos 82 y ss. TRLGDCU y gracias también a la labor jurisprudencial cuando se procede a la aplicación del control de contenido, gracias a lo previsto por el artículo 82.4 y los artículos 85 a 91 TRLGDCU.

Pues bien, dado que la rescisión por lesión es un tipo de ineficacia que se produce en contratos válidamente celebrados, tal clase de ineficacia vendría a respetar tanto la postura mantenida sobre el valor negocial del consentimiento contractual en la contratación por adhesión, así como la finalidad de poner remedio al perjuicio sufrido por el adherente con motivo del desequilibrio entre derechos y obligaciones asumidos por las partes. Aunque no se ignora que los caracteres y requisitos exigidos para el ejercicio de la acción de rescisión por lesión podrían suponer una desventaja para el adherente si se comparan con las características propias de la nulidad de pleno derecho -especialmente la posibilidad de apreciación de oficio y la imprescriptibilidad de la acción declarativa-.

Pero, como decíamos, la valoración de posibles alternativas al régimen de nulidad de pleno derecho en lo concerniente a las cláusulas abusivas se basa en la idea de tomar en consideración la causa de la ineficacia en lugar de fundamentarse en la idoneidad de las

---

<sup>656</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), Colex, Madrid, 2011, pp. 744 y ss., recoge las distintas posturas doctrinales acerca de la valoración de los artículos 85 a 91 TRLGDCU, y parte de que lo que propia ley dispone en tanto la norma recoge una lista que no es de carácter exhaustivo, de manera que, habida cuenta de la cláusula general del artículo 82 TRLGDCU, una cláusula puede ser perfectamente abusiva aunque no se encuentre entre los supuestos expresamente recogidos en la ley; en el mismo sentido, PAGADOR LÓPEZ, J., *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, REBOLLO PUIG, M. / IZQUIERDO CARRASCO, M. (Dir.), Iustel, Madrid, 2011, pp. 1434 y 1435. Crítica con la lista de cláusulas abusivas de la norma, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 979 y 980, así, «las justas críticas de la doctrina a una lista farragosa, plagada de reiteraciones e imprecisiones, combinando enunciados concretos con otros amplísimos a modo de cajón de sastre, se conservan y recrudecen con el TRLGDCU. Además, como se verá en su respectivo comentario, en algunos casos no parece haberse entendido bien el sentido de lo dispuesto en la propia norma comunitaria; la transposición del texto en algunos casos es literal; en otros se ha desfigurado o descolocado, alterando o desbordando el sentido inicial».

consecuencias jurídicas que se derivan de cada tipo de ineficacia<sup>657</sup>. En consecuencia, si el contenido de una condición general o cláusula predispuesta no cumple las exigencias del artículo 82.1 TRLGDCU, nos encontramos con que el predisponente, quien ostenta en exclusiva la facultad de determinar el contenido del contrato, ha incluido una o varias cláusulas que suponen un perjuicio para el adherente; así, acerca del elemento subjetivo de la rescisión, la parte que ha provocado un perjuicio o lesión a la contraparte se ha prevalido de su facultad -exclusiva- en perjuicio de la contraparte. Por otro lado, en relación con el elemento objetivo de la rescisión, en este supuesto el perjuicio provocado no se refiere al desequilibrio entre las prestaciones, sino al desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

Asimismo, la rescisión de las cláusulas abusivas por no superar el control de contenido se justificaría si se admitiese la concurrencia de consentimiento contractual en la adhesión a las cláusulas cuyo objeto se refiriese a los elementos no esenciales del contrato. El control de contenido se ha configurado como un control de legalidad o de validez, acarreado la consiguiente confirmación de la irrelevancia del consentimiento del adherente para las cláusulas que pueden ser objeto de dicho control. Sin embargo, en caso de apoyar la tesis según la cual el consentimiento contractual en los contratos por adhesión abarca tanto las cláusulas sobre los elementos esenciales como los no esenciales, es difícilmente justificable la declaración de nulidad de pleno derecho de una cláusula que ha sido válidamente aceptada<sup>658</sup>.

En cambio, la rescisión por lesión ante las cláusulas abusivas por suponer un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes respetaría la validez del consentimiento prestado, pues este tipo de ineficacia reacciona frente a la circunstancia de que un contrato válidamente aceptado pero que contribuye a la provocación de un resultado injusto para una de las partes contratantes; de tal forma que se respeta el principio de autonomía privada y se deja al arbitrio de la parte perjudicada la decisión de solicitar la declaración de ineficacia de la cláusula de que se trate, en lugar de reaccionar el ordenamiento jurídico de manera automática, *ipso iure*, por la vía de la nulidad de pleno derecho<sup>659</sup>.

Con la finalidad de ilustrar la alternativa que se plantea, pensemos en el supuesto enjuiciado en la STS de 13 de marzo de 2012 (Núm. 118/2012) acerca de la abusividad y correlativa nulidad de dos cláusulas insertas en un contrato de suministro de canales y servicios por satélite celebrado con un consumidor. Conforme a las cláusulas controvertidas, el cliente quedaba obligado al pago mensual del precio del arrendamiento del terminal digital, lo que suponía la *imposición del uso oneroso de un instrumento accesorio* -el descodificador o terminal digital- que no había sido solicitado por el consumidor. De acuerdo con el tribunal de apelación, las cláusulas controvertidas eran abusivas conforme a lo dispuesto por los artículos 10 y 10 bis de la anterior LGDCU, de forma que tendrán la condición de abusivas las cláusulas que incluyesen «la imposición al consumidor de bienes y servicios complementarios no solicitados».

Dado el significado y alcance de la nulidad de pleno derecho, supongamos que el cliente leyó y comprendió la totalidad del contrato. Supongamos que el precio del servicio que se presta

---

<sup>657</sup> Vid. Supra.

<sup>658</sup> Vid. Cap. II, V, 4.

<sup>659</sup> Vid. Supra, acerca de la nulidad *ipso iure*.

es el más competitivo del mercado. Bajo estas circunstancias, el consumidor, acerca de las cláusulas sobre la imposición del uso del descodificador de la misma empresa que suministra el servicio, decide aceptarlas y celebrar el contrato de suministro ya que, valorado en su conjunto, es la mejor oferta del mercado. Supongamos, entonces, que el consumidor decide no ejercitar acción de nulidad alguna porque está conforme con el contrato celebrado.

Pues bien, a pesar de la decisión informada y meditada del consumidor, las cláusulas son abusivas por los motivos señalados en la sentencia y, en consecuencia, son nulas de pleno derecho. Desde una *perspectiva teórica*, las cláusulas no forman parte del contrato a pesar de que el adherente las aceptó -con pleno conocimiento y asumiendo las consecuencias de su decisión-, porque el legislador, al optar por la nulidad de pleno derecho como consecuencia de la abusividad, ha negado al adherente la facultad de decidir acerca de la ineficacia de la cláusula abusiva.

### *2.3. El ejercicio de la acción de rescisión y sus efectos en relación con la abusividad de las cláusulas.*

Sobre los rasgos de la rescisión, puestos en comparación con los que derivan de la nulidad de pleno derecho, hemos mantenido que la admisibilidad de control de oficio en el marco de la contratación por adhesión no tiene porqué fundamentarse en la nulidad de pleno derecho, sino que bien puede hacerse por las particularidades inherentes a esta modalidad de contratación - como la protección del interés público-.

A diferencia de la imprescriptibilidad de la acción de declaración de nulidad, el artículo 1299 CC prevé que la acción de rescisión tiene una duración de cuatro años -entendido como un supuesto de caducidad<sup>660</sup>-. En principio, podría pensarse que dicho plazo supone un claro perjuicio al adherente que ante la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas no encuentra limitación temporal alguna para la solicitud de la pertinente declaración de nulidad.

No obstante, a nuestro juicio, un plazo de caducidad de cuatro años es del todo razonable partiendo de que el cómputo del plazo habría de comenzar a partir de la producción del perjuicio y no de la celebración de un contrato que incluye una o varias cláusulas que suponen el desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

Dado que el régimen de Derecho común recoge expresamente dos supuestos de rescisión por lesión -artículo 1291.1º y 2º CC- que poco o nada comparten con la posibilidad de ejercitar una acción de rescisión por lesión en relación con una cláusula hipotéticamente abusiva, entendemos que lo más apropiado sería la aplicación de la doctrina relativa al cómputo del plazo de la acción de anulabilidad -también de caducidad de cuatro años *ex* artículo 1301 CC-. Según la doctrina jurisprudencial -desde las SSTs de 12 de enero de 2015 (Núm. 769/2014) y de 7 de julio de 2015 (Núm. 376/2015) hasta las más recientes SSTs de 19 de febrero de 2018 (Núm. 89/2018) y de 28 de mayo de 2018 (Núm. 312/2018)-, dicho plazo ha de ser aplicado tomando en consideración el artículo 3.1 CC y adaptarlo a la «realidad social del tiempo en que han de ser

---

<sup>660</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *Op. Cit.*, pp. 526 y 527; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Op. Cit.*, pp. 613 y 614; MORENO QUESADA, B., *Op. Cit.*, p. 216; ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. M., *Op. Cit.*, p. 194; GARCÍA VICENTE, J. R., *Op. Cit.*, pp. 9232 y 9233.



aplicadas [las normas] atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas». Así, «*en la fecha en que el art. 1301 fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la “actio nata”, conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tener cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción*». De este modo, «*en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo*».

Pues bien, aparte de la complejidad que pueda presentar cada contrato, dadas las particularidades inherentes a la contratación por adhesión y que el control de contenido se realiza a cláusulas relativas a elementos no esenciales del contrato, entendemos que lo razonable sería que el plazo comenzase a contar a partir del momento en que el adherente tiene conocimiento de que se ha producido un posible desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes, momento que se da cuando se produce el perjuicio derivado de la aplicación de la cláusula controvertida.

En cuanto a la legitimación activa para el ejercicio de la acción de rescisión, habida cuenta de que la rescisión es un tipo de ineficacia contractual previsto para los casos en los que un contrato válidamente celebrado produce unos efectos injustos, la facultad para el ejercicio de la acción de rescisión se reconoce precisamente a quien haya sufrido el daño<sup>661</sup>. De este modo, la legitimación corresponde en exclusiva al adherente, puesto que una cláusula abusiva es aquella en la que el perjuicio provocado por el desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes ha de ser un perjuicio al consumidor *ex* artículo 82.1 TRLGDCU. De esta forma, las razones que justifican la configuración de una nulidad de pleno derecho relativa se respetan de igual manera en el supuesto de la rescisión.

Por último, en lo que respecta a los efectos de la rescisión, aparte de la ineficacia de la cláusula controvertida, el artículo 1295 CC prevé la restitución de las cosas objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses -siempre que la parte contractual que solicitase la rescisión del contrato pudiese devolver lo recibido de la contraparte-. En consecuencia, probada la abusividad de una cláusula, ésta será ineficaz y las partes se restituirán lo que hubieren recibido con motivo de su aplicación.

### **3. La anulabilidad de las cláusulas abusivas por no superar el control de transparencia.**

---

<sup>661</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *Op. Cit.*, p. 525; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Op. Cit.*, p. 613; MORENO QUESADA, B., *Op. Cit.*, p. 224; ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. M., *Op. Cit.*, p. 190.

### 3.1. Concepto de anulabilidad.

Según establece el artículo 1300 CC «los contratos en que concurran los requisitos que expresas el artículo 1261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley».

A diferencia de lo que ocurre con respecto a la nulidad de pleno derecho, con la anulabilidad sucede que la decisión sobre la validez del contrato se deja al arbitrio del sujeto a quien el ordenamiento protege por la vía de esta modalidad de ineficacia, por lo que el contrato desplegará sus efectos desde su celebración hasta que dicho sujeto ejercite, en su caso, la referida acción -supuesto en el cual los efectos del contrato quedarán anulados de manera retroactiva-. Por consiguiente, se trata de medida o remedio dirigido a proteger al afectado -en lugar de pretender la protección del interés público como ocurre en relación con la nulidad de pleno derecho-, en cuanto a que éste solo la ejercerá si considera que el contrato no le resulta beneficioso<sup>662</sup>. Por este motivo, dado que no nos encontramos ante la ineficacia estructural de la nulidad de pleno derecho<sup>663</sup>, sobre la efectividad de tales contratos -afectados por un vicio del consentimiento o por cualquiera de las otras causas de anulabilidad-, la doctrina los ha catalogado como *contratos claudicantes*<sup>664</sup>, contratos que «tienen una condición latente de inválidos»<sup>665</sup> o bien contratos «afectos de nulidad pendiente»<sup>666</sup>.

La anulación de los contratos se prevé para aquellos supuestos en los que el consentimiento contractual no se ha prestado válidamente debido a una irregularidad durante su proceso de formación, sin que se exija la producción de una lesión a la parte en cuyo consentimiento concurre alguna clase de defecto -ya sea por vicio del consentimiento, falta de capacidad suficiente o bien cuando uno de los cónyuges no hubiere prestado su consentimiento a negocio jurídico que así lo requería específicamente-.

### 3.2. Argumentos a favor de la anulabilidad de las cláusulas abusivas por no superar el control de transparencia.

---

<sup>662</sup> Entre otros, DE CASTRO Y BRAVO, F., Op. Cit., p. 499, y más adelante, en concreto en la p. 505, el autor señala que el hecho de que la anulación del contrato haya de ser solicitada por el afectado, es decir, la decisión «se pone en manos del protegido», hace que tal posibilidad deba ser considerada como una facultad y no como un derecho subjetivo.; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., Op. Cit., p. 592; DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La anulabilidad”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 29, Núm. 4, 1976, p. 1025, y en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, Vol. II, ALBALADEJO, M. (Dir.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, pp. 243 y 244; FLUME, W., *El negocio jurídico*, Tomo II, Fundación Cultural del Notariado, 1998, Madrid, p. 654; JEREZ DELGADO, C., *La anulación del contrato*, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 69; QUICIOS MOLINA, S., Op. Cit., p. 1218; GARCÍA VICENTE, J. R., Op. Cit., pp. 9240 y 9241.

<sup>663</sup> En este sentido, sobre la anulabilidad excluida de la categoría de ineficacia estructural, JEREZ DELGADO, C., Op. Cit., p. 69, señala que «la figura se flexibiliza y admite como supuestos típicos casos distintos de los vicios del consentimiento y la falta de capacidad suficiente para contratar, que no tiene en común necesariamente la existencia de un defecto en la estructura del contrato sino algo tan sencillo como la voluntad del Legislador de reforzar la condición de un sujeto, que merece protección y queda legitimado por esta razón para decidir sobre la eficacia o ineficacia definitiva del contrato».

<sup>664</sup> De acuerdo con Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., Op. Cit., p. 592, así se han denominado históricamente.

<sup>665</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., Op. Cit., p. 498.

<sup>666</sup> ENNECCERUS, L. / KIPP, T. / WOLFF, M., *Tratado de Derecho civil*, Tomo I-2º, 2º. ed. revisada por NIPPERDEY, H. C., Bosch, Barcelona, 1981, p. 728.

Dadas las causas de anulabilidad previstas por el Derecho común, se plantea la idoneidad de la anulabilidad como tipo de ineficacia derivado de la no superación del control de transparencia, pues dicho control guarda semejanzas importantes con la teoría de los vicios del consentimiento -en concreto, el dolo y el error-. El control de transparencia tiene por finalidad que el adherente-consumidor tenga la posibilidad de conocer la carga económica y jurídica del contrato, de tal manera que dicho control supone el examen del cumplimiento de los deberes precontractuales de información en relación con las cláusulas cuyo objeto recae sobre los elementos esenciales del contrato, de manera que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, tales cláusulas han de proporcionar «*un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que el supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato*» -SSTS de 08 de junio de 2017 (Núm. 367/2017), de 16 de noviembre de 2017 (Núm. 614/2017), de 1 de diciembre de 2017 (Núm. 654/2017 y 655/2017), de 23 y 24 de enero de 2018 (Núm. 32/2018 y 38/2018, respectivamente), de 10 de abril de 2018 (Núm. 197/2018) y de 22 de mayo de 2018 (Núm. 291/2018)-.

Por tanto, en caso de demostrarse que no se proporcionó la información necesaria para que el adherente quedase debidamente informado -esto es, si se comprobase que se incumplieron los deberes de transparencia de tal forma que se impidiese la posibilidad de conocer la carga económica y jurídica del contrato y provocando en el adherente un *error* acerca de los elementos esenciales del contrato, la cláusula controvertida no superará entonces el control de transparencia y sería, en consecuencia, abusiva-. En palabras de GARCÍA VICENTE, acerca del sistema de los vicios del consentimiento: «lo que importa es tutelar el procedimiento de formación de la voluntad y no los resultados que ésta arroje, de modo que la frustración de ciertas expectativas o la celebración de malos negocios está fuera de su ámbito»<sup>667</sup>; lo que de igual modo se produce cuando se procede a la aplicación del control de transparencia, pues no se exige la producción de un perjuicio o lesión, sino que se entra a valorar si la falta de transparencia provocó que el adherente tuviese una idea errónea acerca de las cargas jurídicas y/o económicas que derivan del contrato.

Pues bien, atendiendo a la clasificación de los distintas clases de ineficacia de acuerdo con la causa que las provoca, es más que evidente la relación entre control de transparencia y anulabilidad. De hecho, incluso aunque se admitiese que la protección del adherente o el desequilibrio entre las partes contratantes acerca de la información son una cuestión de interés público, dicha consideración se corresponde con una opción en materia de política legislativa y no puede excluir el hecho de que el control de transparencia tenga por finalidad asimismo la protección de los intereses particulares. Es decir, a nuestro juicio, en origen y en todo caso, con el control de transparencia se salvaguardan los intereses particulares; y, por otro lado, dependiendo de la postura doctrinal por la que se decante, se le puede añadir la función de protección del interés público -lo que sería entonces una función subsidiaria-.

Al tratar la cuestión relativa a la rescisión de las cláusulas abusivas por no superar el control de contenido como alternativa a la nulidad de pleno derecho, se argumentaba que de este

---

<sup>667</sup> GARCÍA VICENTE, J. R., Op. Cit., p. 9093.

modo se justificaría la tesis contractualista propuesta acerca de la validez de condiciones generales y cláusulas abusivas. Ahora bien, en lo que respecta a la anulabilidad de las cláusulas que no superan el control de transparencia, al entender que éste es un control del consentimiento<sup>668</sup>, no es de extrañar que ya se hubiese planteado en la doctrina la idoneidad de la anulabilidad como régimen de ineficacia cuando lo que se entra a valorar es el consentimiento en la contratación por adhesión.

En este sentido, de acuerdo con PASQUAU LIAÑO sobre los requisitos de incorporación del artículo 7.a) LCGC -esto es, que el adherente tuviese la oportunidad de conocer de manera completa en el momento de la celebración del contrato y que las hubiese aceptado a través de la firma- «habría sido más apropiado optar por la anulabilidad, pues, desde la perspectiva del legislador, tienen mucho que ver con la *entereza* del consentimiento: para el ordenamiento jurídico es indiferente desde el punto de vista valorativo que ese clausulado forme o no parte del contrato, pero siempre que haya podido ser conocido por el adherente en el momento en que presta el consentimiento contractual; parece pues que lo oportuno sería no tanto la nulidad automática (aunque relativa), como ofrecer al adherente, durante un plazo necesariamente corto en el tiempo – desde que se pueda entender que conoció la existencia de la(s) cláusula(s) discutida(s)- una *segunda oportunidad* de decidir (en este caso, anular o confirmar)».

No obstante, el mismo autor entiende que no puede decirse lo mismo de los requisitos previstos en el artículo 7.b) LCGC, entre los que se encuentra la comprensibilidad de las condiciones generales, pues no se refieren únicamente al momento en que se celebra el contrato ya que, siguiendo la tesis de ALFARO, aluden también a la fase de ejecución del contrato -que es cuando el adherente tiene alguna duda acerca de alguna de las cláusulas y es cuando procederá a su lectura, cosa que no hizo antes o durante la celebración del contrato-<sup>669</sup>. Aunque sobre el requisito de comprensibilidad el autor citado matiza la idea acerca de la anulabilidad, a nuestro juicio tal salvedad no es válida en los supuestos en los que se aplique el control de transparencia, ya que independientemente de la postura que se adopte al respecto, nos referimos ahora al control de transparencia creado tiempo después de la observación de PASQUAU LIAÑO, y dicho control se aplica a las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato -sobre las que recae el consentimiento contractual y no se pueden entender en ningún caso impuestas-.

Del hecho de que el control de transparencia es un control del consentimiento se deriva otro argumento a favor de la consideración de la anulabilidad como alternativa a la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas. Se ha puesto de manifiesto la necesidad de procurar una mayor armonización entre las normas relativas a la teoría general del contrato y las particulares sobre la contratación por adhesión; de tal manera que se plantea la proporcionalidad de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas por no superar el control de transparencia cuando, por ejemplo, se prevé la anulabilidad de los contratos en los que el consentimiento se hubiese arrancado por violencia o por intimidación.

---

<sup>668</sup> Vid. Cap. II, II, 4.3. y Cap. III, I, 2.

<sup>669</sup> PASQUAU LIAÑO, M., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Elcano, 1999, pp. 281 y 282.

La violencia y la intimidación, como vicios del consentimiento que atentan contra la libertad de la víctima, se definen en el artículo 1267 CC. De acuerdo con dicho artículo, la violencia se producirá cuando ésta se hubiere empleado fuerza irresistible para arrancar el consentimiento y, por otro lado, «hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes». Pues bien, aparte de la gravedad que reviste todo atentado contra la libertad<sup>670</sup>, dado que el dolo vicio también atenta contra la libertad de contratar del *deceptus*, los medios empleados en los supuestos de violencia y de intimidación implican la agravación del ilícito<sup>671</sup>. Por este motivo, entendemos que se da cierta falta de coherencia cuando el ordenamiento reacciona previendo la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas por no superar el control de transparencia -control del consentimiento-, mientras que la ineficacia derivada de la violencia y la intimidación sea la anulabilidad y, por tanto, dependa de la voluntad de la víctima la eficacia o la ineficacia del contrato celebrado.

El hecho de que el control de condiciones generales o cláusulas abusivas pueda tener por finalidad la protección del interés público no excluye de ningún modo que al mismo tiempo se este protegiendo el interés particular de las partes y, desde esta perspectiva, tal vez sería conveniente una revisión del régimen de ineficacia en general procurando la armonización entre las normas relativas a la teoría general de los contratos -que al fin y al cabo se aplican asimismo ante determinadas controversias surgidas en el ámbito de la contratación por adhesión- y las normas sobre condiciones generales y cláusulas predisuestas.

Es más, abundan en nuestra jurisprudencia sentencias en las que se determina la anulación de contratos sobre productos financieros complejos por la concurrencia de un error vicio. En estos supuestos, al ser en su mayoría contratos por adhesión, se daba la desigualdad respecto de la información entre las partes contratantes -lo que tiene consideración de cuestión de interés público-, el predisponente incumplió los deberes de información, se provocó un error en el adherente y, sin embargo, la ineficacia del contrato se deja al arbitrio del adherente. En cambio, si en ese mismo supuesto de hecho se hubiese aplicado el control de transparencia a una cláusula concreta, estaríamos ante un caso de nulidad de pleno derecho o automática.

---

<sup>670</sup> GRIMALT SERVERA, P., *Ensayo sobre la nulidad del contrato en el Código civil. Revisión crítica de la categoría de la anulabilidad*, Comares, Granada, 2008, p. 72, propone, para poner fin a las dificultades que se plantean en relación con el régimen de ineficacia en nuestro ordenamiento, la única distinción entre nulidad y rescisión. Así, se distinguiría entre una y otra modalidad de ineficacia según la «gravedad o tolerabilidad de la ilicitud», de manera que «las agresiones a la libertad de las personas sería nulas, las actuaciones contrarias a la buena fe, rescindibles».

<sup>671</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), Colex, Madrid, 2011, p. 762, acerca de que a la acción de restitución derivada de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva le corresponde el plazo de prescripción del artículo 1301 CC, en lugar del artículo 1964 CC, que antes de la reforma operada en 2015 preveía un plazo de quince años, argumenta que «no se ve por qué la pretensión de restitución derivada de una nulidad por violencia, que está contemplada en el art. 1301, prescriba en menos tiempo (cuatro años, art. 1301) que la pretensión de restitución derivada de una cláusula abusiva (quince años, art. 1964)». Dado que la anulación por violencia pertenece a la categoría de la anulabilidad y las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho, prosigue el autor defendiendo la aplicación analógica del artículo 1301 CC diciendo que «la analogía, por lo demás, no ha de fundarse en el tipo de ineficacia, sino en la pretensión de restitución».

### 3.3. El ejercicio de la acción de anulabilidad y sus efectos en relación con la abusividad de las cláusulas.

Sobre las diferencias en relación con los requisitos para ejercitar una acción anulabilidad como la que se ha entrado a valorar y los exigidos para el ejercicio de la acción de nulidad, se plantea el tradicional debate relativo a la dicotomía nulidad-anulabilidad, si bien con algunas especialidades añadidas del régimen de ineficacia previsto para las cláusulas abusivas.

De nuevo, al igual de lo que sucedía con respecto a la limitación temporal para el ejercicio de la acción de rescisión, la opción de la anulabilidad como alternativa a la nulidad de pleno derecho prevista por los artículos 9.1 LCGC y 83 TRLGDCU puede tener la consideración de ser un evidente retroceso en cuanto a la protección de los intereses del adherente si se entiende que el plazo de cuatro años contemplado en el artículo 1301 CC se refiere al ejercicio de la acción de anulabilidad, en lugar de entender que el plazo de dicho artículo se establece para la acción de restitución<sup>672</sup>. A propósito de la consabida distinción entre la acción de anulación o de nulidad y la acción de restitución, según CARRASCO son tres las reglas a aplicar en materia de plazo de ejercicio: a) la primera, según el autor la acción de declaración no está sometida a plazo alguno, si se parte de que ninguna de las partes ha procedido al cumplimiento de sus correspondientes prestaciones -no hay confianza ajena que proteger-; b) en segundo lugar, «las limitaciones de plazo para accionar no juegan cuando la contingencia de la ineficacia se hace valer por vía de excepción»; c) y, en último lugar, «la acción declarativa no puede gozar de un plazo de que le permita producir efectos que ya no podría obtenerse mediante la acción de restitución», de ahí que se niegue la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de pleno derecho cuando el contrato ha sido cumplido total o parcialmente<sup>673</sup>.

Nuestra doctrina jurisprudencial ha optado por interpretar que el artículo 1301 CC lo que recoge es un plazo para la solicitud de la anulación del contrato, si bien no se han encontrado sentencias en las que se entre en detalles como la distinción entre la no limitación temporal de la acción declarativa en caso de que no se hubiese cumplido el contrato y, por el contrario, su limitación si se hubiesen cumplido las prestaciones total o parcialmente<sup>674</sup>. Pues bien, en cuanto al cómputo del ejercicio de la acción en lo referente a los contratos cuyo objeto recae sobre un

---

<sup>672</sup> De acuerdo con un sector doctrinal, el plazo de cuatro años del artículo 1301 CC se refiere a la acción de restitución derivada de la anulación del contrato; en este sentido, DE CASTRO Y BRAVO, F., Op. Cit., pp. 509 y ss., precisando que «la extinción de la acción restitutoria, al pasar cuatro años de consumado el contrato, impide el ejercicio de la misma acción declarativa; pues, con dicha extinción, caerá el interés que legitima el ejercicio de la acción declarativa. Nada impide, en cambio, la perduración indefinida de la acción declarativa, para oponerla como excepción, cuando basándose en un contrato perfecto y no consumado se demande su cumplimiento a quien consintiera teniendo limitada su capacidad o con voluntad viciada». En sentido parecido, DELGADO ECHEVERRÍA, J., Op. Cit., pp. 252 y ss.

<sup>673</sup> CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 674 y 675.

<sup>674</sup> Sobre el hecho de que el plazo de cuatro años del artículo 1301 CC comienza a computar cuando se da el cumplimiento del contrato y que, por tanto, dicho plazo se refiere a la restitución, EGUSQUIZA BALMASEDA, M. Á., Op. Cit., p. 89, entiende que «el silencio de los Tribunales en este punto resulta elocuente. En la práctica esa diversa concepción de las acciones de anulabilidad apenas si tiene trascendencia puesto que, como reconoce el propio Delgado Echeverría, la extinción de la acción restitutoria priva al actor normalmente de aquel interés que le legitimaba para poder ejercitar la acción declarativa».

instrumento financiero complejo y la pretensión de anulación -que no la restitución-, según, entre otras, las SSTs de 12 de enero de 2015 (Núm. 769/2014), 7 de julio de 2015 (Núm. 376/2015), de 16 de septiembre de 2016 (Núm. 435/2016), de 27 de febrero de 2017 (Núm. 130/2017), de 29 de noviembre de 2017 (Núm. 652/2017), de 19 de febrero de 2018 (Núm. 89/2018), y de 28 de mayo de 2018 (Núm. 312/2015): «*al interpretar hoy el art. 1301 CC en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a “la realidad social del tiempo (...)».*

La limitación en el tiempo de la acción de anulabilidad se fundamenta en que si la eficacia o ineficacia de un contrato se deja al arbitrio de una de las partes, por razones de seguridad jurídica dicha facultad ha de ser limitada en el tiempo, puesto que el mantenimiento de una situación de incertidumbre sobre la eficacia del contrato no solo afecta a la contraparte sino también a terceros, aunque puede haber situaciones en las que *no haya apariencia alguna que proteger* -como cuando no se ha producido la consumación del contrato-<sup>675</sup>.

Sin embargo, las evidentes dudas que surgen a este respecto no tendrían porqué repetirse en el ámbito de la contratación por adhesión si, en lugar de omitir referencia alguna como hace el TRLGDCU o bien remitir expresamente a «las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual» ex artículo 9.1 LCGC, el legislador interviniese en dicha cuestión. Es más, existiendo la posibilidad de legislar al respecto, llega un punto en que las disquisiciones de esta naturaleza se tornan del todo estériles.

Toda objeción que pueda hacerse al régimen de la anulabilidad de las cláusulas abusivas por no superar el control de transparencia como alternativa a la nulidad de pleno derecho entendemos que se referirá a las consecuencias jurídicas que de la anulabilidad se derivan. No obstante, como ya hemos tenido ocasión de manifestar, a nuestro juicio sería más adecuado que la sistemática empleada y la clasificación sobre el régimen de ineficacia en la contratación por adhesión se fundamentase en la causa que provoca dicha ineficacia, en lugar de basarse en las consecuencias jurídicas que se consideran más apropiadas para dispensar la protección necesaria ante los abusos llevados a cabo por el predisponente en lo que al acto de predisposición se refiere. Por este motivo, una cosa es valorar la anulabilidad de condiciones generales y cláusulas abusivas dado un defecto en la formación del consentimiento contractual del adherente -control de transparencia-, y otra distinta es determinar las consecuencias que de dicha abusividad han de derivar.

En definitiva, cuestiones tales como pueda ser la legitimación para el ejercicio de la acción o la restitución de lo recibido, en principio se regirían según lo previsto por la teoría general de los contratos, aunque nada obsta para que dichos aspectos cuenten con unas reglas específicas ideadas a partir de las particularidades propias de la contratación por adhesión.

---

<sup>675</sup> GARCÍA VICENTE, J. R., Op. Cit., pp. 9252 y 9253.





**PRIMERA.** *Influencia de las tensiones ideológicas en la política legislativa.* Desde una perspectiva ideológica, la política legislativa en materia de Derecho de contratos en los últimos dos siglos parece haber virado desde la exaltación de la libertad hacia la preponderancia de la igualdad lo que, en relación con la valoración de la sociedad de consumo y del lugar que ocupa en ella el consumidor, repercute en la propia consideración de la noción de contrato en la sociedad actual.

Así pues, en lo que respecta al núcleo de la dogmática de la contratación por adhesión, se entremezclan las medidas cuya finalidad parece ser la incitación al consumo y la eficiencia económica, en contraste con las que se proclaman como refuerzo de la protección del adherente-consumidor. No obstante, dado que las medidas tendentes a la protección de la denominada *parte contratante más débil* -sobre todo cuando el adherente es un consumidor- prescinden de toda valoración de la conducta llevada a cabo por éste -desde la más absoluta diligencia hasta la negligencia más reprochable-, cabe plantearse si incluso el refuerzo de su protección termina abocando a un incremento del consumo irresponsable e irreflexivo más que a la defensa de los intereses de los consumidores.

Por este motivo, se pone en cuestión la preeminencia de la defensa de la igualdad material en las relaciones contractuales, ya que si tal propósito consiste en el trato desigual por parte del ordenamiento jurídico en favor del que se encuentra en una situación de inferioridad -el adherente, en este caso-, además de que dicho favorecimiento pueda ser de dudoso alcance, parece llevar anudada la ignorancia de la libertad de contratar -autodeterminación- del adherente y su exención de toda responsabilidad y diligencia debidas.

**SEGUNDA.** *La imposición como elemento característico en la contratación por adhesión y la responsabilidad correlativa a la libertad.* La negación de la contractualidad de los contratos en los que se emplean condiciones generales y cláusulas predispuestas, con base en la ausencia de negociación y la nula intervención directa del adherente en la determinación del contenido contractual, ha derivado en que la imposición se constituya como uno de los requisitos necesarios de toda condición general.

Doctrina y jurisprudencia interpretan que dicha imposición equivale a la falta de negociación. A nuestro juicio, tal equiparación resulta un tanto desacertada, ya que el significado del referido vocablo facilita la asociación errónea de la contratación por adhesión a la idea de la limitación de la libertad del adherente en un sentido absoluto -incluyéndose, por tanto, el límite a su libertad de contratar o autodeterminación-. Donde hay imposición, hay sometimiento.

Al adherente difícilmente puede exigírsele responsabilidad y diligencia en su proceder dada su condición de *sometido*. Es más, siendo el contratante débil, contando con que el contenido contractual es *impuesto* por el predisponente, se tiende a justificar la contratación irreflexiva del adherente.

Pero que el predisponente sea responsable de la determinación del contrato, pues lo hace unilateralmente, no necesita de la presunta debilidad del adherente para la fundamentación de los controles previstos en el ámbito de la contratación por adhesión -controles de incorporación, de contenido y de transparencia-. En la predisposición del contrato, la responsabilidad del predisponente se justifica precisamente en que éste ejerce una libertad -autonormación- de la que el adherente no dispone. De ahí que sea innecesario, además de inconveniente, eximir al adherente de todo deber de diligencia, ya que en un mercado de libre competencia el adherente siempre cuenta con la opción de no contratar.

**TERCERA.** *La contractualidad del contrato por adhesión.* Las principales críticas a la contratación por adhesión suelen tomar como punto de referencia un concepto voluntarista del contrato -por negociación-, prescindiendo de toda matización a consecuencia de las diferencias entre el contrato como *ideal*<sup>676</sup> y el contrato en la realidad práctica.

No obstante, si la libertad de contratar y el conocimiento o la consciencia son los dos requisitos esenciales de la validez del consentimiento contractual, sucede que ni uno ni otro elemento se ven comprometidos por la naturaleza del contrato por adhesión. La libertad de contratar depende de diversos factores, tales como el buen funcionamiento del mercado, y, de otra parte, el conocimiento o la consciencia se garantiza a través del cumplimiento de los deberes de información -si bien el cumplimiento de los referidos deberes afecta, igualmente, a la libertad de contratar-. Así pues, en sentido estricto, no parece justificable la negación de la contractualidad de los contratos por adhesión con fundamento en su propia naturaleza.

**CUARTA.** *El concepto unitario de consentimiento contractual.* A pesar de que la doctrina mayoritaria distingue entre el consentimiento de los elementos esenciales del contrato y la imposición de las cláusulas sobre los elementos no esenciales, la principal objeción a dicha tesis se halla en que en esta regla de Derecho se justifica en una afirmación que, en cualquier caso, debería ser contrastada: la supuesta ignorancia del adherente en relación con las cláusulas relativas a los elementos no esenciales. Pero, al ser una afirmación que ignora las distintas modalidades de contratos por adhesión según la relevancia de su carga jurídica y económica y según su complejidad -v. gr., contrato *ticket* típico y cotidiano frente a un contrato de préstamo hipotecario-, al igual que tampoco se tiene en cuenta la actitud del propio adherente, se concluye que el consentimiento contractual en la contratación por adhesión ha de alcanzar tanto las cláusulas sobre elementos esenciales como las dedicadas a los elementos no esenciales, aplicando la concepción unitaria del contrato a este aspecto en particular.

---

<sup>676</sup> En el sentido de la quinta acepción ofrecida por el *Diccionario de la Real Academia Española*, como «modelo perfecto que sirve de norma en cualquier dominio».

**CUARTA.** *Armonización entre la teoría general de los contratos y la contratación por adhesión.* Abundan en nuestra jurisprudencia las controversias surgidas a propósito de contratos relativos a productos financieros complejos, en los que suelen emplearse condiciones generales y cláusulas predispuestas, cuya solución es la anulación de los mismos por la vía de la teoría de los vicios del consentimiento, en concreto, el error vicio. De este modo, cuando se trata de un contrato por adhesión, la negación de valor de la voluntad negocial del adherente o bien la distinción entre el consentimiento contractual circunscrito a las cláusulas sobre los elementos esenciales del contrato y la imposición de los elementos no esenciales, contrastan con la reacción del ordenamiento jurídico ante un vicio del consentimiento con entidad suficiente como para provocar la anulabilidad del contrato por adhesión a instancia de la víctima del vicio -el adherente-.

Si la aceptación del adherente no tiene entidad suficiente como para tener la consideración de consentimiento contractual, puede resultar algo contradictorio que dicha *aceptación* reciba la protección que otorga la teoría de los vicios del consentimiento.

En segundo término, el control de transparencia establece un elevado nivel de exigencia en lo atinente a la transparencia en la redacción de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato, justificándose en la importancia del cumplimiento de los deberes de información durante la fase de precontractual o de formación del contrato. A este respecto, el fundamento del control de transparencia se contrapone a la postura que entiende que la especialidad del contrato por adhesión es tal que su validez no depende del consentimiento contractual sino del cumplimiento de los deberes a cargo del predisponente, dado que esta justificación de los deberes imperativos de transparencia se enturbia si la transparencia tiene por finalidad que el adherente conozca debidamente las cargas jurídicas y económicas que derivan del contrato y, de este modo, preste su consentimiento válidamente.

Parece injustificable negar valor a la voluntad negocial del adherente y al mismo tiempo reforzar su protección a través de la creación jurisprudencial de un nuevo control de condiciones generales y cláusulas predispuestas.

**QUINTA.** *Los controles de incorporación y de transparencia son controles relativos a la formación del consentimiento contractual.* La protección del proceso de formación del consentimiento contractual, dada la naturaleza de la contratación por adhesión, requiere la previsión de uno o varios controles que garanticen la posibilidad del adherente de contar con la información necesaria y comprensible del contenido del contrato. En este sentido, la especial responsabilidad del predisponente descansa en su facultad exclusiva de determinar el contenido contractual, de tal manera que se prescinde de toda consideración de tipo subjetivo en su conducta a la hora de determinar si ha ejercido su facultad en cumplimiento de los requisitos de incorporación y de transparencia. Por consiguiente, el incumplimiento de tales exigencias supone una clara transgresión jurídica, cuyas consecuencias jurídicas dependerán de que suponga la no superación del control de incorporación o del control de transparencia.

**SEXTA.** *La configuración del control de transparencia en pleno proceso de evolución.* Reconociéndose la dificultad que supone la coordinación en la creación de un nuevo control con vocación general, como el de transparencia, a través de la jurisprudencia; no obstante, se evidencia la falta de unidad de criterio en relación con los aspectos nucleares del referido control.

Así pues, acerca del significado y alcance del deber de transparencia, éste ha de ser entendido como el deber de redactar el contenido del contrato de manera que sea comprensible - posibilidad de ser comprendido-; prescindiendo, además, de la distinción artificiosa entre transparencia formal y transparencia material, esto es, la transparencia es una, formada por elementos formales y elementos materiales. No parece razonable, a pesar de la predisposición unilateral del contrato, que el predisponente haya de garantizar la efectiva comprensión del adherente a partir del modo en que haya redactado la cláusula controvertida o del tipo de información que haya proporcionado; ya que, en realidad, tal fin no puede alcanzarse a través de medios semejantes: es inevitable que, para la efectiva comprensión, concurra la intervención del adherente -una cláusula puede ser perfectamente comprensible, pero no ser efectivamente comprendida porque el adherente no tuvo interés en comprenderla-.

De otra parte, cuando el control de transparencia se ha aplicado a cláusulas distintas de la cláusula suelo, se ha echado en falta un decálogo de criterios generales dirigidos al cumplimiento del deber de transparencia que facilite la aplicación del referido control. Sin embargo, nuestra jurisprudencia ha reiterado que «*no existen medios tasados para obtener el resultado: un consumidor perfectamente informado*». La ausencia de un criterio unitario y de unos medios tasados -mínimos- para el cumplimiento del deber de transparencia se puso especialmente de manifiesto en la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Núm. 669/2017, de 14 de diciembre, relativa a la denominada *cláusula IRPH*. De esta forma, se identifica una especie de corrección o aminoración de los elevados estándares de transparencia exigidos en la aplicación del control de transparencia a las cláusulas suelo -cuya creación estuvo marcada por el contexto económico y social del momento-.

**SÉPTIMA.** *El control de transparencia, al igual que el dolo vicio, es una reacción jurídica frente al engaño.* En el contexto de la contratación actual y respecto del incumplimiento de los deberes de información, la conducta ilícita del dolo vicio exige, por un lado, la infracción de tales deberes y, por otro, la intención del infractor de captar la voluntad de la contraparte -*animus decipiendi*-. En cambio, la no superación del control de transparencia supone el incumplimiento de los deberes de transparencia por parte del predisponente sin necesidad de entrar a valorar la intención de éste, prescindencia del elemento subjetivo que se puede justificar en su facultad exclusiva de autonormación -libertad contractual-.

No obstante, tanto el control de transparencia como el dolo vicio comparten el hecho de que la representación mental equivocada o falsa del adherente y del *deceptus* es a consecuencia del incumplimiento de los deberes de información que derivan del principio general de buena fe.

**OCTAVA.** *El contraste entre la práctica del control de transparencia y la dificultad probatoria para la apreciación de dolo in contrahendo.* A pesar del reiterado reconocimiento de

la debilidad de los consumidores y de su necesaria protección por parte del ordenamiento jurídico, los contratos relativos a instrumentos financieros complejos -v. gr., permutas financieras y participaciones preferentes- han venido siendo anulados por error vicio, en lugar de apreciarse dolo *in contrahendo* en los supuestos más graves de incumplimiento de los deberes de información.

Aunque el *deceptor* sea un profesional, además de predisponer el contenido contractual la mayoría de las veces, haya omitido información relevante acerca del riesgo del producto financiero -incumpliendo las normas imperativas vigentes al respecto- y se hayan aplicado agresivas técnicas de venta a clientes inexpertos - en todo caso consumidores que, a su vez, suelen ser asimismo adherentes-, es llamativo que no se haya equiparado la conducta de estos profesionales a la conducta ilícita propia del dolo vicio dada la dificultad que plantea la prueba de la intención del deceptor al emplear palabras o maquinaciones insidiosas -*animus decipiendi*-, de acuerdo con los criterios jurisprudenciales actuales.

**NOVENA.** *La objetivación de los criterios delimitadores entre dolo causante y dolo incidental.* Habida cuenta de la rigidez con la que se aplican los criterios relativos a la práctica probatoria acerca del *animus decipiendi* -elemento de carácter subjetivo-, la anulación de un contrato por *dolo in contrahendo* se torna del todo dificultosa si, además, ha de probarse que la insidia supuso la motivación o causa para la celebración del contrato -dado que constituye un elemento subjetivo más-.

Pero, dada la importancia que reviste el cumplimiento de los deberes de información en la contratación actual y que la teoría de los vicios del consentimiento, al formar parte de la teoría general de los contratos, es de aplicación tanto a la contratación negociada como por adhesión, parece más adecuada la determinación de la gravedad del dolo según los elementos afectados por las palabras o maquinaciones insidiosas, aprovechando la distinción entre elementos esenciales y no esenciales en el ámbito de la contratación por adhesión; independientemente de la importancia que pueda tener para el *deceptus* cada elemento, pues desde una perspectiva objetiva lo esencial es de mayor relevancia que lo no esencial.

**DÉCIMA.** *Ineficacias alternativas de las cláusulas abusivas motivadas por el respeto a la autonomía privada y dignidad del adherente y en función de las causas originadoras de la abusividad.* La propuesta de unas ineficacias alternativas a la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas se fundamenta en dos razones principales: en primer lugar, que la nulidad sea *ipso iure* implica que, independientemente de la voluntad del adherente, la nulidad se produce de manera automática como consecuencia de la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos y limitando de manera considerable la autonomía privada del adherente al preverse una nulidad de carácter imperativo; y, en segundo lugar, la decisión de prever la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas parece haberse realizado con base en las consecuencias jurídicas que se creyeron que habían de derivar de la abusividad, en lugar de la causa que originó la referida abusividad.

En este sentido, es preciso apuntar que la elección de un tipo de ineficacia distinto de la nulidad de pleno derecho no tiene porqué suponer la total modificación de las consecuencias jurídicas derivadas de la abusividad de las cláusulas. Es decir, dada la flexibilidad manifiesta en el régimen de ineficacia previsto en nuestro ordenamiento jurídico, en principio nada impide que aspectos tales como el control de oficio de las cláusulas abusivas puedan permanecer invariables a pesar de que la abusividad suponga una ineficacia distinta de la nulidad de pleno derecho.

**UNDÉCIMA.** *La rescisión por lesión como consecuencia de la no superación del control de contenido.* Dado que la no superación del control de contenido supone que la cláusula controvertida provoca el desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio del adherente, la causa de la ineficacia encaja con la figura de la rescisión por lesión. Dicha opción, ni vulneraría el principio de equivalencia de las prestaciones -ya que se trata de un desequilibrio entre derechos y obligaciones- y, además, la acción de rescisión nacería de la abusividad de la cláusula, en lugar de nacer de una lesión -sin mayor especificación-, lo cual se encuentra previsto por la ley -de manera general en el artículo 82.4, y específicamente en los artículos 85 a 91 TRLGDCU-.

**DUODÉCIMA.** *La anulabilidad de las cláusulas abusivas por no superar el control de transparencia.* El control de transparencia consiste en un control relativo a la formación del consentimiento contractual, lo que encaja con el régimen de la anulabilidad. Así, además de que la anulabilidad derivada del incumplimiento del deber de transparencia se corresponde que nuestra tradición jurídica relativa a la anulabilidad del contratos que adolecen de un vicio del consentimiento, también se estarían armonizando las normas relativas a la contratación por adhesión y la teoría general de los contratos, pues parece difícil encontrar una explicación satisfactoria que justifique la nulidad de pleno derecho de una cláusula abusiva y la anulabilidad de un contrato en el que el consentimiento ha sido arrancado, por ejemplo, por violencia o intimidación.

AGÜERO ORTIZ, A.,

- “Fin del debate: tras el CESR y la Comisión Europea, ahora es el TJUE quien confirma que los préstamos multidivisa no son instrumentos financieros, ni están sujetos a MiFID. STJUE de 3 de diciembre de 2015 (Asunto C-312/14)”, *Publicaciones Jurídicas*, Centro de Estudios de Consumo, 6 de diciembre de 2015.
- “Cláusula suelo transparente porque el consumidor tuvo un conocimiento de la misma: ¿existe alguna diferencia entre el control de transparencia y la evaluación del consentimiento? Comentario a la STS de 9 de marzo de 2017 (JUR 2017\55055)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Núm. 21/2017.

ALBALADEJO, M., “Invalidez de la declaración de voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 10, Núm. 4, 1957.

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. M., *La rescisión por lesión en el Derecho civil español*, La Ley, Madrid, 2010.

ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, Civitas, Cizur Menor, 2009.

ALEMANY, M., “El concepto y la justificación del paternalismo”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 28, 2005.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.,

- *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Civitas, Madrid, 1991.
- *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. / DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Dir.), ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002.
- “¿Y ahora qué?”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 1/2017, Barcelona.

ALMAGRO NOSETE, J., *Comentario del Código Civil*, Tomo VI, SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (Coord.), Bosch, Barcelona, 2006.

ALONSO BENITO, L. E., *La era del consumo*, Siglo XXI, Madrid, 2005.

ÁLVAREZLATA, N., *Invalidez e ineficacia en el Derecho contractual de consumo español. Análisis de los supuestos típicos de ineficacia en los contratos con consumidores*, Aranzadi, Elcano, 2004.

ÁLVAREZ OLALLA, P.,

- *Tratado de Contratos*, Tomo IV, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

- “La nueva normativa en materia de transparencia de servicios bancarios. La regulación del préstamo. Al hilo de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios”, *El contrato bancario. Tiempos revueltos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- “La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento”, *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*, CUENA CASAS, M. (Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2017

AMORÓS GUARDIOLA, M., *La causa del crédito hipotecario*, Colegio de registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990.

ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J., *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Civitas, Madrid, 1990.

ATAZ LÓPEZ, J.,

- *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo XVII, Vol. 1º-A, ALBALADEJO, M. / DÍAZ ALABART, S. (Dir.), Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1993.
- *Tratado de Contratos*, Tomo I, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

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

BALLUGERA GÓMEZ, C., *El contrato no-contrato*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.

BANCO DE ESPAÑA, *Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario*, 2016.

BAR-GRILL, O., “Informing consumers about themselves”, *New York University Law and Economics Working Papers*, Paper 111, 2007.

BARBERÁN, F. / DOMINGO, R., y la colaboración de HAYASHI, N., *Código Civil Japonés*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

BARNETT, R. E., “Contract is not promise; Contract is consent”, *Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper*, No. 11-29, 2011.

BARRAL VIÑALS, I., “¿Abusivas por falta de transparencia (bancaria)? el control de incorporación y las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios”, *Revista de Derecho Privado*, Reus, Núm. 2, marzo-abril 2005.

BAUDRILLARD, J., *La sociedad de consumo. Sus mitos, sus estructuras*, Siglo XXI, Madrid, 2009.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.,

- “La protección de los consumidores en el Derecho español”, *Estudios sobre consumo*, Núm. 1, 1984.
- *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Elcano, 1999.
- *Tratado de contratos*, Tomo I, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

BERMEJO VERA, J., “La Administración inspectora”, *Revista de Administración Pública*, Núm. 147, septiembre-diciembre 1998.

BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, Comares, Granada, 2000.



- BERAZA GARMENDIA, A., *Gestión de entidades financieras: Un enfoque práctico de la gestión bancaria actual*, BLANCO MENDIALDUA, A. (Coord.), ESIC, Madrid, 2015
- BILS, M. / KLENOW, P. J., “Using consumer theory to test competing business cycle models”, *Journal of Political Economy*, 1998, Vol. 106, Núm. 2.
- BONFANTE, P., *Scritti Giuridici Varii*, Torino, 1926.
- BUSTO LAGO, J. M. / ÁLVAREZ LATA, N. / PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de Consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, BUSTO LAGO, J. M. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 16, Núm. 4, 1983.
- CALVO BERNARDINO, A. / PALOMO ZURDO, R. J. / GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, M., “El panorama actual del sistema financiero español”, *Los mercados financieros*, CAMPUZANO, A. B. / CONLLEDO LANTERO, F. / PALOMO ZURDO, R. J. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- CALZADA CONDE, M. Á., *Contratos Mercantiles*, Tomo III, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.), CALZADA CONDE, M. Á. (Dir. Adjunta), Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- CÁMARA LAPUENTE, S.,
- *El control de las cláusulas “abusivas” sobre elementos esenciales del contrato ¿Incorrecta transposición, opción legal legítima o mentis jurisprudencial?*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
  - *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), Colex, Madrid, 2011.
  - “El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 junio 2010 (*Caja Madrid*) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo. (No es abusiva la cláusula que define el objeto principal del contrato salvo por falta de transparencia)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Núm. 6/2013.
  - “¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de las cláusulas abusivas? De la STJUE de 3 de junio 2010 (*Caja de Madrid*, C-484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (pleno) de 9 mayo 2013 sobre las cláusulas suelo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, Núm. 2, octubre 2013.
  - “Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo LV, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015.
  - “Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016: Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no solo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, enero 2017.
  - “Un examen crítico de la STJUE de 21 diciembre de 2016: nulidad retroactiva sí, falta de transparencia “abusiva” de las cláusulas suelo no”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, Núm. 1, 2017.
- CAMERER, C. / ISSACHAROFF, S. / LOEWESTEIN, G. / O’DONOGHUE, T. / RABIN M., “Regulation for conservatives: Behavioural economics and the case for asymmetric paternalism”, *Columbia Law and Economics Working Paper*, Núm. 225, & *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 151, 2003.

- CAÑIZARES LASO, A., “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales. La cláusula suelo”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. II, Núm. 3, julio-septiembre 2015.
- CARO GÁNDARA, R., “En la secular búsqueda europea de un paradigma de justicia contractual: el enfoque de la justicia relacional”, *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, SÁNCHEZ LORENZO, S. (Editor), Civitas, Cizur Menor, 2013.
- CARRASCO PERERA, Á.,
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo I, Vol. I, ALBALADEJO, M. / DÍAZ ALABART, S. (Dir.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1992.
  - *Comentarios al código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XV, Vol. 1º, ALBALADEJO, M. (Dir.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989.
  - “Invalidez e ineficacia en los contratos con consumidores”, *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, DELGADO ECHEVERRÍA, J. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
  - “El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Ámbito de aplicación y alcance de la refundición”, *Aranzadi Civil*, Núm. 5, 2008.
  - *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
  - “Las cláusulas abusivas se eliminan, sin más: no cabe reducirlas, moderarlas ni modificarlas”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Núm. 3/2012.
- CARRASCO PERERA, Á. / CORDERO LOBATO, E., “El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación. STS de 9 de mayo de 2013”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Núm. 7/2013.
- CARRASCO PERERA, Á. / GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., “La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Núm. 7/2013.
- CARRETERO PÉREZ, A., “Relaciones privadas intervenidas y relaciones libres y principio de igualdad”, *XI Jornadas de Estudio, El principio de igualdad en la Constitución Española*, Vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- CASTRESANA, A., *Fides, bona fides: un concepto para la creación del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1991
- CASTÁN TOBEÑAS, J.,
- *Hacia un nuevo Derecho civil*, Reus, Madrid, 1933.
  - *Lo social y sus perspectivas actuales*, Servicio de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1965.
  - *Derecho civil español, común y foral*, Tomo I, Vol. II, Reus, Madrid, 2007
  - *Derecho civil español, común y foral*, Tomo III, Reus, Madrid, 2008.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., *Negociación contractual, desequilibrio importante y protección del consumidor en la contratación bancaria. Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
- CASTRILLO SANTOS, J., “Autonomía y heteronomía de la voluntad de los contratos”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 2, Núm. 2, 1949.

- CATALANO, R., “Autonomía privada y desequilibrio de fuerza contractual: perfiles evolutivos de la teoría del contrato en el Derecho italiano y europeo”, *Revista de Derecho Privado*, Núm. 6, Noviembre-Diciembre 2012.
- CAVALLÉ CRUZ, A., *Instituciones de Derecho privado*, Tomo III, Vol. 2º, DELGADO DE MIGUEL, J. F. (Coord. General), SIMÓ SANTOJA, V. L. (Coord.), Civitas, Madrid, 2005.
- CHATER, N. / HUCK, S. / INDERST, R., “Consumer Decision-Making in Retail Investment Services: a Behavioural Economics Perspective”, DECISION TECHNOLOGY LTD. (Coord.), November 2010.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H.,
- “Una nueva necesidad: la protección frente a los desatinos del legislador. (Comentario atemorizado sobre la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación)”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 45, Núm. 3, 1992.
  - *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo XVII, Vol. 1º-B, ALBALADEJO, M. / DÍAZ ALABART, S. (Dir.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993.
  - “Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato”, *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, DELGADO ECHEVERRÍA, J. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
  - “La progresiva degradación de nuestro ordenamiento en materia de cláusulas contractuales abusivas”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Núm. 2/2014, Cizur Menor.
- CLEMENTE MEORO, M., *Contratación y consumo*, ORDUÑA MORENO, F. J. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.
- COING, F., “La historia del Derecho y dogmática jurídica”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 9, 1982.
- COLLINS DICTIONARY, Enlace Web: <https://www.collinsdictionary.com>
- CRESPO ROMEU, R., “La escuela del Derecho Libre”, *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, Núm. 322-323, marzo-abril 1955.
- CRUZ RODRÍGUEZ, M., “Los filósofos y la responsabilidad moral”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Núm.4, 2000.
- CUÑAT EDO, V., “El sistema de fuentes en el derecho contractual bancario”, *Protección de los particulares frente a malas prácticas bancarias*, CUÑAT EDO, V. (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.
- DE CASTRO Y BRAVO, F.,
- “Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el proyecto de la Ley Uniforme sobre la venta”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 11, Núm. 4, 1958.
  - “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 14, Núm. 2, 1961.
  - “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 35, Núm. 4, 1982.
  - *Derecho civil de España*, Vol. I, Civitas, Cizur Menor, 2008.
  - *Derecho civil de España*, Vol. III, Civitas, Cizur Menor, 2008.
- DE COSSÍO Y CORRAL, A., *El dolo en el Derecho civil*, Comares, Granada, 2005.

DELGADO ECHEVERRÍA, J.,

- “La anulabilidad”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 29, Núm. 4, 1976.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, Vol. II, ALBALADEJO, M. (Dir.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981.
- “¿«Sanción de invalidez»? Los conceptos de invalidez y de sanción”, *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, DELGADO ECHEVERRÍA, J. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

DE LA HIGUERA GONZÁLEZ, L. M., *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo III-I, Consejo General del Notariado, España, 2012.

DE LA MAZA GAZMURI, I., *Los límites del deber precontractual de información*, Civitas, Cizur Menor, 2010.

DEREUX, M. G., “De la nature juridique des «contracts d’adhésion»”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, 1910.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.,

- “Algunas reflexiones en torno a la excusabilidad y reconocibilidad del error en los contratos”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. L, Núm. 3, 1997.
- “El dolo in contrahendo”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 16/2006.

DÍAZ GARCÍA, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1988.

DÍAZ RUIZ, E., “Autonomía de la voluntad, contratación bancaria y condiciones generales”, *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo II, Consejo General del Notariado, España, 2012.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Enlace Web: <https://drae.es>

DICCIONARIO PANHISPÁNICO DE DUDAS,

Enlace Web: <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/dpd>

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.,

- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, Civitas, Cizur Menor, 2011.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. II, Civitas, Cizur Menor, 2008.
- “Derecho y masificación social”, *Ensayos Jurídicos*, Tomo I, Civitas, Cizur Menor, 2011.
- “Codificación, descodificación y recodificación”, *Ensayos Jurídicos*, Tomo I, Civitas, Cizur Menor, 2011.
- “Los llamados contratos forzosos”, *Ensayos Jurídicos*, Tomo II, Civitas, Cizur Menor, 2011.
- “¿Una nueva doctrina general del contrato?”, *Ensayos Jurídicos*, Tomo II, Civitas, Cizur Menor, 2011.
- “La autonomía privada y el Derecho necesario en la LAU”, *Ensayos Jurídicos*, Tomo II, Civitas, Cizur Menor, 2011.
- “Contratos de consumo y Derecho de contratos”, *Ensayos Jurídicos*, Tomo II, Civitas, Cizur Menor, 2011.
- “A vueltas con la autonomía privada en materia jurídica”, *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo III-I, Consejo General del Notariado, España, 2012.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. / ROCA TRÍAS, E. / MORALES, A. M., *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002.

- DI MAJO, A., “Il Socialismo giuridico. Ipotesi e letture”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4, Tomo I, Giuffrè Editore, Milán, 1974-1975.
- DOMAT, J., *Las leyes civiles en su orden natural*, Tomo I, José Taudo, Barcelona, 1844.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), Colex, Madrid, 2011.
- DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M. I.,
- “Algunas consideraciones acerca de la intervención pública ante las cláusulas abusivas”, *Reflexiones sobre el Derecho privado patrimonial*, Vol. III, VAQUERO PINTO, M. J. / ÁVILA DE LA TORRE, A. (Dir.), GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M. / MIRANDA MENDOZA, F. E. / SOSA OLÁN, H. (Coord.), Ratio Legis, Salamanca, 2013.
  - “Aproximación al futuro del empresario ante las condiciones generales de la contratación y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil”, *Operaciones bancarias de activo y pasivo en el contexto de crisis económica: hacia la unificación de la contratación privada*, EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A. / LARA GONZÁLEZ, R. (Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
  - “La aparente corrección parcial del control de transparencia a propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, Núm. 1, 2017.
- DURANY PICH, S., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. / Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Dir.), ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002.
- DURKHEIM, É., *Las reglas del método sociológico*, Biblioteca nueva, Madrid, 2005.
- EBERS, M., *EC Consumer Law Compendium -Comparative Analysis-*, April 2007.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M. Á.,
- *Cuestiones conflictivas en el régimen de la nulidad y anulabilidad del contrato*, Aranzadi, Elcano, 1999.
  - “Unificación contractual y convergencia normativa en las operaciones de activo y pasivo”, *Operaciones bancarias de activo y pasivo en el contexto de crisis económica: hacia la unificación de la contratación privada*, EGUSQUIZA BALMASEDA, M. Á. / LARA GONZÁLEZ, R. (Coords.), Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- ENNECCERUS, L. / KIPP, T. / WOLFF, M., *Tratado de Derecho civil*, Tomo I-2º, 2º. ed. revisada por NIPPERDEY, H. C., Bosch, Barcelona, 1981.
- FEATHERSTONE, M., *Cultura del consumo y posmodernismo*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 2000.
- FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., “Lo social y el Derecho privado”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Núm. 13, 1967-1968.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “La contratación en los mercados secundarios de valores”, *Los mercados financieros*, CAMPUZANO, A. B. / CONLLEDO LANTERO, F. / PALOMO ZURDO, R. J. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- FERRANDO VILLALVA, M. L., *Las comisiones bancarias. Naturaleza, requisitos y condiciones de aplicación. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Comares, Granada, 2002.

- FERREIRA RUBIO, D. M., *La buena fe. El principio general en el Derecho civil*, Montecorvo, Madrid, 1984.
- FLUME, W., *El negocio jurídico*, Parte General del Derecho Civil, Tomo II, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.
- FUENMAYOR CHAMPÍN, A., “La equivalencia de las prestaciones en la legislación especial de Arrendamientos”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 3, Núm. 4, 1950.
- GALBRAITH, J. K., *La sociedad opulenta*, Ariel, Barcelona, 2014.
- GARCÍA-AMIGO, M., *Condiciones generales de los contratos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.
- GARCÍA BAÑÓN, A., “Concepción unitaria del contrato”, *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, Vol. V, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1986.
- GARCÍA-GRANERO COLOMER, A. V., *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo III, Vol. I, DELGADO DE MIGUEL, J. F. (Coord. General), SIMÓ SANTOJA, V. L. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002.
- GARCÍA MANRIQUE, R., “La semántica confusa de la igualdad”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 33, 2010.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado. Estudios conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo II, Consejo General del Notariado, España, 2012.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJO, M., *Comentarios al Código Civil*, Tomo VII, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- GARCÍA RUBIO, M. P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991.
- GARCÍA VICENTE, J. R.,
- *Tratado de Contratos*, Tomo II, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
  - *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2002)*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
  - *Comentarios al Código Civil*, Tomo VII, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- GARRIGUES DÍAZ CAÑABATE, J., *Contratos bancarios*, Joaquín Garrigues, Madrid, 1958.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo I, Vol. I, ALBALADEJO, M. / DÍAZ ALABART, S. (Dir.), Revista de Derecho Privado, Madrid, 1992.
- GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
- GONZÁLEZ MÍNGUEZ, J. / URTASUN, A., “La dinámica del consumo en España por tipos de productos”, *Boletín Económico* 9/2015, Banco de España, septiembre 2015.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.,

- *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Elcano, 1999.
- *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- “Comentario a la sentencia de 16 de diciembre de 2009”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Núm. 84/2010.
- *Comentarios al Código civil*, Tomo VI, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “Los deberes de información precontractual en los contratos de préstamo”, *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*, CUENA CASAS, M. (Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

GRIMALT SERVERA, P., *Ensayo sobre la nulidad del contrato en el Código civil. Revisión crítica de la categoría de la anulabilidad*, Comares, Granada, 2008.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia derivada de su no incorporación (Crónica de lo incomprensible)”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 54, Núm. 3, 2001.

HABERMAS, J., *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, México D. F., GG MassMedia, 1986.

HATTENHAUER, H., *Conceptos fundamentales del Derecho civil*, Ariel, Barcelona, 1987.

HAYEK, F., “El atavismo de la Justicia social”, *Democracia, Justicia y socialismo*, Unión Editorial, Madrid, 1977.

HERMOGENIANO, *Cuerpo de Derecho civil romano*, Tomo I, Lex Nova, Valladolid, 1988.

HUALDE MANSO, T., *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de Consumo Europeo*, Dykinson, Madrid, 2016.

HUERTA DE SOTO, J., *Nuevos estudios de Economía política*, Unión Editorial, Madrid, 2002.

JIMÉNEZ HORWITZ, M., “La renuncia de derechos y la buena fe contractual en el ámbito de las normas imperativas de protección”, *Anuario de Derecho Civil*, Núm. 60, Vol. 2, 2007.

IHERING, R., *El fin del Derecho*, B. Rodríguez Serra, Madrid, 1911.

JEREZ DELGADO, C., *La anulación del contrato*, Civitas, Cizur Menor, 2011.

KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 2009.

KELSEN, H., “Una fundamentación de la sociología del Derecho”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 12, 1992.

KEYNES, J. M., “El fin del *laissez faire*”, *Política y futuro. Ensayos escogidos*, Página Indómita, Barcelona, 2015.

LARENZ, K., *Derecho civil*, Parte General, Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

LEÓN XIII, *Rerum Novarum*, Enlace Web:

[http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum.html](http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html)

- LLOBET I AGUADO, J., *El deber de información en la formación de los contratos*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad de los contratos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- LÓPEZ CÁNOVAS, Á., “La *bona fides* como límite en la contratación bancaria de productos complejos”, *Revista de Derecho Privado*, Reus, Núm. 4, julio-agosto 2015.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil*, Tomo VIII, Vol. 2º, Reus, Madrid, 1967.
- MARCOS GONZÁLEZ, M., *La apreciación de oficio de la nulidad contractual y de las cláusulas abusivas*, Civitas, Cizur Menor, 2011.
- MARCUSE, H., *Razón y revolución*, Alianza Editorial, Madrid, 2010.
- MARÍN LÓPEZ, J. J., “El ámbito de aplicación de la ley sobre condiciones generales de la contratación”, *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, NIETO CAROL, U. (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2000.
- MARÍN LÓPEZ, J. M., *Tratado de Contratos*, Tomo I, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- MARÍN PADILLA, M. L., *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos «utile per inutile non vitiatur»*, Bosch, Barcelona, 1990.
- MARTÍN FABA, J. M., “Dos hitos en materia de cláusula suelo: la falta de transparencia comporta su abusividad, y que el banco deba satisfacer los intereses legales desde que se hicieron cada uno de los pagos debidos. STS (Sala de lo Civil en Pleno) núm. 334/2017 de 25 de mayo (JUR/2017/128506)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Núm. 22/2017.
- MARTÍNEZ AGUIRRE, C., “Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 47, Núm. 1, 1994.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., “El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Núm. 133/2014.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P., “El control de las condiciones generales de la contratación: su aplicación al contrato de alquiler de vehículos”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Núm. 6/2013.
- MARTÍNEZ ROLDÁN, L. / FERNÁNDEZ SUÁREZ, J. A., *Curso de teoría del Derecho*, Ariel, España, 2012.
- MAZEAUD, E. et L. / MAZEAUD, J. / CHABAS, F.,
- *Leçons de Droit civil*, Tomo I, Vol. I, Montchrestien, París, 1989.
  - *Leçons de Droit civil*, Tomo II, Vol. I, Montchrestien, París, 1998.
- MERCADAL VIDAL, F. / HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La comercialización de swaps de tipo de interés por las entidades de crédito. Estudio sobre la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales*, Bosch, España, 2012.



- MERCADER UGINA, J. R., “Modelos metodológicos de la ciencia jurídica y su impacto sobre el Derecho español del trabajo: una aproximación”, *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: Escritos jurídicos*, Universidad de Cantabria, Santander, 2002.
- MESSINEO, F., *Doctrina general del contrato*, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986.
- MILL, J. S., *De la libertad*, Acantilado, Barcelona, 2013.
- MIRALLES SÁEZ, E., “La protección del cliente en la relación bancaria”, *La contratación bancaria*, SEQUEIRA, A. / GADEA, E. / SACRISTÁN, F. (Dir.), Dykinson, Madrid, 2007.
- MIRANDA SERRANO, L. M., “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, abril 2018.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.,
- *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. / DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Dir.), ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002.
  - *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), Colex, Madrid, 2011.
- MONTÉS PENADÉS, V. L., *Comentarios al código civil y compilaciones forales*, Tomo XV, Vol. 1º, ALBALADEJO, M. (Dir.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989.
- MORALES MORENO, A. M., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo XVII, Vol. 1º-B, ALBALADEJO, M./DÍAZ ALABART, S. (Dir.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993.
- MORALEJO IMBERNÓN, N., *Tratado de Contratos*, Tomo IV, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- MORENO QUESADA, B., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, Vol. II, ALBALADEJO, M. (Dir.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981.
- MÚRTULA LAFUENTE, V., *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Reus, Madrid, 2012.
- NAVAS MARQUÉS, J. I. / ARANA NAVARRO, J., *Tratado de Contratación de Derecho Bancario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- OECD, “The interface between Competition and Consumer Policies”, *OECD Journal: Competition Law and Policy*, Vol. 11/1, 2010.
- OLAIZOLA, F., “El Tribunal Supremo, la cláusula suelo, las manos rojas y la psicoeconomía”, *El Notario del s. XXI*, Núm. 50, julio de 2013.
- ORDUÑA MORENO, F. J.,
- *Contratación y consumo*, ORDUÑA MORENO, F. J. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.
  - *Control de transparencia y contratación bancaria. Régimen de aplicación y doctrina jurisprudencial aplicable*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

- ORTEGA, L., “Competencia de la inspección de consumo”, *Estudios sobre consumo*, Núm. 29, 1994.
- ORTEGA Y GASSET, J., *La rebelión de las masas*, Austral, Barcelona, 2013.
- ORTIZ BLANCO, L. / MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. / IBÁÑEZ COLOMO, P. / LAMADRID DE PABLO, A., *Manual de Derecho de Competencia*, Tecnos, Madrid, 2008.
- ORTIZ PÉREZ, M. / ERAUSKIN VÁZQUEZ, J. M., “IRPH Cajas, ¿una simple media de los tipos de interés medios ponderados?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Núm. 7/2017, Cizur Menor, 2017.
- OSSORIO MORALES, J., “Crisis dogmática del contrato”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 5, Núm. 4, 1952.
- OXFORD ENGLISH DICTIONARY, Enlace Web: <http://www.oed.com>
- PAGADOR LÓPEZ, J.,
- *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998.
  - *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999.
  - *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, REBOLLO PUIG, M. / IZQUIERDO CARRASCO, M. (Dirs.), Iustel, Madrid, 2011.
- PANTALEÓN PRIETO, F., “10 tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato”, Almacén del Derecho, 2017, Enlace Web: <http://almacenederecho.org/10-tesis-la-falta-transparencia-las-clausulas-referidas-los-elementos-esenciales-del-contrato/>
- PAREJO GUZMÁN, M. J., *El vicio de la voluntad denominado dolo en el Derecho Civil español y en el Derecho Canónico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.
- PAREJO, A. / CALVO, A. / RODRÍGUEZ SÁIZ, L. / CUERVO, Á. / ALCALDE, E., *Manual del sistema financiero español*, Ariel, Barcelona, 2016.
- PASQUAU LIAÑO, M.,
- “Código, doctrina y jurisprudencia civil. Reflexiones sobre el deterioro de la función jurisprudencial del TS”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 48, Núm. 3, 1995.
  - *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Civitas, Madrid, 1997.
  - *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Aranzadi, Elcano, 1999.
- PASTOR VITA, F. J., “Las condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre empresarios”, *Diario La Ley*, Núm. 6367, Sección Doctrina, 2005
- PAULO, *Cuerpo de Derecho civil romano*, Tomo I, Lex Nova, Valladolid, 1988.
- PAZOS CASTRO, R.,
- “El problema de la sobrecarga informativa y la imposición de obligaciones legales de información”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Núm. 15/2015.
  - *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

PEÑA LÓPEZ, F.,

- “La indemnización de los daños y perjuicios causados al consumidor en el marco del procedimiento administrativo sancionador”, *Aranzadi, Civil-Mercantil*, Núm. 17/2007, Aranzadi, 2007.
- *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

PÉREZ ESCOLAR, M., “Incorporación al contrato de cláusulas no negociadas. Perspectivas de reforma a la luz del panorama europea, la Propuesta de Modernización del Código Civil y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil”, *Anuario de Derecho Civil*, Núm. 68, Vol. 2, 2015.

PÉREZ GARCÍA, P. A., *La información en la contratación privada*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1990.

PÉREZ HEREZA, J., *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo III-1, Consejo General del Notariado, España, 2012.

PÉREZ HEREZA, J. / SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, J. / MARQUÉS MOSQUERA, C., *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo III-1, Consejo General del Notariado, 2012.

PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., *El contrato de seguro: interpretación de las condiciones generales*, Comares, Granada, 1993.

PÉREZ VARELA, V., *Derecho de consumo. Actas del Congreso Internacional sobre Derecho de consumo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.,

- *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004.
- *Tratado de Contratos*, Tomo II, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores, Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), Colex, Madrid, 2011.
- “Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula en los contratos de préstamo hipotecario”, *El contrato bancario. Tiempos revueltos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, julio 2013.
- ., “Buena fe ex art. 1258 cc y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios. Reflexiones en torno a la STS, 1ª, 3 junio 2016”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 4/2016.

POLO, A., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1942”, *Revista de Derecho Privado*, Tomo XXVI, Madrid, enero-diciembre 1942.

PORTELLANO DÍEZ, P., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. / DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Dir.), ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002.

POSNER, R. A., *Economic Analysis of Law*, Aspen, New York, 2003.

- POTHIER, R. J., *Tratado de obligaciones*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, México, 2003.
- POUS DE LA FLOR, M. P., *Derecho de los Consumidores y Usuarios. Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios*, Tomo I, DE LEÓN ARCE, A. (Dir.), GARCÍA GARCÍA, L. M. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
- PRATS ALBESA, L., “La información precontractual como deber del oferente y derecho del consumidor. Según la Directiva de Derechos de los consumidores 2011/83”, *El Notario del siglo XXI*, Núm. 56, julio-agosto 2014.
- PUIGBRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. I, Bosch, Barcelona, 1988.
- QUICIOS MOLINA, S., *Tratado de Contratos*, Tomo I, MORALEJO IMBERNÓN, N. / QUICIOS MOLINA, S. (Coord.), BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- QUÍÑONES ESCÁMEZ, A., *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*. Civitas, Cizur Menor, 2013.
- RAKOFF, T. D., “Contracts of adhesion: an essay in reconstruction”, *Harvard Law Review*, Vol. 96, No. 6, April 1983.
- RAMS ALBESA, J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, Vol. 1º-B, ALBALADEJO, M. / DÍAZ ALABART, S. (Dir.), Edersa, Madrid, 1993.
- REVERTE NAVARRO, A., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo XVII, Vol. 1º-A, ALBALADEJO, M. / DÍAZ ALABART, S. (Dir.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993.
- REZZÓNICO, J. C., *Principios fundamentales de los contratos*, Astrea, Buenos Aires, 1999.
- RIPERT, G.,
- *La règle morale dans les obligations civiles*, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1949.
  - *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1950.
- ROBINSON, D., “Análisis comparativo de los precios de la electricidad en la Unión Europea y en Estados Unidos: Una perspectiva española”, octubre 2015. Enlace Web:  
<https://cdn.20m.es/adj/2015/10/20/3382.pdf>
- RÓDENAS, Á., “¿Qué queda del positivismo jurídico?”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 26, 2003.
- ROCA GUILLAMÓN, J., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo XVII, Vol. 1º-A, ALBALADEJO, M. / DÍAZ ALABART, S. (Dir.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993.
- ROJO AJURIA, L., *El dolo en los contratos*, Civitas, Madrid, 1994.
- ROYO MARTÍNEZ, M., “Contratos de adhesión”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 2, Núm. 1, 1949.

- RUBIO LLORENTE, F., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, *XI Jornadas de Estudio, El principio de igualdad en la Constitución Española*, Vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- RUBIO TORRANO, E., “Contratos electrónicos y responsabilidad civil”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Núm. 14/2002.
- SALEILLES, R., *De la déclaration de volonté: Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, F. Pichon, Paris, 1901.
- SÁNCHEZ GUZMÁN, J. R., *Marketing financiero. Principios y estrategias*, Civitas, Madrid, 1995.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO,  
 - *Suma de Teología*, I-I, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2001.  
 - *Suma de Teología*, II-II (a), Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1990.
- SARAZÁ JIMENA, R., “La crisis del Derecho privado codificado y el paso al nuevo Derecho privado del tráfico económico. El Derecho de consumo”, *Jueces para la Democracia*, Núm. 14, 1991.
- SAVAUX, E., “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 69, Núm. 3, 2016.
- SIECKMANN, J.-R., “El concepto de autonomía”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 31, 2008.
- SIMÓ SANTOJA, V. L., *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo III, Vol. 1º, DELGADO DE MIGUEL, J. F. (Coord. General), SIMÓ SANTOJA, V. L. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002.
- SOLDEVILLA PÉREZ, C., “Triálogo: aproximaciones teóricas a la sociología del consumo”, *Cuaderno de realidades sociales*, Núm. 57-58, 2001.
- SOTO COAGUILA, C. A., “La contratación masiva y la crisis de la teoría clásica del contrato”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 57, Núm. 3, 2004.
- SUÁREZ PUGA, E., “Problemática contractual actual relativa a determinados índices financieros en contratos de financiación: el caso IRPH”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Núm. 5/2017, Cizur Menor, 2017.
- TARDÍO PATO, J. A., *Los principios generales del Derecho*, Bosch, Barcelona, 2011.
- THALER, R., “Toward a positive theory of consumer choice”, *Behavioural Economics*, Vol. II, EARL, P. E. (Editor), Edward Elgar, Great Britain, 1988.
- TOVAR SABIO, V., “Nulidad del negocio de las participaciones preferentes”, *Reclamaciones frente a la comercialización de las participaciones preferentes*, SANJUÁN Y MUÑOZ, E. / LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M. (Dir.), SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (Coord.), Bosch, Barcelona, 2013.
- TRABUCCHI, A.,  
 - *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, CEDAM, Padova, 1937.  
 - *Instituciones de Derecho civil*, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967.
- ULMER, P., “Diez años de la Ley Alemana de Condiciones Generales de los Contratos: retrospectiva y perspectivas”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 45, Núm. 3, 1988.
- ULPIANO, *Cuerpo del Derecho civil romano*, Tomo I, Lex Nova, Valladolid, 1988.

- VALLE MUÑIZ, J. M., *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, Bosch, Barcelona, 1992.
- VALLET DE GOYTISOLO, J., *Sociedad de masas y Derecho*, Taurus, Madrid, 1969.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Acciones Civiles*, Tomo II, LLAMAS POMBO, E. (Dir.), La Ley, Madrid, 2013.
- VEBLEN, T., *Teoría de la clase ociosa*, Fondo de Cultura Económica de España, 2007.
- VELASCO CABALLERO, F., *Comentarios la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. / Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Dir.), ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (Coord.), Civitas, Madrid, 2002.
- VERNENGO, R. J., “Normas morales y normas jurídicas”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Vol. 9, 1991.
- VICENT CHULIÁ, F., “Condiciones generales de la contratación y condiciones abusivas bancarias”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Núm. 13, 2004.
- VIVES MONTERO, M. L., “Traducción de la Reforma 2002 del BGB”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 55, Núm. 3, 2002.
- VON TUHR, A.,
- *Derecho civil*, Vol. II, Marcial Pons, Madrid, 2005.
  - *Derecho civil*, Vol. III, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- WIEACKER, F.,
- *El principio general de buena fe*, Civitas, Madrid, 1982.
  - *Historia del Derecho privado de la Edad moderna*, Comares, Granada, 2000.
- WHITAKKER, S., “Unfair Terms in Consumer Contracts”, *Chitty on Contracts*, BEALE, H. (Dir.), Sweet and Maxwell, London, 2012.
- ZIMMERMANN, R., *El nuevo Derecho alemán de obligaciones: Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, Bosch, 2008.
- ZUNZUNEGUI, F.,
- “Negociación de swaps por cuenta propia”, *Revista de Derecho del Mercado financiero*, Working Paper 1/2012, junio 2012.
  - “Regulación financiera en una economía globalizada”, *Derecho bancario y bursátil*, ZUNZUNEGUI, F. (Dir.), Colex, Madrid, 2012.
  - “Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos”, *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, 29 de noviembre de 2013.
- ZURILLA CARIÑANA, M. Á., “La reforma de los artículos 60 y 97 de la Ley de Modificación del TRLGDCU. ¿Hay algo de nuevo que merezca la pena?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Núm. 9/2014.

**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

Sentencia de 27 de junio de 2000, *Océano Grupo Editorial*, C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98

Sentencia de 21 de noviembre de 2002, *Cofidis*, C-473/00

Sentencia de 26 de octubre de 2006, *Mostaza Claro*, C-168/04

Sentencia de 4 de junio de 2009, *Pannon*, C-243/08

Sentencia de 3 de junio de 2010, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, asunto C-484/08

Sentencia de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10

Sentencia de 21 de febrero de 2013, *Banif Plus Bank Zrt.*, C-472/11

Sentencia de 21 de marzo de 2013, *RWE Vertrieb AG*, C-92/11

Sentencia de 30 de mayo de 2013, *Genil 48 S.L.*, C-604/2011

Sentencia de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13

Sentencia de 21 de enero de 2015, *Unicaja y Caixabank*, asuntos acumulados, C-482/13, C-485/13 y 487/13

Sentencia de 3 de diciembre de 2015, *Banif Plus Bank Zrt.*, C-312/14

Sentencia de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, asuntos acumulados, C-154/15, C-307/15 y C-308/15

Sentencia de 20 de septiembre de 2017, *Andriiciuc*, C-186/16

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Auto de 10 de julio de 1985 (Núm. 465/1985)

Sentencia de 14 de noviembre de 1991 (Núm. 216/1991)

**AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

Sentencia de 5 de marzo de 2013 (Núm. Recurso 651/2011)

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala Primera, de lo Civil**

Sentencia de 21 de junio de 1978 (Núm. 244/1978)  
Sentencia de 3 de febrero de 1981 (Núm. 35/1981)  
Sentencia de 8 de julio de 1981 (Núm. 320/1981)  
Sentencia de 21 de octubre de 1981 (Núm. 390/1981)  
Sentencia de 21 de septiembre de 1987 (Núm. 546/1987)  
Sentencia de 18 de julio de 1988 (Núm. 616/1988)  
Sentencia de 27 de marzo de 1989 (Núm. 261/1989)  
Sentencia de 28 de noviembre de 1989 (Núm. 871/1989)  
Sentencia de 5 de abril de 1991 (Núm. 257/1991)  
Sentencia de 11 de mayo de 1992 (núm. 482/1992)  
Sentencia de 26 de marzo de 1993 (Núm. 293/1993)  
Sentencia de 11 de mayo de 1993 (Núm. 435/2013)  
Sentencia de 29 de marzo de 1994 (Núm. 295/1994)  
Sentencia de 4 de noviembre de 1996 (Núm. 880/1996)  
Sentencia de 4 de noviembre de 1996 (Núm. 895/1996)  
Sentencia de 23 de julio de 1998 (Núm. 734/1998)  
Sentencia de 14 de octubre de 1998 (Núm. 924/1998)  
Sentencia de 13 de noviembre de 1998 (Núm. 1084/1998)  
Sentencia de 31 de diciembre de 1998 (Núm. 1239/1998)  
Sentencia de 13 de marzo de 1999 (Núm. 247/1999)  
Sentencia de 3 de mayo de 2002 (Núm. 444/2002)  
Sentencia de 14 de mayo de 2002 (Núm. 439/2002)  
Sentencia de 30 de enero de 2003 (Núm. 78/2003)  
Sentencia de 11 de junio de 2003 (Núm. 569/2003)  
Sentencia de 14 de noviembre de 2003 (Núm. 1096/2003)  
Sentencia de 21 de noviembre de 2003 (Núm. 1090/2003)  
Sentencia de 18 de octubre de 2005 (Núm. 739/2005)  
Sentencia de 5 de abril de 2006 (Núm. 364/2006)  
Sentencia de 14 de junio de 2006 (Núm. 589/2006)  
Sentencia de 19 de julio de 2006 (Núm. 751/2006)



Sentencia de 4 de octubre de 2006 (Núm. 895/2006)  
Sentencia de 11 de diciembre de 2006 (Núm. 1279/2006)  
Sentencia de 22 de febrero de 2007 (Núm. 208/2007)  
Sentencia de 11 de mayo de 2007 (Núm. 481/2007)  
Sentencia de 3 de julio de 2007 (Núm. 747/2007)  
Sentencia de 11 de julio de 2007 (Núm. 798/2007)  
Sentencia de 15 de noviembre de 2007 (Núm. 1200/2007)  
Sentencia de 3 de junio de 2008 (Núm. 479/2008)  
Sentencia de 29 de marzo de 2009 (Núm. 233/2009)  
Sentencia de 5 de mayo de 2009 (Núm. 289/2009)  
Sentencia de 16 de diciembre de 2009 (Núm. 792/2009)  
Sentencia de 30 de diciembre de 2009 (Núm. 855/2009)  
Sentencia de 16 de febrero de 2010 (Núm. 30/2010)  
Sentencia de 5 de marzo de 2010 (Núm. 129/2010)  
Sentencia de 30 de marzo de 2010 (Núm. 168/2010)  
Sentencia de 1 de julio de 2010 (Núm. 401/2010)  
Sentencia de 10 de enero de 2011 (Núm. 868/2010)  
Sentencia de 10 de mayo de 2011 (Núm. 327/2011)  
Sentencia de 12 de julio de 2011 (Núm. 497/2011)  
Sentencia de 28 de septiembre de 2011 (Núm. 658/2011)  
Sentencia de 25 de noviembre de 2011 (Núm. 842/2011)  
Sentencia de 13 de marzo de 2012 (Núm. 118/2012)  
Sentencia de 18 de junio de 2012 (Núm. 406/2012)  
Sentencia de 28 de junio de 2012 (Núm. 440/2012)  
Sentencia de 5 de septiembre de 2012 (Núm. 528/2012)  
Sentencia de 10 de septiembre de 2012 (Núm. 532/2012)  
Sentencia de 11 de diciembre de 2012 (Núm. 728/2012)  
Sentencia de 15 de enero de 2013 (Núm. 827/2012)  
Sentencia de 8 de abril de 2013 (Núm. 215/2013)  
Sentencia de 9 de mayo de 2013 (Núm. 241/2013)  
Sentencia de 24 de enero de 2014 (Núm. 840/2013)  
Sentencia de 11 de marzo de 2014 (Núm. 152/2014)

Sentencia de 7 de abril de 2014 (Núm. 166/2014)  
Sentencia de 28 de mayo de 2014 (Núm. 246/2014)  
Sentencia de 7 de julio de 2014 (Núm. 384/2014)  
Sentencia de 7 de julio de 2014 (Núm. 385/2014)  
Sentencia de 8 de julio de 2014 (Núm. 387/2014)  
Sentencia de 8 de septiembre de 2014 (Núm. 458/2014)  
Sentencia de 8 de septiembre de 2014 (Núm. 464/2014)  
Sentencia de 10 de septiembre de 2014 (Núm. 460/2014)  
Sentencia de 2 de diciembre de 2014 (Núm. 669/2014)  
Sentencia de 2 de diciembre de 2014 (Núm. 677/2014)  
Sentencia de 4 de diciembre de 2014 (Núm. 676/2014)  
Sentencia de 15 de diciembre de 2014 (Núm. 688/2014)  
Sentencia de 12 de enero de 2015 (Núm. 769/2014)  
Sentencia de 2 de febrero de 2015 (Núm. 110/2015)  
Sentencia de 24 de marzo de 2015 (Núm. 138/2015)  
Sentencia de 25 de marzo de 2015 (Núm. 139/2015)  
Sentencia de 22 de abril de 2015 (Núm. 265/2015)  
Sentencia de 29 de abril de 2015 (Núm. 222/2015)  
Sentencia de 30 de junio de 2015 (Núm. 323/2015)  
Sentencia de 7 de julio de 2015 (Núm. 376/2015)  
Sentencia de 10 de julio de 2015 (Núm. 399/2015)  
Sentencia de 15 de septiembre de 2015 (Núm. 491/2015)  
Sentencia de 29 de septiembre de 2015 (Núm. 505/2015)  
Sentencia de 15 de octubre de 2015 (Núm. 563/2015)  
Sentencia de 20 de octubre de 2015 (Núm. 547/2015)  
Sentencia de 13 de noviembre de 2015 (Núm. 633/2015)  
Sentencia de 25 de noviembre de 2015 (Núm. 628/2015)  
Sentencia de 25 de noviembre de 2015 (Núm. 675/2015)  
Sentencia de 26 de noviembre de 2015 (Núm. 631/2015)  
Sentencia de 30 de noviembre de 2015 (Núm. 676/2015)  
Sentencia de 9 de diciembre de 2015 (Núm. 670/2015)  
Sentencia de 15 de diciembre de 2015 (Núm. 688/2015)

Sentencia de 17 de diciembre de 2015 (Núm. 741/2015)  
Sentencia de 18 de diciembre de 2015 (Núm. 742/2015)  
Sentencia de 23 de diciembre de 2015 (Núm. 705/2015)  
Sentencia de 29 de diciembre de 2015 (Núm. 747/2015)  
Sentencia de 4 de febrero de 2016 (Núm. 32/2016)  
Sentencia de 12 de febrero de 2016 (Núm. 63/2016)  
Sentencia de 17 de febrero de 2016 (Núm. 72/2016)  
Sentencia de 29 de marzo de 2016 (Núm. 195/2016)  
Sentencia de 8 de abril de 2016 (Núm. 235/2016)  
Sentencia de 11 de mayo de 2016 (Núm. 310/2016)  
Sentencia de 1 de junio de 2016 (Núm. 358/2016)  
Sentencia de 3 de junio de 2016 (Núm. 367/2016)  
Sentencia de 3 de junio de 2016 (Núm. 380/2016)  
Sentencia de 17 de junio de 2016 (Núm. 411/2016)  
Sentencia de 5 de julio de 2016 (Núm. 460/2016)  
Sentencia de 20 de julio de 2016 (Núm. 509/2016)  
Sentencia de 20 de julio de 2016 (Núm. 510/2016)  
Sentencia de 30 de julio de 2016 (Núm. 580/2016)  
Sentencia de 16 de septiembre de 2016 (Núm. 435/2016)  
Sentencia de 23 de septiembre de 2016 (Núm. 562/2016)  
Sentencia de 30 de septiembre de 2016 (Núm. 576/2016)  
Sentencia de 30 de septiembre de 2016 (Núm. 577/2016)  
Sentencia de 30 de septiembre de 2016 (Núm. 578/2016)  
Sentencia de 30 de septiembre de 2016 (Núm. 579/2016)  
Sentencia de 30 de septiembre de 2016 (Núm. 584/2016)  
Sentencia de 5 de octubre de 2016 (Núm. 594/2016)  
Sentencia de 5 de octubre de 2016 (Núm. 595/2016)  
Sentencia de 6 de octubre de 2016 (Núm. 603/2016)  
Sentencia de 6 de octubre de 2016 (Núm. 605/2016)  
Sentencia de 7 de octubre de 2016 (Núm. 607/2016)  
Sentencia de 7 de octubre de 2016 (Núm. 614/2016)  
Sentencia de 24 de octubre de 2016 (Núm. 625/2016)

Sentencia de 12 de diciembre de 2016 (Núm. 726/2016)  
Sentencia de 20 de diciembre de 2016 (Núm. 733/2016)  
Sentencia de 18 de enero de 2017 (Núm. 30/2017)  
Sentencia de 2 de febrero de 2017 (Núm. 66/2017)  
Sentencia de 17 de febrero de 2017 (Núm. 105/2017)  
Sentencia de 27 de febrero de 2017 (Núm. 130/2017)  
Sentencia de 1 de marzo de 2017 (Núm. 140/2017)  
Sentencia de 9 de marzo de 2017 (Núm. 171/2017)  
Sentencia de 22 de marzo de 2017 (Núm. 195/2017)  
Sentencia de 5 de abril de 2017 (Núm. 222/2017)  
Sentencia de 25 de mayo de 2017 (Núm. 334/2017)  
Sentencia de 8 de junio de 2017 (Núm. 367/2017)  
Sentencia de 9 de junio de 2017 (Núm. 371/2017)  
Sentencia de 11 de julio de 2017 (Núm. 433/2017)  
Sentencia de 16 de octubre de 2017 (Núm. 558/2017)  
Sentencia de 7 de noviembre de 2017 (Núm. 591/2017)  
Sentencia de 7 de noviembre de 2017 (Núm. 593/2017)  
Sentencia de 15 de noviembre de 2017 (Núm. 608/2017)  
Sentencia de 16 de noviembre de 2017 (Núm. 614/2017)  
Sentencia de 24 de noviembre de 2017 (Núm. 641/2017)  
Sentencia de 24 de noviembre de 2017 (Núm. 643/2017)  
Sentencia de 29 de noviembre de 2017 (Núm. 652/2017)  
Sentencia de 1 de diciembre de 2017 (Núm. 654/2017)  
Sentencia de 1 de diciembre de 2017 (Núm. 655/2017)  
Sentencia de 14 de diciembre de 2017 (Núm. 669/2017)  
Sentencia de 18 de diciembre de 2017 (Núm. 682/2017)  
Sentencia de 20 de diciembre de 2017 (Núm. 692/2017)  
Sentencia de 17 de enero de 2018 (Núm. 25/2018)  
Sentencia de 23 de enero de 2018 (Núm. 32/2018)  
Sentencia de 24 de enero de 2018 (Núm. 37/2018)  
Sentencia de 24 de enero de 2018 (Núm. 38/2018)  
Sentencia de 29 de enero de 2018 (Núm. 43/2018)

Sentencia de 1 de febrero de 2018 (Núm. 53/2018)  
Sentencia de 1 de febrero de 2018 (Núm. 54/2018)  
Sentencia de 19 de febrero de 2018 (Núm. 89/2018)  
Sentencia de 10 de abril de 2018 (Núm. 197/2018)  
Sentencia de 11 de abril de 2018 (Núm. 205/2018)  
Sentencia de 11 de abril de 2018 (Núm. 215/2018)  
Sentencia de 22 de mayo de 2018 (Núm. 291/2018)  
Sentencia de 28 de mayo de 2018 (Núm. 312/2018)  
Sentencia de 13 de junio de 2018 (Núm. 354/2018)  
Auto de 3 de junio de 2013 (Núm. Recurso 485/2012)  
Auto de 6 de noviembre de 2013 (Núm. Recurso 485/2012)

### **Sala Tercera, de lo Contencioso**

Sentencia de 22 de mayo de 2000 (Núm. Recurso 518/1998)  
Sentencia de 12 de febrero de 2002 (Núm. Recurso 160/2000)  
Sentencia de 20 de mayo de 2008 (Núm. Recurso 63/2007)  
Sentencia de 7 de marzo de 2016 (Núm. 528/2016)

### **AUDIENCIAS PROVINCIALES**

#### **Jurisdicción Civil**

SAP Asturias de 14 de marzo de 2000 (Núm. 125/2000)  
SAP Jaén de 23 de abril de 2004 (Núm. 90/2004)  
SAP Jaén de 26 de abril de 2004 (Núm. 97/2004)  
SAP Asturias de 20 de septiembre de 2004 (Núm. 300/2004)  
SAP León de 14 de abril de 2005 (Núm. 102/2005)  
SAP Madrid de 11 de mayo de 2005 (Núm. 204/2005)  
SAP Madrid 2 de marzo de 2006 (Núm. 12/2006)  
SAP Tarragona de 3 de abril de 2006 (Núm. 171/2006)  
SAP Lérica de 11 de junio de 2007 (Núm. 203/2007)  
SAP La Coruña de 3 de junio de 2008 (Núm. 256/2008)  
SAP Salamanca de 17 de noviembre de 2008 (Núm. 332/2008)  
SAP Oviedo de 30 de diciembre de 2008 (Núm. 376/2008)

SAP Granada de 16 de julio de 2010 (Núm. 313/2010)  
SAP Madrid de 7 de octubre de 2011 (Núm. 457/2011)  
SAP Madrid de 11 de noviembre de 2011 (Núm. 545/2011)  
SAP Asturias de 13 de diciembre de 2011 (Núm. 564/2011)  
SAP Asturias de 14 de febrero de 2012 (Núm. 81/2012)  
SAP Valencia de 29 de febrero de 2012 (Núm. 135/2012)  
SAP Cádiz de 9 de marzo de 2012 (68/2012)  
SAP Castellón de 30 de marzo de 2012 (Núm. 162/2012)  
SAP La Coruña de 19 de octubre de 2012 (Núm. 417/2012)  
SAP La Coruña de 21 de marzo de 2013 (Núm. 103/2013)  
SAP Islas Baleares de 22 de marzo de 2013 (Núm. 114/2013)  
SAP Granada de 12 de abril de 2013 (Núm. 130/2013)  
SAP Murcia de 14 de mayo de 2013 (Núm. 193/2013)  
SAP Madrid de 17 de mayo de 2013 (Núm. 227/2013)  
SAP Cuenca de 30 de julio de 2013 (Núm. 209/2013)  
SAP Asturias de 16 de septiembre de 2013 (Núm. 261/2013)  
SAP Bilbao de 30 de junio de 2014 (Núm. 429/2014)  
SAP Alicante de 26 de febrero de 2015 (Núm. 33/2015)  
SAP Almería de 13 de marzo de 2015 (Núm. 163/2015)  
SAP Albacete de 15 de abril de 2015 (Núm. 80/2015)  
SAP Soria de 28 de mayo de 2015 (Núm. 50/2015)  
SAP León de 12 de junio de 2015 (Núm. 126/2015)  
SAP Sevilla de 16 de junio de 2015 (Núm. 239/2015)  
SAP Vitoria-Gasteiz de 14 de julio de 2015 (Núm. 263/2015)  
SAP Alicante de 23 de julio de 2015 (Núm. 163/2015)  
SAP Cádiz de 3 de septiembre de 2015 (Núm. 376/2015)  
SAP Sevilla de 15 de septiembre de 2015 (Núm. 306/2015)  
SAP Logroño de 9 de octubre de 2015 (Núm. 224/2015)  
SAP Madrid de 13 de octubre de 2015 (Núm. 279/2015)  
SAP Jaén de 10 de noviembre de 2015 (Núm. 491/2015)  
SAP Barcelona de 17 de diciembre de 2015 (Núm. 294/2015)  
SAP Gerona de 17 de diciembre de 2015 (Núm. 307/2015)

SAP Sevilla de 5 de febrero de 2016 (Núm. 56/2016)  
SAP Toledo de 18 de febrero de 2016 (Núm. 35/2016)  
SAP Cádiz de 25 de febrero de 2016 (Núm. 46/2016)  
SAP Barcelona de 17 de marzo de 2016 (Núm. 62/2016)  
SAP Palma de Mallorca de 22 de marzo de 2016 (Núm. 81/2016)  
SAP Bilbao de 25 de mayo de 2015 (Núm. 327/2016)  
SAP Madrid de 27 de mayo de 2016 (Núm. 208/2016)  
SAP Salamanca de 30 de junio de 2016 (Núm. 322/2016)  
SAP Barcelona de 14 de julio de 2016 (Núm. 362/2016)  
SAP Logroño de 29 de julio de 2016 (Núm. 175/2016)  
SAP Salamanca de 26 de septiembre de 2016 (Núm. 368/2016)  
SAP San Sebastián de 1 de diciembre de 2016 (Núm. 292/2016)  
SAP Madrid de 26 de enero de 2018 (Núm. 43/2018)  
SAP Valladolid de 29 de enero de 2018 (Núm. 43/2018)  
SAP Madrid de 1 de febrero de 2018 (Núm. 52/2018)  
SAP Salamanca de 5 de febrero de 2018 (Núm. 25/2018)  
SAP Islas Baleares de 9 de febrero de 2018 (Núm. 49/2018)  
SAP Valladolid de 19 de febrero de 2018 (Núm. 81/2018)  
SAP Bilbao de 20 de abril de 2018 (Núm. 265/2018)  
SAP Valladolid de 9 de mayo de 2018 (Núm. 202/2018)  
SAP Valencia de 14 de mayo de 2018 (Núm. 426/2018)

#### **RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO**

Resolución de 27 de octubre de 1994 (RJ 1994\10729)  
Resolución de 12 de marzo de 2015 (RJ 2015\1586)